



II CONGRESSO
DE PROCESSO CIVIL
INTERNACIONAL

O LABIRINTO DA CODIFI-
CAÇÃO DO DIREITO
INTERNACIONAL
PRIVADO



UNIVERSIDADE
PPGDIR

Programa de Pós-Graduação em Direito Processual

II Congresso de Processo Civil Internacional

O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado



Programa de Pós-Graduação em Direito Processual

FICHA TÉCNICA

CORPO DOCENTE DO PPGDIR

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

ORGANIZAÇÃO

Adriana Pereira Campos
Valesca Raizer Borges Moschen

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

João Carlos Furlani

REVISÃO DO TEXTO E NORMAS

Os autores

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

II Congresso de Processo Civil Internacional (2017, Vitória, ES).
Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional: O labirinto da codificação do
Direito Internacional Privado
Organizadores: Adriana Pereira Campos, Valesca Raizer Borges Moschen.
Vitória, 2017.

578 p. : il.

ISSN: 2595-492X

1. Processo civil. 2. Direito Internacional. 3. Direito Privado. 4. Campos, Adriana
Pereira. 5. Moschen, Valesca Raizer Borges.

CDU: 340

SUMÁRIO

Apresentação	8
Valesca Raizer Borges Moschen	
Codificação e acesso à Justiça	
A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais	11
Davi Amaral Hibner e Gilberto Fachetti Silvestre	
Imunidade de Jurisdição de Estado e sua adequação ao Estado de Direito	27
Evandro Santos Leal e Valesca Raizer Borges Moschen	
O procedimento de interdição à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil de 2015	35
Gilberto F. Silvestre e Gabriela A. Gusella e Guilherme V. de Moraes Neves	
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	51
Helio Antunes Carlos	
As peculiaridades dos pressupostos de admissibilidade exclusivas do recurso especial e do extraordinário <i>strictu sensu</i>	62
Leonardo Goldner Dellaqua e Lara Spelta de Souza	
A aplicação do princípio da oralidade no Processo Civil Brasileiro e Alemão	77
Rachel Boerboon de Oliveira Gouvea	
A vinculação obrigatória (art. 927 do CPC) e a invocação discursiva (<i>distinguishing</i>) dos precedentes	93
Ricardo Chamon Ribeiro II	
Apontamentos sobre o Objeto Litigioso do Processo	102
Sara Barbosa Miranda	

Interdisciplinaridade e história da litigiosidade

A responsabilidade dos juízes da sociedade tradicional à atualidade 119

Adriana Pereira Campos e João Vitor Sias Franco

Processo Civil Internacional

O acesso transnacional à justiça no cenário da harmonização jurídica internacional 130

Paula Soares Campeão e Gabriela Galimberti de Souza Pimenta

Código de Procedimiento Civil venezolano “de 1990” y el Código de Processo Civil brasileiro de 2015: eventuales aportes del ordenamiento jurídico brasileiro al proceso venezolano 139

José Angel Cornielles Hernández

Famílias arco-íris transnacionais na sociedade internacional da contemporaneidade 145

Uriel Marcos Martins Loures

Acooperação jurídica internacional no CPC/2015 e a harmonização do Direito Internacional Privado 157

Valesca Raizer Borges Moschen e Pâmela Rhavene Costa

I Tutela de direitos e novas técnicas processuais

A concentração do contraditório no cumprimento de sentença contra Fazenda Pública como forma de realização eficaz do direito reconhecido judicialmente 165

Carlos André Cassani Siqueira e Mariana Soares de Rezende

A coisa julgada de questão prejudicial e a experiência norte-americana com a *issue preclusion* 174

Daine Gonçalves Ornellas Lima e Larissa de Almeida Silva

A técnica do julgamento de casos repetitivos e o devido processo legal 180

Larissa de Almeida Silva e Daine Gonçalves Ornellas Lima

Eficácia preclusiva da coisa julgada e suas balizas sob o princípio da segurança jurídica	185
Gabriel Zoboli de Assis e Vladimir Cunha Bezerra	
Liquidação e execução de sentença no processo coletivo como mecanismo de efetivação de direitos	196
João Pedro Sarmiento Dias Turíbio e Jordan Tomazelli Lemos	
Decisões vinculantes contraditórias à luz dos deveres de estabilidade, coerência e integridade do CPC/2015	211
Maria Clara Queiroz Araújo	
A interpretação do contraditório efetivo para formação da coisa julgada na questão prejudicial incidental	218
Pedro Emanuel Tauceda Branco	
Preclusões dinâmicas e coisa julgada: propostas de justiça procedimental ao novo CPC	226
Pedro Luiz de Andrade Domingos	
Supressão de instância e a teoria da causa madura no agravo de instrumento	243
Rafael Gaburro Dadalto	
A fundamentação de decisões judiciais no novo CPC	255
Vitor Carvalho Barbosa	

II Tutela de direitos e novas técnicas processuais

Boa-fé objetiva processual e a guarda de filhos	267
Arthur Lopes Lemos e Vitor Rodrigues Gama	
Breves apontamentos sobre o artigo 327 §2º do CPC/2015	281
Bárbara Altoé Puppín e Michelle Ivair Cavalcanti de Oliveira	
As técnicas coercitivas no Código de Processo Civil de 2015: a exigência de “sinais exteriores de riqueza” do devedor para aplicação do art. 139, IV	290
Francisco Vieira Lima Neto e Myrna Fernandes Carneiro	
Tutela Processual Coletiva: os impactos e novidades do novo Código de Processo Civil	303
Gilberto F. Silvestre, Guilherme V. de Moraes Neves e Gabriela A. Gusella	

A fraude à execução e os seus desdobramentos diante do Código de Processo Civil de 2015	320
Leonardo Goldner Dellaqua	
O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a distribuição dinâmica do ônus da prova no contencioso tributário	335
Roberto Sartório Junior	
<i>Contempt of Court</i>: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro	345
Vander Santos Giuberti	

Democracia e processo

Democracia contestatória e representatividade adequada nas ações coletivas	364
Arthur Lopes Lemos e Vitor Rodrigues Gama	
Precedentes judiciais e administração pública: análise dos provimentos normativos elencados no art. 927 do CPC/2015	378
Alexandre dos Santos Lopes	
A ausência de força vinculante dos precedentes judiciais diante da não formação de <i>ratio decidendi</i>	396
Carolina Biazatti Borges e Nauani Schades Benevides	
Estados democráticos federados, nomofilaquia das Cortes e CPC/15	406
Carolina Biazatti Borges e Nauani Schades Benevides	
Características da competência nas ações coletivas	414
Thaís Milani Del Pupo	
Licitações internacionais financiadas pelo Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e seus reflexos no sistema jurídico brasileiro	427
Hudson Rangel Belo e Thais Milani Del Pupo	
A verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro	438
João Guilherme Gualberto Torres	
Diálogos entre o CPC/2015 e o processo penal: o contraditório prévio e o instituto da <i>emendatio libelli</i>	449
Nádia Ceccon Libardi	

A técnica legislativa das cláusulas gerais e a “discricionariedade” judicial	466
Pedro Mansur Três	
Democracia e processo: o princípio do contraditório previsto no Código de Processo Civil de 2015 como direito de participação – análise da tramitação da ADPF 323	475
Tiago Figueiredo Gonçalves, Gabriel Zoboli de Assis e Vladimir Cunha Bezerra	
Interpretação das normas jurídicas e a liberdade judicial	484
Vitor Carvalho Barbosa	

Mecanismos extrajudiciais de conflito

Mediação comunitária e o movimento do acesso à justiça na perspectiva do Código de Processo Civil de 1973 e 2015: involução ou evolução?	495
Danilo Ribeiro Silva dos Santos e Aline Simonelli Moreira	
A utilização de métodos de solução de conflitos no NCPC/2015 tendo como uma das partes a Fazenda Pública	501
Giovana Aparecida Fazio Zanetti Isaac	
O princípio da tutela adequada do Direito e o desastre da Samarco: o Programa de Indenização Mediada	514
Laísa Barroso Lima	
“Justiça multiportas”: a arbitragem como método extrajudicial de solução de litígios no âmbito do Direito Internacional Privado	530
Matheus Belei Silva de Lorenci, Renan Sena Silva e Vinícius Belo Dutra	
A Liberdade Jurídica em Axel Honneth e os tratamentos adequados de solução de conflitos	545
Ricardo Gueiros Bernardes Dias e Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira	
Análise da pré-execução do Programa de Indenização Mediada e a tutela adequada dos direitos coletivos <i>lato sensu</i>	556
Thaís Henriques Dias	
Os efeitos da coisa julgada no processo coletivo quando o grupo for ausente	571
Rafaella Boone Schimidt	

Apresentação

Valesca Raizer Borges Moschen

Tu sabes como é grande o mundo.
Conheces os navios que levam petróleo e livros, carne e algodão.
Viste as diferentes cores dos homens,
as diferentes dores dos homens,
sabes como é difícil sofrer tudo isso, amontoar tudo isso
num só peito de homem... sem que ele estale.
Carlos Drummond de Andrade, *Mundo Grande*.

Contemporaneamente, diante da assunção dos direitos humanos no cerne do Direito Internacional Privado, esse ramo se apresenta como um instrumento de promoção do respeito à pessoa humana¹ através da busca por soluções justas² e eficazes para os casos transnacionais³.

Essa nova dimensão do Direito Internacional Privado, quer seja na sua maior interação com o sistema de direito internacional público⁴, a raiz da consagração e expansão dos direitos humanos, quer seja na emergência dos temas de jurisdição e cooperação jurídica internacional como instrumentos da concretização da justiça para casos com elementos de estraneidade⁵, contribui para a consolidação da solidariedade e cooperação internacional, na medida em que promove uma maior interação entre os sistemas no nível jurídico privado, em prol da efetividade dos direitos fundamentais e da paz coletiva⁶.

O movimento de harmonização do Direito Internacional Privado não poderia ficar apartado dos novos desafios impostos a esse sistema. Assim, no âmbito da codificação do direito internacional privado⁷, a luta pela justa e efetiva prestação jurisdicional ganha especial relevo.

¹ Para Nadia de Araujo “a proteção da pessoa humana é hoje o objetivo precípua de todo o ordenamento jurídico, integrando os princípios norteadores do direito constitucional e influenciando também na sistemática do Direito Internacional Privado” (ARAÚJO, 2016, p. 20).

² Para Werner Goldschmidt, “la justicia exige que, a fin de resolver un caso con elementos extranjeros, indaguemos su tratamiento en la sociedad extranjera [...] debemos, pues, por razones de justicia bucear en la realidad social extranjera para extraer de ella la solución” (GOOLDSCHMIDT 2002, p. XXVII).

³ Friedrich Juenger (2006, p. LXII) defendia que o direito internacional privado alcançaria o seu objetivo a partir da cooperação e da harmonia de decisões judiciais na busca de soluções mais justas de cada caso transacional.

⁴ Tal interação levou à doutrina a questionar a claridade do perfil do Direito Internacional Privado frente ao Direito Internacional Público (ARROYO, 2013, p. 17-35; MICHAELS, 2008; BOER, 2010).

⁵ A busca pela solução do conflito de leis e de jurisdição a partir do caso concreto, inspirou o substantivismo jurídico da Friederich K Juenger (JUENGER, 2006).

⁶ Para Haberle o Estado Constitucional Cooperativo é a resposta interna do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à mudança no Direito Internacional. Para ele o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto.

⁷ Termo utilizado como meio de sistematização de regras, tal como relata o Prof. Diego Arroyo (2010), codificar alude a sistematizar, a elaborar um cuerpo metódico de reglas, lo que normalmente deberá desembocar en una mejora en la accesibilidad general de dicho cuerpo.

Neste sentido, o II Congresso de Processo Civil Internacional buscou debater as inúmeras questões que se colocam em torno do tema da codificação contemporânea do direito internacional privado na luta pela democratização e efetividade da prestação jurisdicional.

Desse encontro surgiram ideias e pesquisas, além de novas colaborações acadêmicas, como a criação da Rede Latino-americana de Direito Processual Civil Internacional e a consolidação de produtos elaborados por pesquisadores dos temas de Direito Internacional Privado, Direito Processual Civil e do Direito Processual Civil Internacional aqui organizados em formas de anais. Somam-se, assim, 47 textos, cujas comunicações foram apresentados em 7 Grupos de Trabalho, realizados entre os dias 20 e 22 de setembro de 2017.

Esse produto busca a formalização, consolidação e divulgação de pesquisas desenvolvidas na temática do Processo Civil Internacional no âmbito do Programa e mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo e para além dele, no amplo contexto da investigação hoje existentes em diferentes instituições de ensino brasileiras e estrangeiras.

O projeto do congresso trouxe embutido nos seus objetivos a vontade da promoção de uma nova análise do Direito Processual Civil Internacional, a partir da colaboração entre acadêmicos, professores, alunos, nacionais e estrangeiros, que propiciasse a compreensão e vivência conjunta das relações humanas hoje inserida neste vasto, admirável e complexo mundo.

Estes anais representam, portanto, um produto da cooperação acadêmica que permite ao leitor um frescor na sua dor diária por compreender e pensar esse grande mundo do Processo Civil Internacional, sem que seu peito se estale, conforme enuncia o poeta, pois não está só nas suas reflexões, mas, junto de tantos olhares e análises.

Referências

- ARAÚJO, N. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática, 1.ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.
- ARROYO, D. F. El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo, Derecho internacional privado y Derecho de la integración, CEDEP: Asunción, 2013.
- _____. La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial, Cómo se codifica hoy el derecho internacional privado?, Coord. D.P. Fernandez Arroyo e J. A. Moreno Rodriguez, Thomos Reuters, 2010.
- BOER, T. H. M. Living apart together: the relationship between public and private international law, Netherlands International Law Review, LVII, 2010.
- GOOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado, 9. ed. Buenos Aires: Depalma, 2002,
- JUENGER, Friedrich K. Derecho Internacional Privado y Justicia Material, Mexico: Porrúa, 2006,
- MICHAELS, Ralph. Public and Private International Law: German Views on Global Issues, Journal of Private International Law, 4, p. 121-138, 2008.

Codificação e acesso à Justiça

A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais

Davi Amaral Hibner¹

Gilberto Fachetti Silvestre²

Resumo: Aborda a tutela material e processual dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro e no italiano, apontando as semelhanças e as diferenças entre ambos. A partir do exame da Constituição Brasileira e da Constituição Italiana, verifica-se a existência de uma cláusula geral de proteção da dignidade humana, que serve à proteção dos direitos da personalidade. Analisando o Código Civil do Brasil e o da Itália, nota-se que o rol de direitos da personalidade previsto em ambas as legislações é exemplificativo, e não taxativo. Ainda a partir do exame da legislação de direito material e ingressando na análise dos Códigos de Processo Civil do Brasil e da Itália, é possível afirmar que, em ambos os ordenamentos, a proteção dos direitos da personalidade se dá por meio de três tutelas: inibitória, incluindo a cessatória, restauratória (reintegratória) e ressarcitória, incluindo, nesta última, a indenizatória por danos patrimoniais e a compensatória por danos extrapatrimoniais.

Palavras-chave: Comparação de sistemas processuais; Brasil e Itália; Tutela material e processual; Direitos da personalidade.

Introdução

Este é um trabalho que resulta de pesquisa preliminar do projeto de Dissertação de Mestrado *"A tutela de remoção dos danos aos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro"*. Foi escolhido o Direito Italiano por causa da nítida influência que a ciência processual desse país tem sobre o processo no Brasil.

Trata-se de um estudo que objetiva analisar a experiência legislativa estrangeira, da Itália, e seus pontos de toque e diferenciais em relação ao ressarcimento e à inibição de danos aos direitos da personalidade de ambos os países.

Já que existe uma relação tão próxima entre os processos civis italiano e brasileiro, questiona-se se eles guardam essa tradicional correspondência quanto à tutela da dignidade humana. Objetiva-se uma conclusão abstrata, e não em pormenores. Por isso, a metodologia da pesquisa se restringiu a uma análise da legislação italiana. Ou seja, nesse estudo se fez uma

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e advogado.

² Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); e advogado.

tentativa de correlacionar dispositivos legais do Código Civil, do Código Penal, do Código de Processo Civil e da Constituição dos dois países.

O foco de tal pesquisa se restringiu a verificar se há e qual a disciplina legislativa básica da proteção processual dos direitos da personalidade. Sabe-se que hoje cinco tutelas jurisdicionais vigoram no Brasil, quais sejam: compensatória, reparatória, inibitória, cessatória e restauratória. Daí se questionou se essas tutelas também existem na legislação italiana e, caso positivo, se são anteriores e semelhantes (ou diferentes) da previsão legislativa brasileira.

Cumprir frisar, contudo, que a proposta aqui não é a de uma leitura meramente formal dos textos legislativos. O que se pretende é verificar se a disciplina legal é suficiente para garantir a proteção da dignidade humana e, principalmente, a prevenção de danos às pessoas em uma sociedade cada vez mais complexa, coligada e arriscada.

Questões materiais. A cláusula geral de tutela da personalidade nas Constituições do Brasil e da Itália. O rol exemplificativo previsto no Código Civil Brasileiro e no Código Civil Italiano

De acordo com Gustavo Tepedino, a personalidade consiste no “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2008, p. 29). E, na mesma linha, Stea Gaetano afirma que os direitos da personalidade visam garantir as razões fundamentais para a vida e o desenvolvimento físico e moral do indivíduo (GAETANO, 2001, p. 18).

Os direitos da personalidade, portanto, são destinados à tutela da pessoa humana em seus diversos aspectos fundamentais e constitutivos, todos considerados essenciais à sua dignidade, quais sejam: físico (direito à vida, à integridade física e ao próprio corpo), psíquico/moral (direito à imagem, à privacidade, à honra e ao nome), intelectual (direito à liberdade de expressão e direito autoral) e espiritual (direito à liberdade de crença e autodeterminação religiosa) (AMARAL, 2014, p. 302; FARIAS; e ROSENVALD, 2017, p. 221-223).

Com efeito, o Código Civil Italiano, em seus artigos 5 a 10, cuidou da proteção de apenas 03 (três) direitos da personalidade: (i) ao corpo, (ii) ao nome e (iii) à imagem.

Todavia, diante das transformações da sociedade e das descobertas científicas e tecnológicas, novos valores vão sendo, constantemente, incorporados à personalidade humana, os quais, portanto, merecem tutela do ordenamento jurídico, a despeito da inexistência de expressa previsão normativa.

Portanto, o rol previsto no Código Civil da Itália é meramente exemplificativo, e não taxativo, de modo que outros direitos resultantes da personalidade humana podem e devem ser tutelados, com fundamento na cláusula geral de proteção da dignidade humana, prevista no art. 2 da Constituição Italiana, segundo o qual devem ser reconhecidos e protegidos todos os direitos e interesses essenciais à realização da personalidade do indivíduo: “Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia

nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalita`, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarieta` politica, economica e sociale”.

Leciona, a propósito, Stea Gaetano:

Além disso, a doutrina mais recente afirma a superação definitiva da teoria monista com a entrada em vigor da Constituição, cuja art. 2 “reconhece e garante os direitos invioláveis do homem”, esclarecendo que não se trata de proteger esta ou aquela lei individual entendida como uma situação legal que pode ser deduzida da norma, mas qualquer interesse relacionado à realização da personalidade do indivíduo (GAETANO, 2001, p. 18).

Destarte, mesmo que determinado valor essencial ao indivíduo não esteja previsto em lei, sua proteção encontra amparo na cláusula geral de tutela da dignidade humana, expressamente objetivada na Constituição Italiana.

Em sentido semelhante, o Código Civil brasileiro, em seus artigos 11 a 21, traz um rol em *numerus apertus* dos direitos da personalidade, prevendo a proteção de cinco exemplos que servem de porta para a proteção de outros direitos: (i) ao corpo, (ii) ao nome, (iii) à honra, (iv) à imagem e (v) à privacidade.

No entanto, embora o Código Civil Brasileiro tenha tratado de apenas alguns dos direitos da personalidade, outros valores e direitos inerente à personalidade humana devem ser tutelados. Neste sentido, o art. 12 do Código Civil Brasileiro prevê a proteção contra ameaça ou lesão a “direito da personalidade” – termo que comporta diversos significados – possibilitando, assim, a proteção de todos os direitos inerentes à pessoa, incluindo aqueles que não estão expressamente disciplinados por lei.

Adverte, a propósito, Gustavo Tepedino:

A personalidade deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias (TEPEDINO, 2003, p. XXI).

Para a tutela dos direitos da personalidade que não estão previstos nas legislações brasileiras, deve-se recorrer à cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, elevada a fundamento da República Federativa do Brasil e a valor máximo do ordenamento, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição Federal Brasileira.

Nesta linha, sustenta Maria Celina Bodin de Moraes:

No direito brasileiro, a previsão do inciso III do art. 1º da Constituição, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam. Assim, em nosso ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de tutela e de promoção da personalidade em suas mais diversas manifestações (MORAES, 2010. P. 128).

Em sentido semelhante, leciona Francisco Amaral:

A tutela jurídica dos direitos da personalidade, como adiante se explicitará, é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico o princípio fundamental expresso no art. 1º, III, da Constituição brasileira, o da dignidade da pessoa humana. Significa este princípio que orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade, que a pessoa humana é o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do direito e, como tal, a eles preexistente (AMARAL, 2014, p. 302).

Dispõe, outrossim, o Enunciado n. 274 do CJF, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*:

Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana) [...].

A título de exemplo, embora não haja previsão legal específica, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os transexuais têm direito à alteração do nome e do sexo no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual, consoante se infere do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO.

1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público.

2. Nessa perspectiva, observada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, admite-se a mudança do nome ensejador de situação vexatória ou degradação social ao indivíduo, como ocorre com aqueles cujos prenomes são notoriamente enquadrados como pertencentes ao gênero masculino ou ao gênero feminino, mas que possuem aparência física e fenótipo comportamental em total desconformidade com o disposto no ato registral. 3. Contudo, em se tratando de pessoas transexuais, a mera alteração do prenome não alcança o escopo protetivo encartado na norma jurídica infralegal, além de descurar da imperiosa exigência de concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que traduz a máxima antiutilitarista segundo a qual cada ser humano deve ser compreendido como um fim em si mesmo e não como um meio para a realização de finalidades alheias ou de metas coletivas. 4. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. 5. Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - ratio essendi do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - deve ser compatibilizada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-

constitucional. 6. Nessa compreensão, o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a cirurgias de transgenitalização, já vinha permitindo a alteração do nome e do sexo/gênero no registro civil (REsp 1.008.398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009). 7. A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os transexuais não operados, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças. 8. Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais). 9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). 10. Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico. 11. Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a ratio essendi dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. 12. Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito. 13. Recurso especial provido a fim de julgar integralmente procedente a pretensão deduzida na inicial, autorizando a retificação do registro civil da autora, no qual deve ser averbado, além do prenome indicado, o sexo/gênero feminino, assinalada a existência de determinação judicial, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se a publicidade dos registros e a intimidade da autora (STJ, REsp 1626739/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 01/08/2017).

Assim, nas Constituições e nos Códigos Civis do Brasil e da Itália, a tutela material dos direitos da personalidade pode ser resumida da seguinte maneira:

Plano constitucional:

Constituição do Brasil	Constituição da Itália
<p>“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”: [...] “III - a dignidade da pessoa humana”;</p>	<p>“Art. 2 A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”. [Tradução livre].</p>

Plano infraconstitucional:

Código Civil Brasileiro	Código Civil Italiano
<p>Direito ao corpo Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.</p>	<p>Direito ao corpo Art. 5 Ato de disposição do próprio corpo A disposição do seu corpo é proibida quando provoca uma diminuição permanente da integridade física, ou quando contrário a lei, ordem pública ou bom costume. [Tradução livre].</p>
<p>Direito ao nome Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.</p>	<p>Direito ao nome Art. 6 Direito ao nome Todo mundo tem o direito ao nome que lhe é legalmente atribuído. O nome inclui o prenome e o sobrenome. Alterações, adições ou correções para o nome não são permitidas, exceto em casos e formalidades especificadas por lei. [Tradução livre]. Art. 9 Proteção do pseudônimo O pseudônimo, usado por uma pessoa de modo que tenha adquirido a importância do nome, pode ser protegido pelo art. 7. [Tradução livre].</p>
<p>Direito à imagem e à honra Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.</p>	<p>Art. 10. Uso abusivo da imagem de outrem. Sempre que a imagem de uma pessoa ou dos genitores, do cônjuge e dos filhos seja exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação é permitida por lei, ou com prejuízo ao decoro ou à reputação da própria pessoa ou em conjunto com aqueles, a autoridade judicial, por requerimento do interessado, pode determinar que cesse o abuso, ressalvado o ressarcimento dos danos. [Tradução livre].</p>
<p>Direito à privacidade Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.</p>	<p>Não há correspondente</p>

Destarte, conclui-se que – tanto no Brasil quanto na Itália – todos os direitos, valores, bens e interesses relacionados à personalidade podem (e devem) ser tutelados com base nas cláusulas gerais de proteção da dignidade humana, previstas nas Constituições de ambos os Países, ainda que não exista expressa previsão normativa.

Questões processuais: as tutelas inibitória, reintegratória e ressarcitória na proteção dos direitos da personalidade

De acordo com José dos Santos Bedaque, tutela jurisdicional “é o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial” (BEDAQUE, 2006, p. 36).

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “tutela não é apenas a sentença, mas o conjunto de meios de que dispõe o direito processual para atender adequadamente às disposições do direito substancial, ou seja, “o conjunto de medidas adequadas à proteção do bem da vida buscado pelo jurisdicionado no processo” (MARINONI, 2015, p. 214-215).

No Brasil e na Itália, a proteção processual dos direitos da personalidade se dá por meio de três tutelas: (i) inibitória (incluindo a cessatória), (ii) restauratória (reintegratória ou de remoção do ilícito) e (iii) ressarcitória, abrangendo a tutela compensatória de danos morais e a tutela indenizatória de danos patrimoniais.

A propósito, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sintetizam as tutelas dos direitos da personalidade:

Para tanto, afirma o art. 12 do Diploma Substantivo que a tutela (proteção) jurídica dos direitos da personalidade, em sede civil (sem prejuízo da tutela penal), consubstanciar-se-á por meio de medidas repressivas – da chamada tutela clássica da personalidade – e, por igual, de medidas preventivas – a chamada tutela específica (que pode ser individual ou coletiva, reguladas, respectivamente, pelos arts. 497 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor). [...] Vale dizer, além da tutela preventiva e da tutela ressarcitória dos direitos da personalidade, sobreleva a pontuar a possibilidade de tutela reintegratória, na forma específica, cujo objeto é reconstituir naturalmente a situação anterior ao ilícito já consumado, sem que o ofendido necessite se utilizar do mecanismo de reparação (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 212-214).

Na mesma linha, Ieciona Elimar Szaniawski:

Além da autodefesa da personalidade, que todos possuímos, o art. 12 do Código Civil tutela amplamente os direitos da personalidade, outorgando meios necessários para que qualquer pessoa, que esteja na iminência de sofrer um atentado a direito da personalidade, possa fazer cessar a ameaça ou a lesão e requerer perdas e danos (SZANIAWSKI, 2005, p. 248).

Em sentido semelhante, Stea Gaetano afirma que, no ordenamento italiano, as tutelas compensatória, inibitória e restauratória são destinadas à proteção dos direitos da personalidade (GAETANO, 2001, p. 19-20).

A tutela inibitória (e cessatória)

A tutela inibitória, incluindo a cessatória, consiste no conjunto de medidas que se destinam a evitar a ocorrência do ilícito e/ou impedir a sua continuação e/ou reiteração. Melhor esclarecendo, a tutela inibitória serve para evitar:

- prática do ilícito;
- repetição do ilícito; e
- continuação do ilícito.

Seu objetivo é evitar a violação do direito material, impedindo a configuração do ilícito. Trata-se, pois, de tutela contra ameaça a direito, ou seja, tutela contra ilícito futuro, “ainda que esse se configure como uma repetição ou continuação de um ilícito anterior”, segundo Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 63).

No ordenamento brasileiro, a tutela inibitória, incluindo a cessatória, está prevista no *caput* do art. 12 do Código Civil e no parágrafo único do art. 497 do CPC, que são aplicáveis na proteção dos direitos da personalidade, objetivando-se evitar ou cessar ilícitos que lesem a integridade física, psíquica-moral, espiritual e intelectual da pessoa humana.

Embora a tutela cessatória seja abrangida pela inibitória (nos termos do parágrafo único do art. 497 do CPC), convém diferenciá-las apenas para fins didáticos. Enquanto a tutela inibitória destina-se a evitar a prática do ilícito, a tutela cessatória serve para impedir a sua continuação ou reiteração. A tutela cessatória, portanto, tem por objetivo fulminar ilícitos de efeitos continuados, enquanto a inibitória destina-se a evitar o ilícito nunca ocorrido.

Assim, a tutela cessatória compreende o conjunto de medidas destinado a extirpar a continuação de um ilícito que se prolonga no tempo, ou seja, que não se esvai em apenas um ato ou que se perpetua no tempo. É o que ocorre, por exemplo, com a intimidação sistemática, mais conhecida como *bullying* (Lei nº. 13.185/2015).

Em regra, a tutela cessatória será cumulada com tutela indenizatória/compensatória, já que será necessário reparar eventuais danos causados pelo ilícito.

É possível citar, como exemplo de tutela de inibição, as medidas protetivas previstas na “Lei Maria da Penha” (arts. 18 a 23 da Lei nº. 11.340/2006), que visam à proteção da integridade física e psíquica-moral da mulher, com o propósito de evitar o ilícito e/ou impedir a sua continuação ou reiteração.

Além disso, com base no art. 105 da Lei n. 9.610/1998, é possível a concessão de tutela inibitória para a suspensão ou interrupção de transmissão ou retransmissão de obras musicais na programação de empresa inadimplente com o prévio pagamento dos direitos autorais ao ECAD. É firme, neste sentido, a jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. COBRANÇA. OBRAS MUSICAIS INSERIDAS EM TRILHAS SONORAS DE FILMES. CONTINUIDADE DE TRANSMISSÃO OU RETRANSMISSÃO. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. É possível a suspensão ou interrupção de transmissão ou retransmissão de obras musicais na programação de empresa quando não há o prévio pagamento

dos direitos autorais devidos. Interpretação do art. 105 da Lei n. 9.610/98. Jurisprudência do STJ.

2. São devidos direitos autorais pela exibição pública de trilhas sonoras nos filmes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no REsp 1484566/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015).

DIREITOS AUTORAIS. RECURSO ESPECIAL. ECAD. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. RÁDIO. NÃO PAGAMENTO DOS DIREITOS AUTORAIS. TUTELA ESPECÍFICA DE CARÁTER INIBITÓRIO. POSSIBILIDADE.

1. Discussão relativa ao cabimento da medida de suspensão ou interrupção da transmissão obras musicais, por emissora de radiodifusão, em razão da falta de pagamento dos direitos autorais.

2. A autorização para exibição ou execução das obras compreende o prévio pagamento dos direitos autorais.

3. A possibilidade de concessão da tutela inibitória, para impedir a violação aos direitos autorais de seus titulares, (art. 105 da Lei 9.610/98), está prevista de forma ampla na norma, não havendo distinção entre os direitos morais e patrimoniais de autor.

4. Não se deve confundir a pretensão de recebimento dos valores devidos, a ser obtida por meio da tutela condenatória e executiva, com a pretensão inibitória, que visa cessar ou impedir novas violações aos direitos autorais. Ao mesmo tempo, há que se frisar que uma não exclui a outra.

5. Admitir que a execução das obras possa continuar normalmente, mesmo sem o recolhimento dos valores devidos ao ECAD - porque essa cobrança será objeto de tutela jurisdicional própria -, seria o mesmo que permitir a violação aos direitos patrimoniais de autor, relativizando a norma que prevê que o pagamento dos respectivos valores deve ser prévio (art. 68, caput e §4º da Lei 9.610/98) 6. Recurso especial provido.

(REsp 1190841/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 21/06/2013).

Na Itália, a tutela inibitória também encontra previsão legal. Interpretando o art. 2058, parágrafo 1, do Código Civil Italiano, Stea Gaetano aduz que o dispositivo em questão, do ponto de vista processual, permite a concessão de tutela inibitória, destinada a impedir o fato ilícito antes que ocorra ou fazer cessar os comportamentos lesivos que se prolongam no tempo (arts. 949 e 1.079 do Código Civil) (GAETANO, 2001, p. 20).

A tutela inibitória, portanto, destina-se a evitar a ocorrência do ilícito e/ou impedir a sua continuação ou reiteração.

A tutela restauratória (reintegratória ou de remoção do ilícito)

A tutela restauratória (reintegratória ou de remoção do ilícito) destina-se à reparação e à eliminação dos efeitos do ilícito e do dano. Reparar significa "voltar à aparência anterior" (*re+paribus*). É o retorno ao *status quo ante*, de modo que se fala em restauração ou reintegração da personalidade.

Trata-se, assim, de "tutela jurisdicional destinada a fazer valer o desejo da norma violada, ou seja, é tutela de remoção dos efeitos que estariam presentes na realidade não fosse a violação da norma", nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 27). No mesmo sentido,

sustentam Bruno Marzullo Zaroni e Paula Pessoa Pereira: “a tutela de remoção não pretende evitar a continuação ou repetição do ilícito (objetivo da inibitória). O seu fundamento é o ilícito de eficácia continuada” (2017. p. 254).

No ordenamento brasileiro, a tutela restauratória (reintegratória ou de remoção do ilícito), está disciplinada na parte final do parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil, que visa à remoção ou à eliminação dos efeitos do ato ilícito praticado, incluindo os danos à personalidade humana.

Como exemplos de tutela restauratória, podem ser citados: (i) o direito de resposta – previsto no artigo 5º, V, da Constituição CRFB – ou de retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social, cujo exercício deve se dar nos moldes da Lei n. 13.188/15, e (ii) a retratação pública ou privada.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça³ admite a tutela reintegratória como meio de reparação de danos a direitos personalíssimos, com a concessão do direito de resposta:

7. O direito de resposta, de esclarecimento da verdade, retificação de informação falsa ou à retratação, com fundamento na Constituição e na Lei Civil, não foi afastado; ao contrário, foi expressamente ressalvado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Trata-se da tutela específica, baseada no princípio da reparação integral, para que se preserve a finalidade e a efetividade do instituto da responsabilidade civil (Código Civil, arts. 927 e 944). (STJ, REsp. nº. 1.440.721/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 11/10/2016).

No ordenamento italiano, a tutela restauratória também está prevista no art. 2.058, parágrafo 1, do Código Civil, segundo o qual: “A parte lesada pode requerer a reintegração sob forma específica, se for total ou parcialmente possível”.

De acordo com Stea Gaetano (2001, p. 20), “o remédio em questão tem função essencialmente reparatória e, logo, se diferencia da tutela inibitória, a qual a função é dirigida, como dito, a impedir uma lesão a situação subjetiva ou prevenir a violação”.

Diversamente do que se verifica no ordenamento brasileiro (art. 497, parágrafo único, CPC), o parágrafo 2 do art. 2.058 do Código Civil Italiano restringe a concessão da tutela restauratória, dispondo que, se ela for excessivamente onerosa para o devedor, deve-se deferir apenas tutela ressarcitória (compensatória de danos extrapatrimoniais e/ou indenizatória de danos patrimoniais).

Neste aspecto, pode-se afirmar que a legislação brasileira está mais avançada do que a italiana, já que, para a concessão da tutela restauratória, o parágrafo único do art. 497 dispensa a demonstração do dano e de culpa do réu.

Diferença entre tutela inibitória e tutela restauratória

Enquanto a tutela inibitória destina-se a evitar a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, a tutela reintegratória volta-se contra os efeitos do ilícito já praticado, promovendo a restauração da personalidade violada, com a remoção do dano.

³ STJ, REsp. nº. 1.440.721/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 11/10/2016

A propósito, sustenta Stea Gaetano:

Essas substanciais e positivas diferenças destacam a não vinculação da tutela de cessação em uma perspectiva de aplicação generalizada e atípica, como remédio reintegrativo e reparatório, tendo como base normativa o art. 2.058, também porque a tutela inibitória não constitui um remédio contra o dano (GAETANO, 2001, p. 20).

Assim, a partir dos direitos fundamentais à efetividade e à técnica processual adequada à proteção do direito material (arts. 4º e 6º do CPC Brasileiro), a tutela inibitória e a tutela reintegratória devem ser compreendidas, respectivamente, como tutelas capazes de: (i) prevenir o ilícito ou inibir a sua reiteração ou continuação e (ii) eliminar os seus efeitos concretos, conforme aduz Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 60-62).

De qualquer modo, "nada impede que a tutela seja, ao mesmo tempo, reintegratória e inibitória: remove-se um ilícito continuado, ou os seus efeitos, e impede-se, com isso, um novo ilícito, ou a continuação do ilícito removido", segundo Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 575).

A propósito, Flávio Tartuce (2017, p. 114) fornece interessante exemplo em que a tutela é, simultaneamente, inibitória e reintegratória: se uma editora lança, sem autorização, a imagem de um jogador de futebol em figurinhas de um álbum, o juiz poderá fixar multa para evitar novas veiculações (tutela inibitória-cessatória), bem como determinar busca e apreensão para retirar o material de circulação (tutela de remoção do ilícito).

A tutela ressarcitória: indenizatória e compensatória

A tutela ressarcitória tem por objetivo a reparação ou a compensação do dano causado pelo ato ofensivo aos direitos da personalidade, abrangendo: (i) a tutela indenizatória, que visa à reparação de danos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes), para que a vítima retorne o *status quo ante*, e (ii) a tutela compensatória, consistente no pagamento de uma quantia pecuniária que constituiu um lenitivo pelo prejuízo de ordem extrapatrimonial.

Segundo Fernando Noronha (2013, p. 590-594), pode-se afirmar que o dano patrimonial consiste na violação de bens e interesses suscetíveis de avaliação pecuniária, enquanto o dano extrapatrimonial se consubstancia na ofensa a bens e interesses desprovidos de caráter econômico.

Consoante dispõe o art. 402 do Código Civil, o dano patrimonial pode ser classificado em: (i) dano emergente – que, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 94), consiste "na efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima"; e (ii) lucro cessante, consubstanciado na perda do ganho esperável, ou seja, o acréscimo patrimonial que haveria, se o dano não tivesse ocorrido.

O dano extrapatrimonial, por outro lado, nunca será plenamente reparado apenas com indenização pecuniária, já que os bens e interesses lesados são insuscetíveis de avaliação econômica.

A lesão aos direitos da personalidade causará, sempre, um dano extrapatrimonial, pois, em regra, tais direitos são desprovidos de valor econômico.

Há casos, porém, em que a violação aos direitos da personalidade também poderá provocar danos patrimoniais, além de danos morais. Em síntese: toda lesão a um direito da personalidade será, fatalmente, um dano moral, que poderá, dependendo das circunstâncias, estar associado a um outro dano, este de ordem patrimonial. Por exemplo, a difamação de profissional liberal pode, simultaneamente, causar: (i) diminuição de sua clientela e, conseqüentemente, redução de lucros (danos patrimoniais), e (ii) ofensa a sua honra subjetiva, entendida como sentimento pessoal de estima (danos extrapatrimoniais) (NORONHA, 2013. p. 592).

Assim, para a integral dos direitos da personalidade, deve-se admitir a cumulação de indenizações por dano material e por dano moral advindos do mesmo ato ilícito.

No ordenamento brasileiro, além do art. 12 do Código Civil, os arts. 186 e 927 (e seguintes) do mesmo diploma também cuidam da tutela ressarcitória na proteção dos direitos da personalidade, sendo importante destacar os seguintes exemplos: (i) direito à vida e à integridade física (arts. 948, 949, 950 e 951); (ii) direito à honra (art. 953) e (iii) direito à liberdade de locomoção (art. 954).

Tratando-se de violação do direito à imagem, o Superior Tribunal de Justiça admite a cumulação de indenização por danos patrimoniais e de compensação por danos morais, consoante o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. NADADOR PROFISSIONAL. FINALIDADE COMERCIAL. PREEXISTÊNCIA DE CONTRATO PARA TAL FINALIDADE. UTILIZAÇÃO DA IMAGEM DO ATLETA EM PERÍODO POSTERIOR AO PACTUADO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFIGURAÇÃO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO MATERIAL. LUCROS CESSANTES. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.
1. Ação indenizatória promovida por nadador profissional em desfavor de empresa fabricante de produtos alimentícios em virtude de supostos danos materiais e morais que teria suportado pelo uso indevido de sua imagem nas embalagens de um dos produtos por ela comercializado (bolachas "top crock") em período posterior ao término do contrato que haviam celebrado para tal finalidade.
2. Recurso especial que veicula a pretensão do autor (i) à indenização pelos prejuízos materiais daí decorrentes - consubstanciados nos valores que deixou de receber caso tivesse sido regularmente renovada a avença - e (ii) à majoração da indenização arbitrada pela Corte local a título de reparação pelos danos morais por ele suportados em decorrência desses mesmos fatos.
3. O dano material pode atingir não só o patrimônio presente da vítima, mas também o futuro, sendo perfeitamente possível afirmar que a ação ilícita de terceiro enseja reparação material tanto quando reduz o acervo patrimonial da vítima (dano emergente), quanto quando impede o crescimento que lhe é razoavelmente esperado (lucros cessantes).
4. Por isso, aquele que teve sua imagem utilizada, com fins comerciais, por prazo superior ao regularmente contratado, faz jus tanto à indenização pelos danos morais quanto à reparação material pelos lucros cessantes suportados, devendo corresponder estes últimos aos valores que proporcionalmente receberia caso a autora do ilícito tivesse promovido a regular renovação do pacto, ainda que com significativa redução do objeto deste.
5. A indenização material deve ser fixada levando-se em consideração não só o tempo pelo qual irregularmente perpetrada a indevida utilização da imagem do autor (aproximadamente 12

meses no caso), mas também a redução proporcional da contraprestação que lhe seria devida, tendo em vista que o contrato originalmente entabulado tinha objeto muito mais amplo do que a simples utilização de sua imagem.

6. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que não se pode afirmar desarrazoado o arbitramento da referida reparação dos prejuízos imateriais no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). 7. Recurso especial parcialmente provido para condenar a recorrida ao pagamento, em favor do recorrente, de indenização por danos materiais, fixada no valor de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), que devem ser corrigidos monetariamente nos termos da Súmula nº 362/STJ e acrescidos de juros de mora a contar do evento danoso (Súmula nº 54/STJ), mantendo-se íntegro, no mais, o aresto hostilizado (REsp 1323586/PB, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 11/03/2015).

Analisando o ordenamento italiano, Stea Gaetano afirma que a tutela ressarcitória não permite que o titular do direito lesado consiga a mesma utilidade que a lei ou o contrato garantem, mas apenas a utilidade equivalente (função compensatória ou reparatória) (GAETANO, 2001, p. 18).

Havendo danos patrimoniais, a vítima tem direito a uma soma em dinheiro correspondente à perda econômica sofrida, incluindo tanto a diminuição do patrimônio (dano emergente) quanto aquelas eventuais faltas de ganhos consequentes do fato lesivo (lucros cessantes), com base no art. 1.223 do Código Civil, que prevê o princípio da reparação integral do dano (GAETANO, 2001, p. 18):

Art. 1223 Risarcimento del danno

Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (1382, 1479, 2056 e seguenti).

Em tradução livre: Art. 1.223 Ressarcimento do dano. O ressarcimento do dano por inadimplemento ou por mora deve compreender tanto a perda sentida pelo credor quanto o que deixou de ganhar, desde que sejam consequência direta e imediata.

Em relação aos danos extrapatrimoniais, Stea Gaetano escreve que a tutela ressarcitória dos direitos da personalidade encontra um importante limite na histórica exclusão da ressarcibilidade prevista no art. 2.059, já que não se pode falar em função compensatória do ressarcimento deste dano, especificamente porque ele não pode ser medido pelo critério da equivalência com a perda econômica sofrida pela vítima (GAETANO, 2001, p. 18):

Art. 2059 Danni non patrimoniali

Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).

Em tradução livre: Art. 2.059 Dano não patrimonial: O dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos determinados na lei.

Segundo Stea Gaetano, parte da doutrina italiana defende uma interpretação restritiva do sistema de responsabilidade pelos fatos ilícitos, baseada no art. 2.059, considerando os

danos não patrimoniais ressarcíveis apenas quando o ilícito constitua um delito. Assim, a norma civil é integrada com uma remissão direta ao art. 185 do Código Penal, de modo que se fala em “tipicidade do dano não patrimonial” (GAETANO, 2001, p. 18):

Art. 185 - Restituzioni e risarcimento del danno.
 Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili.
 Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui
 Em tradução livre: Art. 185 – Restituição e ressarcimento do dano:
 Cada delito obriga à restituição, de acordo com as leis civis.

Cada delito, que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial, obriga ao ressarcimento o culpado e as pessoas que, de acordo com as leis civis, devem responder por seus atos.

Diversamente, outra parte da doutrina italiana amplia o âmbito reparatório do dano extrapatrimonial, sustentando a aplicação do art. 2.043 cumulado com o disposto na norma constitucional que reconhece e garante os direitos fundamentais da pessoa, de forma que, para esta corrente doutrinária, a tutela ressarcitória do dano moral deve ser desvinculada do art. 2.059, ou seja, ampliada (GAETANO, 2001, p. 19).

Diferença entre tutela restauratória e tutela ressarcitória

A partir do exame do ordenamento brasileiro, as tutelas restauratória e ressarcitória (indenizatória e compensatória) podem ser diferenciadas da seguinte maneira:

Indenizatória	Espécie de tutela ressarcitória. Consiste no pagamento de uma quantia pecuniária que tem por objetivo imunizar o prejuízo patrimonial sentido pelo titular de um direito da personalidade lesado. Seu valor é obtido por meio de uma operação matemática de subtração, que corresponde à diferença entre o patrimônio que existia antes do evento danoso e o patrimônio reduzido após a lesão. Indenizar é dar dinheiro. É a reparação pecuniária, a substituição do bem por dinheiro. Trata-se de retirar o dano (<i>in = não; denne = dano</i>) Nesse caso, há a possibilidade de a vítima retomar o <i>status quo ante</i> .
Compensatória	Espécie de tutela ressarcitória. Consiste no pagamento de uma quantia pecuniária que constitui um lenitivo pelo prejuízo de ordem extrapatrimonial. A esse valor se chega a partir de arbitramento judicial. Quando não é possível reconstituir o estado anterior ou o bem lesado não tem preço, concede-se a tutela compensatória. É o caso do dano moral.
Restauratória (reintegratória ou de remoção do ilícito)	Consiste em um conjunto de medidas que objetiva a remoção dos efeitos do ilícito já ocorrido, com o propósito de restaurar a personalidade da vítima. É concedida após o cometimento do ilícito e do dano. Reparar significa “voltar à aparência anterior” (<i>re+paribus</i>). É o retorno ao <i>status quo ante</i> .

Conclusão

A pesquisa realizada com base na legislação de ambos os países revelou que o sistema processual brasileiro de defesa da personalidade – seja pela via da tutela indenizatória, seja pela da tutela específica – é muito mais adequado aos conflitos que envolvem a personalidade em uma sociedade de risco como a que se verifica em todos os países.

Pôde-se observar que na Itália ainda existe uma corrente doutrinária mais “conservadora” em relação ao ressarcimento de danos não patrimoniais por causa de uma interpretação restrita do art. 2.059 do Código Civil, que diz serem ressarcíveis somente aqueles danos previstos na lei. Por outro lado, uma outra corrente doutrinária vai dizer que o art. 2.059 se restringe aos danos morais subjetivos. A propósito, esta é a linha da Corte Constitucional Italiana, conforme se verifica nas sentenças 87-88/1979, 184/1986 e 372/1994. Foi necessária uma interpretação sistemática com a Constituição Italiana para se reconhecer como possível a indenização de quaisquer danos não patrimoniais para a proteção da pessoa, para além daqueles tipificados como delitos no Código Penal (art. 185).

Por outro lado, de há muito o Brasil apresenta uma legislação mais completa que afasta qualquer discussão em torno da questão, conforme é pacificado pelo art. 186 do Código Civil.

Quanto à tutela específica, ficou claro que o Brasil se inspira em fontes italianas, cuja previsão de tutela inibitória e cessatória preexiste aos Códigos de Processo Civil brasileiros de 1973 e 2015.

É importante ressaltar que tanto aqui, quanto lá, vivencia-se um momento de insuficiência da indenização como mecanismo de prevenção de danos. Coibir os danos é uma medida que se revela muito mais eficaz para a pacificação social.

Referências

- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. Parte especial (arts. 121 ao 361). Volume único. 8ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 18ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. Vol. 2. 11ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2016.
- _____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Execução. Vol. 5. 7ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 15ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; e FERREIRA, Renata Marques. Liberdade de expressão e direito de resposta na sociedade de informação. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2017.
- GAETANO, Stea. "La tutela civile dei diritti della personalità", Rivista Telematica Diritto&Diritti. Pubblicato anche su Rivista Giurisprudenziale, 1, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz, e MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos contemporâneos do direito civil: estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MORAES, Celina Maria Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PERA, Flavio Samuele. Danno-evento e danno-consequenza. In: VIOLA, Luigi. Tractatus dei danni. La responsabilità civile ed il danno. Vol. 1. S/I: Halley Editrice, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chauhy de; MENEZES, Iure Pedroza; e CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (Coord.). Direitos das obrigações: reflexos no direito material e processual: obra em homenagem a "Jones Figueiredo Alves". Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume Único. 7ª Ed. São Paulo: Método, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ZARONI, Bruno Marzullo; e PEREIRA, Paula Pessoa. Tutela inibitória no novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; e FREIRE, Alexandre (Org.). Novo CPC. Doutrina Selecionada. Execução. Vol. 5. 2ª Ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

Imunidade de Jurisdição de Estado e sua adequação ao Estado de Direito

Evandro Santos Leal¹

Valesca Raizer Borges Moschen²

Resumo: O escopo deste artigo consiste em analisar e compreender a imunidade de jurisdição de Estados quanto instituto processual, observando o respectivo impacto no direito fundamental de acesso a justiça sob o âmbito das relações do direito internacional privado. Considerando ainda a evolução jurisprudencial para com o Estado de direito, em seu reconhecimento contemporâneo. A Pesquisa proporcionou a constatação de que a relativização deste instituto já é uma realidade no direito internacional, aplicando-se entendimentos limitadores a imunidade de jurisdição nas lides em que a matéria de direito não contrapõe ao exercício de Soberania Estatal. Todavia, não há um corpo normativo de direito internacional vigente que uniformize o entendimento dos Estados e atribua segurança jurídica as relações de direito privado com Estado estrangeiro em prol do acesso a justiça.

Palavras-chave: Imunidade de Jurisdição; Relativização; Soberania; Cooperação; Acesso à Justiça.

Imunidade de Jurisdição de Estado, uma norma legítima

A imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro é reconhecida pelo costume do direito internacional que sob fundamento da máxima *par in parem non habet iudicium*, ou seja, nenhum Estado está obrigado a ser submetido à jurisdição de outro, devido à igualdade de soberania entre os Estados.³

Esse costume é tema de ampla discussão, tendo em vista a transição histórica do absolutismo com os avanços econômicos e políticos no mundo. A imunidade de jurisdição confere tratamento especial em favor do Estado estrangeiro, temos então uma dicotomia a analisar, pois se de um lado o Estado é privilegiado pela imunidade, tautologicamente o outro Estado tende a estar diante de injusta desvantagem. Carmén Tiburcio registra que os países europeus usavam deste privilégio para fazer valer suas pretensões comerciais, nas relações internacionais ante os tribunais de suas ex-colônias e, diante deste quadro, surge no final do século XIX a doutrina de imunidade de jurisdição relativa dos Estados, tendo

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

² Professora Doutora pela Universidade Federal do Espírito Santo.

³ REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 207.

como fundamento atos de gestão e atos de império, para reconhecer ou não o instituto da imunidade do Estado. Sendo ato de gestão o não reconhecimento da imunidade, com fundamento de que o Estado age como um particular e, nos atos de império o devido reconhecimento do instituto sob o fundamento de que o ato praticado pelo Estado está condicionado ao exercício da sua soberania.⁴

Dessa forma aponta Walter Rechsteiner:

No início do século XX, os Estados, em geral, gozavam ainda de imunidade absoluta perante a justiça de outro Estado. Hoje, porém, reina na doutrina internacional e na jurisprudência dos diferentes países a tese da imunidade relativa ou limitada de jurisdição do Estado estrangeiro.⁵

Temos então que, a imunidade de jurisdição passou ser relativizada para se compatibilizar com a dinâmica da economia globalizada, e os múltiplos negócios jurídicos que se formam entre sujeitos de diferentes Estados com Estados estrangeiros, estes quanto pessoa jurídica de direito público, propriamente dito⁶. Sendo assim, possível o afastamento deste Costume, pelo Estado do foro, sempre que o mesmo entenda ser razoável, sob o fundamento de que não há afronta a soberania, visto ser, no caso concreto, um ato comum de relações privadas a ser apreciado pelo poder judiciário local.

A problemática da Relativização da Imunidade do Estado Estrangeiro

A relativização do princípio de imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro é uma realidade contemporânea, na qual os Estados do foro doméstico têm limitado sua aplicação a situações em que se interpreta estar diante de um ato de soberania, aplicando-a no processo e, quando porém, este Estado estrangeiro, que é pessoa jurídica de direito público externo, age como um particular, praticando atos jurídicos e realizando negócios jurídicos não relacionados a atividades de soberania, afastando o reconhecimento da imunidade à jurisdição. Apesar desta evolução hermenêutica do princípio, as interpretações dos Estados não são uniformes, o que representa insegurança jurídica nas relações internacionais.

Carmen Tiburcio sintetiza bem os meios que a pragmática jurídica recorre para solucionar, no caso concreto, a jurisdição pela qual deve ser apreciada determinada demanda em desfavor de um Estado estrangeiro:

No direito comparado hoje coexistem dois sistemas. O primeiro, com base na lei interna ou convenção em vigor no país, no qual se deve buscar se a hipótese

⁴ TIBURCIO, Carmen. Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira – Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição: Salvador, BA: Jus Podivm, 2016, p. 286

⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado – Teoria e Prática, 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Item 107

⁶ REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 207

concreta está listada expressamente como não beneficiária da imunidade. Como regra, não estando a situação compreendida nas exceções mencionadas, entende-se que o privilégio imunitório prevalece. O segundo sistema, do qual o Brasil faz parte, baseia-se no costume internacional sobre a matéria, que compreende a jurisprudência internacional e estrangeira, bem como a legislação estrangeira e internacional [...].⁷

Por tanto, apesar do esforço legislativo de diversos Estados que têm regulamentado parâmetros para o reconhecimento e escusa a imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro, não há uniformização entre os Estados, seja por entendimento isonômico das matérias a ser afastadas ou integradas a imunidade, seja por divergência aos fundamentos considerados em plano jurisprudencial. Desta forma torna-se necessário a segurança jurídica um corpo normativo em plano internacional sobre este Instituto, padronizando matérias e situações fáticas para a aplicabilidade da imunidade, hora afastando-a, hora aplicando-a, preservando com isso o equilíbrio sócio-político entre os Estados, além de atribuir um necessário mecanismo contemporâneo de harmonização das normas de Direito Internacional Privado, conferindo segurança jurídica às múltiplas relações jurídicas internacionais advindas por demanda da globalização. Neste aspecto a Convenção das Nações Unidas de 2004, relativa à Imunidade de Estados e de seus Bens, elaborada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, trás dispositivos expressos a aplicação relativa da imunidade de jurisdição, com base em decisões estrangeiras e tratados internacionais, todavia, hoje ela possui 28 assinaturas e 21 ratificações, sendo assim, ainda não se encontra vigente, visto que o seu artigo 30 define que a sua entrada em vigor se dará 30 dias após a trigésima ratificação⁸, vale ressaltar também que o Brasil ainda não assinou esta convenção. A convenção tem entendimento expresso para o afastamento da imunidade para lides de transações Comerciais (art. 10); contratos de trabalho (art.11) e Danos causados a pessoas e bens (ART. 12); e seu texto é inspirado num copilado de legislação e julgados da Comunidade Européia.⁹

A ausência de regulamentação internacional reflete a insegurança jurídica em muitos casos reais levados ao judiciário. A exemplo, um caso muito polêmico, em que as vítimas do massacre ocorrido na cidade grega de Distomo, durante a II Guerra Mundial, em que ajuizaram ação reparatória contra a Alemanha, com decisão procedente, na qual afastava a imunidade de jurisdição, todavia, a decisão foi reformada na Corte Européia que entendeu pela prevalência da Imunidade. Outro caso em ação indenizatória contra a Alemanha e a Corte de Cassação concluiu que a Alemanha não poderia alegar imunidade no caso de crimes - contra o italiano, Luigi Ferrini, que fora levado para um campo de concentração em agosto de 1944 -, perpetrados no Estado do foro, pouco importando a distinção entre atos

⁷ TIBURCIO, Carmen. Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira – Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição: Salvador, BA: Jus Podivm, 2016, p. 299

⁸ Cf.: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=en/>. Acesso em 10/11/2017.

⁹ Araujo, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira – 1. Ed – Revolução, Ebook, 2016, p. 2832

de império ou de gestão. Decisão essa também reformada na Corte Internacional de justiça de Haia, em fevereiro de 2012, na qual se reconheceu imunidade a república da Alemanha.¹⁰ Como se vê, não há harmonização entre as decisões, sendo as mesmas contrariadas no decurso do processo.

A posição do Brasil

É importante destacar que o Brasil não possui legislação expressa desta matéria¹¹(ARAUJO, Nádia de), dessa forma, o judiciário brasileiro precisa recorrer ao costume internacional sobre a matéria, que compreende a jurisprudência internacional e estrangeira, bem como a legislação estrangeira e internacional, o que dificulta a compreensão da complexidade do caso pelo juiz, ao passo que torna difícil aplicar a decisão mais adequado a lide apresentada.

Este debate toma grande relevância no Brasil com uma lide expõe o conflito frente a necessidade de garantir acesso a justiça versus o exercício de soberania do Estado estrangeiro que se fez em caso concreto de matéria trabalhista. No caso conhecido como caso Genny, no qual em 1976, SP, a Sr^a Geny de Oliveira propôs reclamação trabalhista contra a Representação Comercial da República Democrática Alemã (RDA), pleiteando a anotação na carteira profissional de seu falecido marido dos dados relativos ao contrato de trabalho. A república da Alemanha contestou pela Imunidade de Jurisdição, sendo o pedido indeferido e em recurso de apelação, o STF, em 1989 decide por indeferir aplicabilidade do Instituto à República democrática da Alemanha na Apelação civil nº 9.696, e considerou no fundamento que o ato não representava o exercício da soberania. Firmou-se, 1988 por advento da Constituição Cidadã e da Corte Judiciária brasileira que nas relações de trabalho entre nacionais (residentes no Brasil) e os Estados estrangeiros (quer sejam suas representações diretas ou indiretas, embaixadas, consulados, agências de cooperação comercial, etc.) prevalece à lei e a jurisdição brasileira¹². Assim, encontra-se pacificado o entendimento jurisprudencial no Brasil a relativização da imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros em matéria trabalhista. Este é um caso que expõe de forma bem didática a importância e a necessidade de mitigação da imunidade de jurisdição, pois essa decisão em contrário representaria, em plano material, a denegação da justiça, pois não é razoável acreditar que empregados assalariados teriam condições de demandar no exterior. *A priori* existem três obstáculos, que se fazem presentes em maior ou menor grau a depender do caso concreto:

¹⁰ TIBURCIO, Carmen - Revista Consultor Jurídico, 19 de março de 2012, via site: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-19/decisao-politica-corte-internacional-haia-alemanha-italia> em 10/07/2017

¹¹ Araujo, Nádia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira – 1. Ed – Revolução, Ebook, 2016, p. 2817

¹² Com a Emenda Constitucional n.45 que deu nova redação ao artigo 114 CF, I, hoje é claro a competência da Justiça do Trabalho em processar e julgar: "i. as ações oriundas das relações de trabalho, abrangendo entes de direito público externo...".

a) Condição financeira do autor, no qual o próprio custo de deslocamento para demandar pode ser maior ou equivalente ao que se espera receber, sob o risco de indeferimento do pedido;

b) Condições técnicas procedimentais do Estado estrangeiro ou mesmo da cooperação entre ambos, no qual não se tem conhecimento de meios assecuratórios para a demanda no estrangeiro, haja vista que a decisão que reconhece a imunidade do Estado a rigor apenas afirma não ter legitimidade para apreciar a lide, mas em contrapartida não propõe meios para que o processo seja aberto no foro do Estado estrangeiro;

c) Condição cognitiva do autor, que além de provável desconhecimento do idioma estrangeiro, principalmente no que diz respeito a comunicação técnico-jurídica, há desconhecimento também de como proceder, quem poderá postular, em que órgão se daria a competência, entre outros fatores que como já exposto, a decisão que reconhece a imunidade de jurisdição, via de regra, não aprecia o mérito e não apresenta meios para que a demanda seja efetivamente apreciada no estrangeiro.

É imprescindível à segurança jurídica nas relações internacionais que haja um corpo normativo vigente, seja ele pátrio, ou de forma mais abrangente, regulamentado internacionalmente, como é a perspectiva da Convenção das Nações Unidas de 2004, relativa à Imunidade de Estados e de seus Bens, que o Brasil deve assinar para somar forças a sua futura vigência, ainda que essa adesão seja feita com ressalvas, pois o direito internacional segue aplicações descentralizadas deste princípio.

Devido a ausência legislativa é comum a aplicação de reconhecimento a imunidade de jurisdição ao Estado estrangeiro, de ofício, com base em precedentes já superados pelo estado de direito, mas que não são observados na lide pelo fato de o julgador aplicar um precedente oportunamente incompatível com o estado de direito. Neste contexto, Madruga Filho faz uma observação crítica:

O fundamento da imunidade na regra de igualdade soberana é um vício histórico que a doutrina ainda não conseguiu largar. Inebriados pela falsa imagem antropomórfica do soberano no banco dos réus de outro soberano, criam-se ficções para conciliar a crença de que a submissão à jurisdição estrangeira fere a igualdade entre os soberanos com o fato de que os Estados são hoje frequentemente – e de acordo com o direito internacional hoje – submetidos à jurisdição estrangeira.¹³

A crítica direcionada a parte da doutrina que conserva entendimento de imunidade de jurisdição absoluta ao Estado estrangeiro feita por Madruga Filho deve ser também considerada à jurisprudência, como feito por Camén Tiburcio:

A partir dessas premissas, não se pode admitir que o judiciário estabeleça restrições ao acesso a justiça, sem atentar para os outros princípios e garantias fundamentais. O acesso a justiça, como norma e princípio, deseja o menor

¹³ MADRUGA F.; Antenor P., A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição, Rio de Janeiro: Renovar. 2003. P. 408.

numero possível de restrições ao julgamento de mérito e a concretização da atividade satisfativa, seja por circunstâncias legais ou fáticas. Do mesmo modo, também por ser princípio, não se trata de um direito absoluto, sem qualquer condicionamento ou limitação.¹⁴

Por essas questões é que uma legislação específica se faz necessária pela previsibilidade do acesso a justiça, segurança jurídica e valorização do estado de direito.

Há perspectiva que a hermenêutica jurídica deste instituto se desenvolva no âmbito judiciário, priorizando uma análise prévia do direito material envolvido na lide, para posterior decisão formal de jurisdição devido o advento da reformulação do Código de Processo Civil, publicado 17 de março de 2015, que trouxe um conjunto de normas direcionadas a manifestação das partes para assegurar apreciação do mérito, como é possível observar no Art.10º do CPC/15, o qual determina que o juiz deve ouvir as partes antes de tomar decisão de qualquer natureza, mesmo que essa decisão esteja autorizada a se fazer de ofício.

Ao que tange as possibilidades para a segurança jurídica das partes do processo em que um dos pólos atue agente de Estado estrangeiro, tal qual o equilíbrio sócio-político entre os Estados, com respeito ao princípio da Cooperação, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região do Rio Grande do Sul trouxe uma excelente contribuição, apresentando em acórdão que é possível afastar a imunidade de jurisdição com respeito a soberania, a cooperação, preservando o equilíbrio sócio-políticos entre os Estados sem deixar de exercer a jurisdição e a aplicação do remédio jurídico necessário a lide.

No caso, a exequente pretende a expedição da referida carta a fim de que sejam penhorados bens e valores da executada, no país de origem (República do Paraguai), uma vez que frustrados os atos executórios no âmbito da jurisdição interna.

No caso de Estados integrantes do Mercosul, a expedição de cartas rogatórias para fins de execução vem prevista no Protocolo de Las Leñas (Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa), celebrado na cidade de Las Leñas, em 1992, tendo como signatários os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, o qual disciplina, no Capítulo V, o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais. (fl. 05)¹⁵

Processo 0123400-65.2008.5.04.0121, Relatora DESEMBARGADORA ANA ROSA PEREIRA ZAGO SAGRILO.

Os julgadores ressaltaram, no entanto, que os atos devem ser executados conforme as leis paraguaias e de acordo com as formalidades previstas pelo Protocolo de Las Leñas. Essa decisão aponta para o encontro da soberania e do pleno exercício jurisdicional, por meio da cooperação entre Estados.

O Brasil está atrasado no que diz respeito a ausência de regulamentação pátria expressa a esta matéria, isso se reflete ao judiciário, uma vez que o juiz está sem previsão legal para sua

¹⁴ TIBURCIO, Carmen. Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira – Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição: Salvador, BA: Jus Podivm, 2016, p. 272

¹⁵ Processo 0123400-65.2008.5.04.0121, Relatora DESEMBARGADORA ANA ROSA PEREIRA ZAGO SAGRILO.

tomada de decisão, precisando recorrer a legislações estrangeiras e internacionais, isso claro, quando não se limita a interpretação de um dispositivo de direito formal e aplica a imunidade ao Estado estrangeiro, e, em conseqüência, faz-se contrariar o dever Estatal de tutelar os direitos dos cidadãos, denegando-lhes a apreciação de lide e o próprio direito a decisão do conflito material.

Um novo caso levado ao Supremo Tribunal de Justiça também permitirá um novo debate sobre o tema permitindo maior aprofundamento no tema, devendo conflitar questões de estado de direito brasileiro em relação a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro, como o caso de repercussão geral discutido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 954858, no qual trata de ação de ressarcimento de danos materiais e morais de autoria de descendentes de um tripulante de barco pesqueiro morto em decorrência de ataque de submarino alemão no mar territorial brasileiro, nas proximidades da Costa de Cabo Frio, em julho de 1943, durante a II Guerra Mundial.

A Decisão será um precedente que poderá inovar não só por deferimento ou indeferimento, mas pelos fundamentos elencados e os valores e princípios sobrepostos nesta matéria a se formar entendimento jurisprudencial em ato de guerra, que apesar de possibilitar entendimento referente a matéria de exercício de soberania, também a que se questionar os valores da dignidade da pessoa humana.

Conclusões

Fundamenta-se a importância de o Estado do Foro doméstico exercer, em sua própria jurisdição, a condução do processo em que o autor é um cidadão comum da federação, mesmo sendo o réu um Estado estrangeiro, por meio da declaração Universal de Direitos do Humanos, na qual considera direito a todo cidadão, receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.¹⁶ Fundamenta a tese da Pesquisa de que uma decisão em que se aplica a imunidade de jurisdição a Estado estrangeiro, sem conferir meios e garantias ao demandante para seguir com o processo no Estado estrangeiro é uma decisão contrária ao direito. É necessário se obter uma resposta de mérito para que o processo possibilite a materialização do direito das partes. Nas palavras do Ilustre Candido Rangel Dinamarco:

Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. [...] É preciso que as pretensões apresentadas aos juizes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo, mas também o próprio sistema processual seria estéril e inoperante enquanto se resolvesse numa técnica de atendimento ao direito de ação, sem preocupações com os resultados exteriores. Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa [...] receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.¹⁷

¹⁶ Artigo 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, v.2, 2002. P. 54 e 55.

Hoje, no Brasil temos um código processual que confere as partes ampla manifestação, antes de qualquer decisão judicial, o que é um avanço significativo para se obter decisão de mérito mais coerente com a realidade fática levada ao processo. Também, apesar de não vigente, a convenção Nações Unidas de 2004, relativa à Imunidade de Estados e de seus Bens pode ser acertadamente usada para fundamentar decisões a se aplicar ou afastar a imunidade de jurisdição, além de possibilitar a regulamentação interna sobre a matéria, haja vista ser uma necessidade diante da ausência de regulamentação expressa a esse tema. Os tratados internacionais por sua vez, também apresentam alta relevância para a garantia de exercício jurisdicional sem que haja um atrito político social entre os Estados, mas sim garantias de cumprimento das decisões que seguem em conformidade com o direito. Esses são meios possíveis de se aplicar a cooperação para assegurar o direito e a justiça nas relações com Estado estrangeiro. Todavia, mais desenvolvida sobre o tema hoje é a Convenção das Nações Unidas de 2004, relativa à Imunidade de Estados e de seus Bens, e é importante que o Brasil a assine e incentive outros Estados a assinar e ratificar esta convenção, pois ela permite a harmonização das Normas de Imunidade de Jurisdição no em plano internacional.

Referências

- REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TIBURCIO, Carmen. Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira – Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição: Salvador, BA: Jus Podivm, 2016.
- RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado – Teoria e Prática, 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira – 1. Ed – Revolução, Ebook, 2016.
- TIBURCIO, Carmen - Revista Consultor Jurídico, 19 de março de 2012, via site: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-19/decisao-politica-corte-internacional-haia-alemanha-italia> em 10/07/2017.
- MADRUGA F. Antenor P. , A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição, Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- FINKE, Jasper Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else? inThe European Journal of International Law EJIL Vol. 21, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, v.2, 2002.

O procedimento de interdição à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil de 2015

Gilberto Fachetti Silvestre¹

Gabriela Azeredo Gusella²

Guilherme Valli de Moraes Neves³

Resumo: A Lei nº 13.146/2015, visando efetivar os propósitos da Convenção de Nova Iorque da ONU, revogou e alterou a redação de diversos dispositivos do Código Civil. Isso, juntamente com as inovações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015, trouxe consequências diretas para a Teoria das Incapacidades, para o instituto da curatela e para o procedimento de interdição, objeto central do presente estudo. Este artigo objetiva pontuar quais foram essas alterações e analisá-las criticamente. Para se alcançar o objetivo traçado, foi utilizada metodologia exploratória de natureza qualitativa com pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Incapacidade; Curatela; Interdição; Estatuto da Pessoa com Deficiência; Novo Código de Processo Civil.

Introdução

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque) de 2006 da Organização das Nações Unidas, enquanto Tratado Internacional de Direitos Humanos, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto de Promulgação nº 6.949/09 (PALUMBO, 2013, p. 120) e, por ter seguido o procedimento qualificado previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal (CF), adquiriu *status* constitucional (FONSECA, 2012, p. 45).

Esta Convenção visa promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, promovendo o

¹ Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES, no Mestrado em Direito Processual. Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Advogada. Pós-Graduada em Direito Penal pela Faculdade Damásio (FD). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

³ Advogado. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

respeito a sua dignidade, de modo que, após sua ratificação, reforçou-se no ordenamento pátrio a necessidade de se tutelar os direitos das pessoas com deficiência, assegurando um maior respeito a sua autonomia e capacidade de autodeterminação (MENEZES; TEIXEIRA, 2016, p. 586).

O legislador, buscando a efetivação de tais propósitos, promoveu por meio da Lei nº 13.105/15 – Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), publicada em 16 de março de 2015, com uma *vacatio legis* de um ano, mudanças significativas no que tange ao processo de interdição, trazendo artigos que tratam especificamente dos institutos da tutela, curatela e interdição e, revogando “expressamente alguns artigos do Código Civil que tinham conteúdo processual sobre o processo de interdição” (ARAÚJO; COSTA FILHO, 2016, p. 27).

Pouco tempo depois, em 07 de julho de 2015, foi publicada a Lei nº 13.146/15 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que entrou em vigor após uma *vacatio legis* mais curta, de 180 (cento e oitenta) dias (SIRENA, 2016, p. 136) e, também trouxe disposições relevantes sobre o novo procedimento de interdição, além de ter promovido alterações consideráveis na Teoria das Incapacidades (REQUIÃO, 2016, p. 38). O Estatuto, entretanto, embora apresente como objetivo maior a igualdade das pessoas com deficiência, visando “conferir a igualdade tão almejada, tirou dos deficientes direitos importantes para assegurar-lhes a igualdade efetiva” (AQUINO; TOSTES, 2017, p. 6).

Assim, apesar de todas as inovações, tem-se observado que alguns aspectos processuais das novas legislações são passíveis de críticas, principalmente, no que tange as suas consequências práticas, o que se pretende demonstrar ao longo do presente trabalho.

Dessa forma, objetiva-se, primeiramente, pontuar as alterações realizadas na Teoria das Incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e, por conseguinte, no instituto da curatela e no processo de interdição, traçando as diferenças em relação ao procedimento anteriormente adotado no Código Civil (CC) e no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73). Busca-se, ainda, analisar criticamente as mudanças legislativas.

Espera-se, por fim, contribuir para que as eventuais divergências acerca da temática possam ser dirimidas, de modo a evidenciar as mudanças ocorridas no que tange ao processo de interdição, pontuando o que está em vigor atualmente e se as mudanças foram capazes de alcançar o seu papel de garantir maior efetividade na tutela dos direitos das pessoas com deficiência.

Para se alcançar o objetivo traçado, foi utilizada metodologia exploratória de natureza qualitativa, visando desenvolver a temática proposta de forma descritiva, mediante pesquisa bibliográfica, utilizando a doutrina jurídica, bem como as legislações nacionais.

Teoria das incapacidades: alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

A capacidade civil plena “é a regra, uma vez que todos os indivíduos possuem capacidade de direito, bem como a presunção da capacidade de fato” (SILVESTRE; SILVA, 2014, p. 249). Assim, a incapacidade é uma exceção, cabendo ao direito contemplar as hipóteses em que será possível a restrição da capacidade da pessoa.

Até a entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015, o Código Civil em seu artigo 3º disciplinava que seriam considerados como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os enfermos ou deficientes mentais que não tivessem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil e, os que, por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Já o artigo 4º do mesmo diploma, elencava quem seriam considerados como relativamente incapazes: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os toxicômanos, o deficientes mentais com discernimento reduzido, os excepcionais e os pródigos (BRASIL, 2002).

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência em seu artigo 114 promoveu alterações significativas ao expressamente revogar alguns incisos dos artigos 3º e 4º do Código Civil e trazer nova redação para outros, de forma a mudar consideravelmente a Teoria das Incapacidades até então prevista.

O artigo 3º do Código Civil teve seus incisos I, II e III expressamente revogados. Até a alteração promovida pela Lei nº 13.146/15 os que estavam previstos nesses incisos eram “dotados de capacidade de direito – aptidão de titularizar direitos e contrair obrigações” (MARTINS, 2016, p. 229), mas eram desprovidos de capacidade de fato – aptidão para a “prática dos atos da vida civil, e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia que as pessoas têm” (AMARAL, 2006, p. 227). Agora, segundo a nova redação do dispositivo, somente são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos.

Com isso, observa-se, que não existe mais hipótese de maior de idade absolutamente incapaz no ordenamento jurídico brasileiro (GABURRI, 2016, p. 127). E, mesmo no caso dos absolutamente incapazes menores de dezesseis anos, a sua vontade é juridicamente relevante, conforme fica evidenciado pelo enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, no Superior Tribunal de Justiça (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 41): “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

Dessa forma, todos os maiores de idade que antes eram considerados absolutamente incapazes, passaram a ser plenamente capazes para o ordenamento jurídico, sendo que, eventualmente, podem ser enquadrados como relativamente incapazes se estiver presente alguma das hipóteses legais.

No que tange aos relativamente incapazes (artigo 4º do Código Civil), foi mantida a previsão dos menores púberes no inciso I e dos pródigos no inciso IV. O inciso II, por sua vez, recebeu nova redação, de modo que foram mantidos os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, mas excluídos da disposição os deficientes mentais com discernimento reduzido.

Quanto ao inciso III, a redação foi completamente alterada, não mais sendo considerados como relativamente incapazes os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, mas tão somente “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (BRASIL, 2002). Observa-se que a nova redação do inciso III encontrava-se, anteriormente no inciso III do artigo 3º, que foi revogado. Ou seja, uma das antigas hipóteses

de incapacidade absoluta, foi deslocada para o artigo que trata das incapacidades relativas.

Ante o exposto, pode-se afirmar que “houve uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades” (TARTUCE, 2016, p. 84.), que repercute diretamente no instituto da curatela e consequentemente no processo de interdição, objeto de estudo do presente trabalho.

Além disso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu uma verdadeira mudança paradigmática, tendo a pessoa com deficiência, segundo o artigo 84 do Estatuto, o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Desse modo, conforme está expressamente previsto no §3º do artigo 84, “a curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível” (BRASIL, 2015), sendo facultado segundo o §2º, à pessoa com deficiência a adoção de tomada de decisão apoiada, novidade trazida pelo Estatuto que a pessoa com deficiência poderá fazer uso, eventualmente, para “negócios jurídicos mais complexos, de cunho patrimonial” (TARTUCE, 2016, p. 1441).

Merece destaque, ainda, o artigo 6º do Estatuto que consolida a mudança de paradigma proposta pela legislação, deixando claro que a capacidade civil plena da pessoa com deficiência passa a ser a regra (OLIVEIRA, 2017, p. 56), inclusive para questões de natureza existencial (ESTEVES, CRUZ; SILVA, 2016, p. 284). Além disso, o artigo 85 do mesmo diploma evidencia em seu *caput* que “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” (BRASIL, 2015).

Essa nova perspectiva, da plena capacidade civil, decorre dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF), da autodeterminação (artigo 4º, III, da CF) e da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF), além dos princípios legais da inclusão social e da cidadania (artigo 1º, *caput*, da Lei nº 13.146/15) (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 39).

Ocorre que, muito embora as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência estejam pautadas em princípios do ordenamento jurídico brasileiro e tenham por objetivo promover um maior respeito à dignidade, à autonomia e à capacidade de autodeterminação das pessoas com deficiência, o que se tem observado na prática é que tais alterações vão de encontro aos interesses destas, na medida em que, “considerando-as capazes e não sujeitas a interdição, importa em dificuldades na manifestação de sua vontade, fluência dos prazos de prescrição e decadência” (ESTEVES, CRUZ; SILVA, 2016, p. 284).

De fato, os questionamentos que surgem diante do novo paradigma instaurado pelo Estatuto trazem consequências graves para a tutela das pessoas com deficiência. Se o “sujeito é plenamente capaz, os prazos prescricionais e decadenciais correrão contra ele, mesmo estando submetido à curatela” (SIRENA, 2016, p. 145). Dessa forma, pode correr a prescrição, já que segundo o artigo 198, inciso I do Código Civil, esta não corre em relação aos absolutamente incapazes, que após as alterações, somente seriam os menores de dezesseis anos. Assim, poderia ocorrer, por exemplo, no caso concreto, “usucapião, acarretando prejuízo patrimonial à pessoa com deficiência em decorrência da tentativa de evitar discriminações introduzidas pela lei” (GRAZIUSO, 2016, p. 5-6). Isso inclusive, já tem sido reconhecido pela jurisprudência, conforme entendimento “do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no julgamento

do recurso de Apelação 20130110979607, da relatoria do Des. Cruz Macedo, julgado pela 4ª Turma Cível e publicado no dia 18.10.2016” (PINTO, 2017, p. 87).

Além disso, como se não bastasse existe também repercussão grave no que tange à teoria da nulidade e anulabilidade, isso, pois, “em termos gerais, os atos praticados pelos absolutamente incapazes são nulos, enquanto que os atos praticados pelos relativamente incapazes, anuláveis” (SIRENA, 2016, p. 144). Dessa forma, diante das inovações trazidas pela legislação, os atos praticados por maiores de idade que antes eram tidos como absolutamente incapazes, agora não poderão ser tidos como nulos, afinal, estes são plenamente capazes e a depender do caso, poderão ser tidos como relativamente incapazes, estando o ato por eles praticado sujeito à mera anulabilidade.

Ademais, o legislador nivelou todos os tipos de deficiência mental, ignorando o fato de que “existem diferentes níveis de incapacidade intelectual, sendo alguns casos extremamente graves, estando o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir qualquer ato da vida civil” (GRAZIUSO, 2016. p. 11).

As críticas são tantas, que Cristina Pasqual e Marco Pasqual, chegam a afirmar que a “mudança legislativa que atinge o instituto da capacidade civil apresenta-se ilegal e inconstitucional” (2016. p. 282).

O próprio legislador já observou que algumas mudanças promoveram desproteção das pessoas com deficiência, de modo que já está, inclusive, “em trâmite o Projeto de Lei 757, de 2015, oriundo do Senado Federal, que pretende efetuar novas alterações no Código Civil, diante das modificações feitas pela Lei 13.146/2015, e também no Novo Código de Processo Civil” (PINTO, 2017, p. 88). Tal projeto objetiva, entre outras coisas, o retorno de algumas regulações previstas na anterior Teoria das Incapacidades.

Concluimos, portanto, que, a legislação não pode ser integralmente criticada, pois trouxe inovações positivas no que tange ao procedimento de interdição, por exemplo, conforme se verá no próximo tópico. Entretanto, o legislador com a intenção de tutelar os direitos das pessoas com deficiência, acabou promovendo mudanças que, na prática, trouxeram inseguranças jurídicas e promoveram verdadeiro retrocesso na tutela desses direitos.

Diante de todo o exposto, passa-se a expor as mudanças realizadas pelo Estatuto e pelo CPC/15 no processo de interdição.

Interdição: análise crítica das alterações promovidas pelo CPC/15 e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

Como restou demonstrado, não existem mais absolutamente incapazes maiores de idade, devido às alterações promovidas no artigo 3º do Código Civil pelo artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Desse modo, a curatela, somente será possível em casos envolvendo pessoas maiores de idade relativamente incapazes, conforme o artigo 4º do Código Civil.

O Estatuto além de todas as alterações já citadas, também promoveu mudanças significativas no que tange ao instituto da curatela e ao procedimento de interdição. "O artigo 1.767 do Código Civil traz o rol taxativo dos interditos, ou seja, daqueles que estão sujeitos à curatela" (TARTUCE, 2016, p. 1455), que também foi modificado pelo artigo 114 do Estatuto, passando a ter nova redação.

A interdição, enquanto procedimento de jurisdição voluntária (ROSSETTI, 1990, p. 194.), é tida como o meio instrumental pelo qual a curatela será deferida pelo juiz, sendo, tal manifestação judicial, pressuposto jurídico para que seja declarada a incapacidade de uma pessoa e nomeado para ela curador (PORTO, 2016, p. 149).

O inciso I do artigo 1767 do Código Civil, trazia que estariam sujeitos à curatela os enfermos e deficientes mentais com discernimento reduzido para a prática dos atos da vida civil, entretanto, teve redação alterada para "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade" (BRASIL, 2002). Já o inciso II, que elencava como interdito "aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade" (BRASIL, 2002), foi inteiramente revogado. Do inciso III, foram mantidos apenas os ébrios habituais e os toxicômanos, sendo suprimida da redação a referência aos deficientes mentais. O inciso IV também foi inteiramente revogado, de modo que não há mais menção aos excepcionais. Por fim, o inciso V foi mantido, em sua integralidade, dispondo que os pródigos estão sujeitos à curatela.

Observa-se, portanto, que "a Lei 13.146/2015 traz a ideia não de interdição, mas de uma ação judicial em que haverá a nomeação de um curador" (TARTUCE, 2016, p. 1455). Isso fica ainda mais evidente, quando constatado que o artigo 114 do Estatuto, alterou o artigo 1768 do Código Civil, substituindo da redação do dispositivo "a interdição será promovida" por "o processo que define os termos da curatela deve ser promovido" (BRASIL, 2002).

Por esse motivo, discute-se na doutrina se ainda existiria interdição no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, não há que se falar no fim "do procedimento de interdição, mas sim, do standard tradicional da interdição" (STOLZE, 2016). Além disso, o CPC/15 não seguiu os mesmos moldes do Estatuto e tem por base o processo de interdição, conforme se depreende dos artigos 747 a 758. Ademais, o artigo 1072, inciso II do CPC/15 revogou expressamente o artigo 1768 do Código Civil que tinha sido alterado pelo Estatuto, de forma que, pelo menos aparentemente, o dispositivo com a nova redação teria ficado em vigor somente por um curto período de tempo, qual seja, de janeiro a março de 2016, quando o CPC/15 entrou em vigor (TARTUCE, 2016, p. 1456).

Inclusive, segundo pesquisa jurisprudencial realizada por Jacqueline Pereira e Lígia Oliveira após a entrada em vigor do Estatuto, foi possível observar que houve "preservação da referência expressa ao instituto da interdição, o qual, embora presente no Novo Código de Processo Civil, é ausente no Estatuto da Pessoa com Deficiência" (2017, p. 34).

Vê-se, portanto, que como a incapacidade não se presume, existe a necessidade de que seja instaurado o processo de interdição para que dele decorra a curatela (TARTUCE, 2016, p. 1457). É, portanto, perfeitamente possível e imprescindível que se fale de interdição

e do seu novo procedimento instituído pelo CPC/15 que promoveu alterações consideráveis no que era anteriormente previsto no CPC/73 e no Código Civil.

Rol de legitimados para promover a ação de interdição

Conforme falado anteriormente, o artigo 1072, inciso II, do CPC/2015, revogou expressamente o artigo 1768 do Código Civil, que previa os legitimados para promover a ação de interdição, quais sejam: pais, tutores, cônjuge, qualquer parente, o Ministério Público e, após a alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a própria pessoa.

O rol de legitimados, não foi completamente alterado com a revogação, mas somente parcialmente, tendo sido deslocado para o novo diploma processual, que traz no artigo 747 que a interdição pode ser promovida: "I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público". Manteve-se, portanto, a legitimidade do Ministério Público, do cônjuge, dos tutores e parentes para promover a ação (BRASIL, 2015).

As inovações no dispositivo se deram, portanto, primeiramente, em relação à redação do *caput*, que substituiu a redação original, anterior à alteração pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, mudando de "a interdição *deve* ser promovida" para "a interdição *pode* ser promovida" (BRASIL, 2015). Além disso, no que tange ao rol dos legitimados, conforme ficou demonstrado acima, já no inciso I foi incluída a figura do companheiro, tendo o CPC/15 procurado dar tratamento uniforme ao casamento e à união estável, pra se adequar aos ditames constitucionais.

O inciso II, do artigo 747 do CPC não trouxe inovação, correspondendo ao inciso I e final do inciso II do artigo 1168 do Código Civil, tendo somente sido suprimidos "pais", uma vez que estes já se enquadram na disposição "parentes", que tem interpretação ampla, quais sejam todos aqueles,

seja por consanguinidade (todos os ascendentes e descendentes, colaterais até quarto grau, inclusive), por afinidade (sogra, sogro, nora, genro, enteado, enteada, padrasto, madrastra) ou em decorrência de parentesco civil (adoção, inseminação heteróloga e parentalidade socioafetiva). (TARTUCE, 2016, p. 1459).

O inciso III do artigo 747, por sua vez, é uma novidade trazida pelo CPC/15, que prevê a possibilidade de a ação ser promovida "pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando" (BRASIL, 2015). Tal inovação deve ser comemorada, uma vez que "por conta do alto número de pessoas que abandonam seus familiares portadores de deficiência nesses estabelecimentos especializados, nada mais viável do que conceder a aludida legitimidade aos seus responsáveis" (PINTO, 2017, p. 91).

A possibilidade de autointerdição, prevista no inciso IV do artigo 1768 do Código Civil, incluída pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, não foi reproduzida no artigo 747 do CPC/15, de modo que tal inovação teve duração curta de vigência, encontrando-se, atualmente, revogada. Flávio Tartuce, entretanto, sustenta doutrinariamente a possibilidade

de autointerdição, com base na força constitucional da Convenção de Nova Iorque (TARTUCE, 2016, p. 1459). Ademais, “antes das recentes mudanças legislativas, já havia julgados admitindo que a interdição pode ser requerida pelo próprio interditando quando sua incapacidade decorrer de deficiência física” (LAGO JÚNIOR; BARBOSA, 2016, p. 68).

No que tange à legitimidade do Ministério Público, mais uma vez, não houve sincronismo entre o legislador do Estatuto e do CPC/15. O artigo 1769 do Código Civil foi alterado pelo artigo 114 do Estatuto, passando a ter nova redação. No *caput* foi substituído “o Ministério Público só promoverá interdição” por “o Ministério Público somente promoverá processo que define os termos da curatela” (BRASIL, 2015).

Já de acordo com a redação original dos incisos I, II e III do artigo 1769 do Código Civil, o Ministério Público somente promoveria a interdição: “I - em caso de doença mental grave; II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente; III - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente” (BRASIL, 2002).

Com a alteração da redação promovida pelo artigo 114 do Estatuto, passou a ficar previsto nos incisos I, II e III que o Ministério Público somente promoveria o processo que define os termos da curatela:

I - nos casos de deficiência mental ou intelectual; II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente; III - se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II (BRASIL, 2002).

Tais alterações, entretanto, não ficaram em vigor por muito tempo, pois o artigo 1072, inciso II do CPC/15 revogou expressamente o artigo 1769 do Código Civil. A legitimidade do Ministério Público passou a ser regulada, então, somente pelo CPC/15 no artigo 748, que passou a estabelecer que:

Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:
I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição;
II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747. (BRASIL, 2015).

Observa-se, assim, que a legitimidade do MP para promover a ação de interdição “é somente subsidiária e extraordinária, funcionando como substituto processual” (TARTUCE, 2016, p. 1460).

Ainda em relação à legitimidade do MP, o artigo 1770 do Código Civil estabelecia que “nos casos em que a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará defensor ao suposto incapaz; nos demais casos o Ministério Público será o defensor” (BRASIL, 2002). No mesmo sentido, previa o CPC/73 no artigo 1179, ao estipular que “quando a interdição for requerida pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomeará ao interditando curador à

lide" (BRASIL, 1973). O CPC/15, entretanto, não reproduziu o artigo 1179 do CPC/73 e, pelo contrário, revogou por meio do artigo 1072, inciso II CPC/15 o artigo 1170 do CC.

Dessa forma, conforme o disposto no artigo 752, §1º do CPC/15, "o Ministério Público intervirá como fiscal da ordem jurídica" (BRASIL, 2015) nas causas em que não promover a ação e, não mais será o defensor do interdito.

Por derradeiro, devem ser juntados documentos à petição inicial para comprovar a legitimidade, conforme o disposto no parágrafo único, do artigo 747 do CPC/15. Além da documentação, passa-se a expor a seguir, os outros requisitos da petição inicial da ação de interdição.

Os requisitos da petição inicial

O artigo 749, *caput*, do CPC/15 disciplina que: "Incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou" (BRASIL, 2015). Tal disposição substituiu o artigo 1180 do CPC/73 que disciplinava que "na petição inicial, o interessado provará a sua legitimidade, especificará os fatos que revelam a anomalia psíquica e assinalará a incapacidade do interditando para reger a sua pessoa e administrar os seus bens" (BRASIL, 1973).

Vale ressaltar, que embora não tenha sido previsto no artigo 749 do CPC/15, a necessidade de se fazer prova documental da legitimidade na petição inicial foi prevista no já citado parágrafo único do artigo 747 do CPC/15. O parágrafo único do artigo 749, CPC/15, por sua vez, trouxe inovação louvável: a possibilidade de ser nomeado curador provisório ao interditando se for justificada a urgência.

Além disso, segundo o artigo 750 do CPC/15, "O requerente deverá juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações ou informar a impossibilidade de fazê-lo" (BRASIL, 2015). A "exigência de laudo médico como regra já na inicial é avanço na proteção do interditando em relação ao CPC/1973 que não o exigia" (REQUIÃO, 2015, p. 455). Vale destacar que, "a apresentação do laudo médico evita pedidos temerários, mas não exclui a necessidade de perícia" (LAGO JÚNIOR; BARBOSA, 2016, p. 65).

A entrevista do interditando

Dando prosseguimento ao procedimento, segundo o artigo 751 do CPC/15,

Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.

§ 1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver.

§ 2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista.

§ 3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos

capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.

§ 4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas (BRASIL, 2015).

Antes do CPC/15, tal questão estava regulada no artigo 1771 do Código Civil, que trazia que “antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade” (BRASIL, 2002). Observa-se que a terminologia “examinará” foi alterada para “entrevistará” o interditando, isto porque, não se fala mais em interrogatório do interditando, mas sim, em entrevista do mesmo. A presença de especialista continuou a ser contemplada no CPC/15, como exposto acima, no §2º do artigo 751.

Vale ressaltar, ainda, que antes de o novo estatuto processual civil entrar em vigor, revogando expressamente pelo artigo 1072, II, CPC/15 o artigo 1771 do CC, este foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, passando a ter a seguinte redação: “antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando” (BRASIL, 2015).

Observa-se, que, infelizmente, tal redação teve vida curta no ordenamento. Desse modo, não há que se falar, pelo menos na legislação atual, em acompanhamento de “equipe multidisciplinar” na entrevista, mas sim de “especialista”.

A impugnação do pedido pelo interditando

O artigo 752 do CPC/15 dá continuidade ao procedimento de interdição:

Art. 752. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contado da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido.

§ 1º O Ministério Público intervirá como fiscal da ordem jurídica.

§ 2º O interditando poderá constituir advogado, e, caso não o faça, deverá ser nomeado curador especial.

§ 3º Caso o interditando não constitua advogado, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente (BRASIL, 2015).

No CPC/73, tal parte do procedimento era prevista no artigo 1182, que previa que “dentro do prazo de 5 (cinco) dias contados da audiência de interrogatório, poderá o interditando impugnar o pedido” (BRASIL, 1973). Observa-se, que o prazo foi alterado, de 5 (cinco) para 15 (quinze) dias, contados anteriormente da denominada “audiência de interrogatório” que agora é denominada “entrevista”. Além disso, o §1º previa que o MP representaria o interditando, ou, quando fosse o requerente, o curador à lide.

Tal disposição não encontra similar no CPC/15, uma vez que o MP passa a ser fiscal da ordem jurídica. A possibilidade trazida no §2º de o interditando constituir advogado para defender-se, foi mantida no CPC/15, como demonstrado acima. E, por fim, o §3º previa que “qualquer parente sucessível poderá constituir-lhe advogado com os poderes judiciais que teria se nomeado pelo interditando, respondendo pelos honorários” (BRASIL, 2015),

disposição essa, que não foi repetida na nova legislação, que somente prevê a possibilidade do cônjuge, companheiro ou parente intervir como assistente.

Laudo pericial

Decorrido o prazo de 15 (quinze) dias, previsto no artigo 752 do CPC/15, será realizada prova pericial para avaliar a capacidade do interditando para praticar os atos da vida civil, conforme disposto no *caput*, do artigo 753 do CPC/15. Além disso, conforme os parágrafos do artigo “a perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar” (§1º) (BRASIL, 2015) e “o laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela” (§2º) (BRASIL, 2015).

O artigo correspondente no CPC/73 era o 1.183, que previa que transcorrido o prazo, que como já falado, era de cinco dias, o perito nomeado iria fazer o exame do interditando e, após o laudo ser apresentado, seria designada a audiência de instrução e julgamento. Além disso, o parágrafo único de tal dispositivo trazia que “decretando a interdição, o juiz nomeará curador ao interdito” (BRASIL, 1973).

Observa-se, portanto, que o referido dispositivo foi aperfeiçoado no CPC/15, trazendo de forma acertada, menção expressa ao trabalho de equipe multidisciplinar e a necessidade de que sejam especificados os limites da curatela no laudo pericial. Isso ocorreu, pois, “nos casos de interdição de relativamente incapazes, como a interdição é relativa, deve o juiz determinar os limites da curatela, ou seja, da curatela parcial” (TARTUCE, 2016, p. 1464).

Entretanto, é válido ressaltar que a previsão de estipulação dos limites da curatela já era prevista no artigo 1772 do Código Civil:

Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782 (BRASIL, 2002).

Ocorre que, assim como aconteceu com diversos dispositivos do Código Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio do artigo 114, promoveu alteração na redação do artigo 1772, mas posteriormente, o dispositivo foi integralmente revogado pelo artigo 1072, inciso II, do CPC/15.

De acordo com a redação alterada pelo Estatuto: “o juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador” (BRASIL, 2002). Além dessa alteração sobre a “modulação da interdição” (DIDIER JÚNIOR, 2015), o Estatuto tinha adicionado o importante parágrafo único ao dispositivo, com a seguinte redação: “para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa” (BRASIL, 2002).

A sentença no processo de interdição

Após todas as etapas anteriores, será proferida a sentença, conforme disposto no artigo 754 do CPC/15. Na sentença que decreta a interdição, segundo o artigo 755, do CPC/15:

Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

§ 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.

§ 2º Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.

§ 3º A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente (BRASIL, 2015).

O artigo 1773 do Código Civil disciplinava que “a sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso” (BRASIL, 1973). Entretanto, este foi expressamente revogado pelo artigo 1072, inciso II, do CPC/115.

Em igual sentido, dispunha o artigo 1184 do CPC/73:

Art. 1.184. A sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação. Será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela (BRASIL, 1973).

Observa, entretanto, que tal disposição não foi repetida no CPC/15, sendo substituída pelo disposto no artigo 755, supratranscrito.

Complementando tais disposições, tem-se no artigo 1775, *caput*, do Código Civil, que o cônjuge ou companheiro não separado será curador do outro. Na falta destes, será curador legítimo o pai ou a mãe e, na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto (§1º). Além disso, em relação aos descendentes, deve ser dada preferência aos mais próximos (§2º) e não havendo as pessoas já citadas, caberá ao juiz escolher o curador (§3º).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio do artigo 114, introduziu um novo dispositivo no Código Civil, qual seja o artigo 1775-A. Este disciplina que “na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa” (BRASIL, 2002). Diferente de outras alterações promovidas pelo Estatuto no Código Civil, o artigo 1175-A continua em vigor, uma vez que não foi revogado pelo CPC/15.

O Estatuto, ainda, por meio do artigo 123, revogou expressamente o artigo 1776 do Código Civil que trazia que sendo possível a recuperação do interdito, o curador deveria promover o seu tratamento em “estabelecimento apropriado” (BRASIL, 2002). Já no que tange ao artigo 1777, o artigo 114 do Estatuto, promoveu alteração na redação.

Anteriormente, estava disposto que “Os interditos referidos nos incisos I, III e IV do art. 1.767 serão recolhidos em estabelecimentos adequados, quando não se adaptarem ao convívio doméstico” (BRASIL, 2002). Já após a alteração promovida pelo Estatuto, a redação ficou: “as pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio” (BRASIL, 2002).

O CPC/15, não repetiu tais disposições, mas trouxe no artigo 758, que “o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito” (BRASIL, 2015). Assim, “o papel do curador não se limita a suprir as necessidades do interditando, mas também promover a sua autonomia para que venha a dispensar a curatela” (LAGO JÚNIOR; BARBOSA, p. 66-67).

Por fim, tem-se, segundo o artigo 1778 do Código Civil que “a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, observado o art. 5º” (BRASIL, 2002). O dispositivo foi repetido e ampliado pelo artigo 757 do CPC/15:

Art. 757. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz (BRASIL, 2015).

Levantamento da curatela

No caso de cessar a causa que a determinou, ocorreria segundo o artigo 1186 do CPC/73 o “levantamento da interdição”. O dispositivo previa que:

Art. 1.186. Levantar-se-á a interdição, cessando a causa que a determinou.
§ 1º O pedido de levantamento poderá ser feito pelo interditado e será apensado aos autos da interdição. O juiz nomeará perito para proceder ao exame de sanidade no interditado e após a apresentação do laudo designará audiência de instrução e julgamento.
§ 2º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e mandará publicar a sentença, após o trânsito em julgado, pela imprensa local e órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no Registro de Pessoas Naturais (BRASIL, 1973).

O dispositivo análogo a este no CPC/15 é o artigo 756:

Art. 756. Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou.
§ 1º O pedido de levantamento da curatela poderá ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos da interdição.
§ 2º O juiz nomeará perito ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interdito e designará audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo.

§ 3º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do art. 755, § 3º, ou, não sendo possível, na imprensa local e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais (BRASIL, 2015).

Observa-se, portanto, que se o rol de quem poderá fazer o pedido de levantamento foi ampliado, acrescentando-se o curador e o Ministério Público. Além disso, o juiz irá nomear “equipe multidisciplinar” e não mais “perito”.

Conclusão

Conclui-se que muito embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha buscado promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência acabou por, em algumas situações, deixá-las desprotegidas, quando se observa, por exemplo, as alterações promovidas na Teoria das Incapacidades. Isso, pois, as mudanças, principalmente, do artigo 3º e 4º do Código Civil, têm repercussão prática negativa, conforme demonstrado, quando analisado, por exemplo, o instituto da prescrição.

Ademais, as críticas a algumas das alterações realizadas, inclusive, já estão sendo consideradas pelo próprio legislador, pois já está em trâmite o Projeto de Lei 757/15, que pretende efetuar novas alterações no Código Civil, diante das modificações, feitas pela Lei 13.146/2015, e também no CPC/15, para que algumas normas previstas na antiga Teoria das Incapacidades voltem a valer.

Além disso, observamos que as mudanças no procedimento de interdição foram muitas, em todas as fases procedimentais. Houve alterações dos legitimados para propor a ação de interdição, assim como dos requisitos da petição inicial. O antigo interrogatório foi substituído pela entrevista do interditando e alguns aspectos pontuais, como o prazo, da impugnação do interditando foram alterados. Além disso, as disposições que tratam do laudo pericial foram aperfeiçoadas, assim como as que tratam da sentença de interdição e do levantamento da curatela.

Dessa forma, é possível concluir que as inovações, principalmente as trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 foram em sua maioria positivas, mas poderiam ter se compatibilizado em alguma medida com os novos ditames trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pela Convenção de Nova Iorque.

Por fim, apenas o tempo de aplicação prática das legislações poderá elucidar se as críticas efetuadas se confirmarão mesmo na prática e se o novo paradigma instaurado será capaz ou não de alcançar seu papel de garantir maior efetividade na tutela dos direitos das pessoas com deficiência.

Referências

- AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AQUINO, Leonardo Gomes de; TOSTES, Camila Strafacci Maia. A repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 75, p. 63-77, mar., 2017.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. A Lei 13.146/2015 (O Estatuto da Pessoa com Deficiência ou a Lei Brasileira da Pessoa com Deficiência) e sua efetividade. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 12-30, 2016.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 04. Set. 2017.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04. Set. 2017.
- _____. 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. Set. 2017.
- _____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 04. Set. 2017.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. *Editorial 187*, 2015. p. 01. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Data de acesso: 04 Jul. 2017.
- ESTEVES, Diogo; CRUZ, Elisa Costa; SILVA, Franklyn Roger Alves. As consequências materiais e processuais da lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência e o papel da Defensoria Pública na assistência jurídica das pessoas com deficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, p. 281-314, ago., 2016.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *Revista do TRT da 2ª Região*, São Paulo, n.10, p. 37-77, 2012.
- GABURRI, Fernando. Capacidade e Tomada de Decisão Apoiada: implicações do estatuto da pessoa com deficiência no direito civil. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 118-135, 2016.
- GRAZIUSO, Bruna Kern. A Impossibilidade da União Estável do Deficiente Mental: uma Crítica ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 1-15, jan./jul., 2016.
- LAGO JÚNIOR, Antonio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in) capacidades, interdição e curatela pós Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 8, p. 49-89, jul./set., 2016.
- MARTINS, Silvia Portes Rocha. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as alterações jurídicas relevantes no âmbito da capacidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 225-243, dez., 2016.

- MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio./ago., 2016.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 35-62, dez., 2016.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; SILVA, Yan Codan Fontoura e. A eficácia da sentença de interdição na ação de curatela de interditos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 59, p. 233-250, jul./set., 2014. P. 249.
- SIRENA, Hugo Cremones. A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 70, p. 135-150, out., 2016.
- STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.
- OLIVEIRA, Leonardo Alves de. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), seus direitos e o novo paradigma da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 76, p. 49-58, abr., 2017.
- PALUMBO, Lívia Pelli. A efetivação dos direitos das pessoas com deficiência pelos sistemas de proteção dos direitos humanos: sistema americano e europeu. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 1, n. 2, p. 114-135, 2013.
- PASQUAL, Cristina Stringari; PASQUAL, Marco Antonio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência como instrumento de tutela da vulnerabilidade e o novo regramento da incapacidade civil. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80, p. 273-291, jan./jun., 2016.
- PEREIRA, Jacqueline Lopes; OLIVEIRA; Lígia Ziggotti de. A capacidade civil no Estatuto da Pessoa com Deficiência: igualdade e os desafios da efetividade nos tribunais. *Revista Publicatio UEPG: Ciências Sociais Aplicadas*, Ponta Grossa, v. 25, n. 1, p. 27-36, jan./abr., 2017.
- PINTO, Henrique Alves. As deficiências na proteção patrimonial previstas pela lei 13.146/2015 e a elaboração judicial do projeto terapêutico individualizado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 79, p. 17-46, jul., 2017.
- PORTO, Antonio Augusto Cruz. A participação do Ministério Público nos processos civis de interdição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 133-177, jan./mar., 2016.
- REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 37-54, jan./mar., 2016.
- _____, Maurício. Considerações sobre a interdição no projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 453-65, jan., 2015.
- ROSSETTI, Janora Rocha. Interdição: procedimento de jurisdição voluntária ou processo de jurisdição contenciosa? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 60, p. 187-195, out./dez., 1990.

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

Helio Antunes Carlos¹

Resumo: O presente trabalho tem por objeto o estudo de campo realizado no Núcleo de Solução Extrajudicial de Conflitos de Família de Serra – NUSSET (DPE/ES), no período compreendido entre os meses de abril de 2016 e agosto de 2017. A partir de tal estudo, busca-se analisar como os conflitos são tratados naquele órgão e identificar as peculiaridades que permeiam essa opção no Sistema de Justiça Multiportas.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Extrajudicial; Conflitos; Orientação; Mediação.

Introdução

No Brasil, a Defensoria Pública nasceu no bojo da Constituição Federal de 1988 com a missão de prestar orientação jurídica e realizar a defesa, em todos os graus, dos necessitados. Posteriormente, tal instituição sofreu profundas mudanças por força das Emendas Constitucionais n.º 45, 74 e 80, que lhe conferiram caráter permanente e autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como lhe incumbiram, como expressão do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Entretanto, a sua reconfiguração não se limitou ao plano constitucional. A Lei Complementar n.º 80/1994, em sua redação originária, previa, como função institucional, *“promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses”*. Ulteriormente, referido diploma legal foi alterado pela Lei Complementar n.º 132, de 07 de outubro de 2009, que passou a enunciar, como funções institucionais:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de

¹ Defensor Público (DPE/ES). Mestrando em Direito Processual (UFES).

mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;
III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

Assim, salta aos olhos o equívoco de se atribuir à Resolução CNJ n.º 125/2010 a inauguração de um modelo de “Justiça Multiportas”. Na verdade, a Resolução n.º 125/2010 inaugura um modelo de “Tribunal Multiportas”, no qual se verifica uma multiplicidade de portas para se sair do Judiciário.

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

Nesse sentido, o estudo do modo como o conflito é tratado no âmbito da Defensoria Pública é imprescindível para a compreensão do papel dessa instituição como verdadeiro instrumento de demodiversidade, como expressão do Estado Democrático Constitucional. Nesse sentido, Zaneti Jr. (2014, p. 4) ensina que:

[...] O Estado Democrático Constitucional representa a passagem dessa virtual contraposição entre o Estado Liberal e o Estado Social, indicando um modelo pluralista e participativo de gestão da democracia. Não só o Judiciário toma parte nesse processo, também são chamados todas as demais instâncias de poder, estatais ou não. Aí entra a necessidade de demodiversidade, ou seja, vários meios institucionalizados e abertos para a institucionalização e a participação do indivíduo e da sociedade na formação dos atos decisórios que irão intervir na sua realidade cotidiana.

Assim, o foco do presente estudo se volta à análise dos dados colhidos no Núcleo de Solução Extrajudicial de Conflitos de Família de Serra, da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, no período entre abril/2016 e agosto/2017.

Entretanto, antes do exame desses dados, imprescindível é o estudo de alguns conceitos que se mostram imprescindíveis para uma correta compreensão deles (dados).

Tratamentos adequados de conflitos

Vige, na doutrina, uma variedade de expressões relacionadas aos tratamentos de conflitos fora do âmbito da jurisdição estatal, dentre as quais podemos destacar: *Alternative Dispute Resolution* (ADR), Resolução Alternativa de Disputas (RAD); Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs); Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos ou Controvérsias (MESCs); Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos. A variedade de expressões se

justifica pela permanente evolução, no tempo e no espaço, que os elementos que integram os conceitos acima sofreram.

No Brasil, Mazzei e Chagas (2017, p. 113-128) defendem que a expressão mais consentânea com o atual estágio de desenvolvimento do estudo da disciplina seria “tratamento adequado de conflitos”. Para os autores, ela:

[...] Além de contemplar os diversos mecanismos – arbitragem, mediação, conciliação, negociação – considerando suas peculiaridades, não incorre no equívoco de tentar extirpar o conflito, e também permite visualizar a conjugação dessas ferramentas.

Por outro lado, refutam a utilização do termo “alternativo”, pois esse passaria a ideia de que a jurisdição estatal seria uma via principal, enquanto os demais mecanismos seriam vias secundárias, o que, por óbvio, não pode ser admitido. O vocábulo “extrajudiciais” também não seria recomendável, porquanto o CPC/2015, a Lei de Mediação e a Resolução CNJ n.º 125/2010 tratam da mediação e da conciliação dentro dos procedimentos judiciais. A referência a “consensuais”, por sua vez, mostra-se insuficiente, haja vista que não contempla a arbitragem – que é método heterocompositivo.

A utilização dos termos “solução” ou “resolução” de conflitos também padece de evidente impropriedade, a qual merece ser melhor explicada. Tais expressões não se adequam de forma harmoniosa com a mediação, visto que essa não se apresenta como uma manifestação única de tratamento de conflito.

Na verdade, verifica-se uma variedade de escolas de mediação, cada uma delas mais afeta a um tipo de conflito ou de instituição. A título de exemplo, a mediação no âmbito judicial apresenta uma conformação e objetivos substancialmente distintos em relação a uma mediação comunitária. Em que pese tais modalidades de mediação possuam pontos de contato, é verossímil a existência de diferenças essenciais no tocante aos recursos físicos, financeiros e humanos que impõe uma adaptabilidade à realidade de cada uma.

Sales e Rabelo (2009, p. 81) sintetizam as principais escolas de mediação citadas pela doutrina, nos seguintes termos:

Os autores nem sempre coincidem na maneira de catalogar os modelos práticos de mediação. As três escolas mais citadas são a Escola Tradicional – Harvard, a Escola Transformativa e a Escola Circular-Narrativa (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2007, p. 22-24). A Escola tradicional – Harvard, desenvolvida por Fisher, Uri e Patton em 1991 e proveniente do campo empresarial, centra-se na satisfação individual das partes e visa à obtenção de um acordo. Esse modelo separa as pessoas do problema; enfoca os interesses e não as posições; cria opções para benefício mútuo e insiste nos critérios objetivos. Nesse modelo o mediador é o facilitador de uma comunicação pensada de forma linear, de um conflito construído sobre uma relação de causa e efeito. A Escola Transformativa, desenvolvida por Bush e Folger, busca a transformação das pessoas no sentido do crescimento da revalorização pessoal e do reconhecimento da legitimidade do outro, e, portanto, o acordo é visto como uma possibilidade e não como uma finalidade própria do processo mediativo. O foco dessa escola se concentra nas transformações de caráter e nas formas de relacionamento. E a Escola Circular-

narrativa, desenvolvida por Sara Cobb e Marinés Soares, construiu um modelo de mediação voltado fundamentalmente para o campo da família, no qual resgatam a teoria da comunicação e algumas técnicas utilizadas pelas terapias familiares. Nesse método, procura-se desconstruir velhas narrativas, dando oportunidade para que novas sejam construídas e então surja (ou não) o acordo. Por essa escola, as causas do conflito se retroalimentam, criando efeito circular, e o importante é melhorar as relações interpessoais. Apoia-se na teoria dos sistemas e no construcionismo social.

Assim, considerando que a Escola Transformativa não tem por escopo a obtenção do acordo – este se apresenta como um elemento acidental e não essencial –, resta evidente a impropriedade das expressões “solução” e “resolução” de conflitos.

Para Lederach (2012, p. 16-46), o conflito deve ser encarado como algo normal e contínuo nos relacionamentos humanos. A transformação do conflito requer foco não apenas na situação imediata, mas também nos padrões subjacentes de relacionamentos e no contexto no qual o conflito se expressa, bem como na estrutura conceitual que permite ligar os problemas imediatos com os padrões de relacionamentos subjacentes. Trata-se da investigação além do episódio do conflito, para descortinar o epicentro do conflito.

A partir da compreensão de que as expressões “resolução do conflito” e “transformação do conflito” aludem a resultados que podem ou não ser buscados, a depender da escola a ser adotada, reconhece-se que tais expressões não possuem aptidão para se qualificarem como gênero dos mecanismos de solução de conflitos. Por tal razão, a melhor nomenclatura a ser utilizada é “Tratamentos Adequados de Conflitos”, visto que não apresenta contradição com nenhuma das espécies de mecanismos que integram todo o conjunto.

Por todo o exposto até o momento, pode-se perceber que a mediação praticada no âmbito judicial não pode seguir o modelo da Escola Transformativa, dado que a existência de um processo em curso impõe a formalização de um acordo ou a prolação de uma decisão outorgada, para a resolução do mérito do processo. Assim, a formalização de um acordo é imprescindível para o Poder Judiciário na busca do encerramento do processo, razão pela qual a adoção do modelo da Escola Linear é predominante no âmbito judicial.

Por outro lado, tal lógica não é aplicada aos demais atores da justiça, especialmente quando o tratamento do conflito se dá na esfera extrajudicial. Atenta a essa realidade, a LC n. 132/09, ao modificar o art. 4º da LC n.º 80/94, elencou, como funções institucionais da Defensoria Pública, a prestação de orientação jurídica (Inc. I) e a promoção prioritária da solução extrajudicial dos conflitos, através da adoção de técnicas não só de composição, mas também de administração de conflitos (Inc. II), além da promoção da difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico (Inc. III).

Portanto, mostra-se patente que a Defensoria Pública – diferentemente do Poder Judiciário – não se amolda à Escola Linear, porquanto o tratamento extrajudicial dos conflitos pode se dar através da mera orientação ou das demais formas tradicionais de tratamento e administração (e não só de resolução) de conflitos.

A orientação jurídica como instrumento de tratamento adequado de conflito

O presente estudo não tem por escopo restringir, nem tampouco esgotar a atuação da Defensoria Pública na solução extrajudicial de conflitos. O corte metodológico ora adotado tem por escopo permitir a compreensão do estudo de campo realizado no Núcleo de Solução Extrajudicial de Conflitos de Família de Serra (DPE/ES), em especial no tocante às funções institucionais consagradas nos incisos I (prestar orientação jurídica) e II (promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos) do art. 4º da Lei Complementar n.º 80/94.

Apesar de não integrar o objeto do presente estudo, cabe distinguir a função institucional prevista no inciso III da referida lei (promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico) daquela prevista no inciso I, como forma de evitar confusão entre os conceitos:

[...] Importante salientar, como já dito anteriormente, que a atividade de “educação para os direitos” tem natureza totalmente diversa da atividade de “orientação e aconselhamento jurídico”, especialmente neste aspecto de conteúdos e metodologias. Neste último o foco se direciona especificamente para a solução de determinado(s) problema(s) individual(is), e geralmente ocorre no âmbito do atendimento individual, entre o defensor público e seu assistido. A educação para os direitos tem um caráter mais generalista, de difusão do conhecimento jurídico e conscientização sobre a cidadania (ALVES, 2011, p. 213).

Para uma adequada compreensão da distinção acima, cumpre se salientar que o “atendimento individual” suprarreferido deve ser compreendido como uma “orientação acerca de um conflito concreto”, ou seja, conflito que diz respeito a pessoa(s) determinada(s), enquanto que a “educação em direitos” deve ser compreendida como uma “orientação acerca de potenciais conflitos em abstrato”.

Por essa razão, é possível visualizar uma umbilical conexão entre a orientação jurídica (inc. I) e os demais tratamentos de conflitos (inc. II), que impõe o afastamento da Defensoria Pública da Escola Linear de mediação. Isso, porque o tratamento do conflito realizado no âmbito interno da Defensoria Pública não necessariamente requer a celebração de um acordo, satisfazendo-se com uma orientação para uma ou para todas as partes envolvidas.

Na verdade, o que se verifica de forma recorrente nas sessões de conciliação e mediação é que o conflito foi tratado de forma hesitosa com o reestabelecimento do diálogo entre as partes, sem a formalização de qualquer acordo.

Ademais, a hipossuficiência financeira se apresenta, de forma recorrente, como um obstáculo intransponível para a formalização do acordo, pois a falta de recursos financeiros inviabiliza a assunção de termos temporais para o adimplemento de obrigações mutuamente assumidas. Assim, o que resta às partes é o reestabelecimento do diálogo de modo a estabelecer uma dinâmica de trabalho que proporcione uma perspectiva futura de criação de uma relação de vantagens mútuas (ganha-ganha).

Desse modo, a orientação jurídica pode ser realizada tanto no bojo de mediação, de uma conciliação, de uma prática colaborativa, quanto de um atendimento individual.

Acerca da orientação jurídica, Esteves e Silva (2014, p. 333) lecionam que “o exercício dessa atividade jurídico-assistencial independe da instauração de qualquer processo judicial ou administrativo, podendo ser prestada apenas para esclarecer dúvidas, [...]”. Em complemento, Lima (2011, p. 181) defende que “[...] a informação adequada a respeito da abrangência de uma lei permite que o cidadão aja de acordo com o que determina a ordem jurídica”, pois “o conhecimento real e efetivo do ordenamento jurídico é a melhor ferramenta para evitar a sua violação”.

Para uma melhor compreensão do tema, cumpre se trazer à colação a classificação de Pondy (1967, p. 296-320), o qual identifica cinco estágios de conflito: (1) conflito latente (*latente conflict*), no qual não há a plena consciência, por parte dos envolvidos, da presença do conflito; (2) conflito percebido (*perceived conflict*), em que há a identificação da diferença de posições entre os envolvidos; (3) conflito sentido (*felt conflict*), no qual há a personalização do conflito, com a adição de sentimentos à contenda; (4) conflito manifestado (*manifest conflict*), em que há um comportamento explicitamente agressivo, como o escopo de sabotar e bloquear os planos e interesses do oponente; (5) conflito rescaldado (*conflict aftermath*), no qual há uma transformação do conflito em razão do seu desfecho. Quando o conflito é genuinamente resolvido para a satisfação dos envolvidos, forma-se a base para uma relação mais cooperativa. Por outro lado, se o conflito for simplesmente suprimido e não resolvido, novos conflitos latentes podem começar a eclodir, culminando até mesmo na dissolução completa do relacionamento.

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

É nesse contexto que a orientação jurídica ganha uma nova ressignificação como instrumento de prevenção da escalada do conflito, porque os conflitos se apresentam perante a Defensoria Pública em todos os seus 5 estágios. Nesse sentido, a orientação jurídica pode se mostrar adequada e suficiente aos tratamentos de conflitos que estejam, especialmente, nos estágios latentes, percebidos e sentidos, pois viabiliza que as partes envolvidas no conflito tenham conhecimento dos seus direitos e também dos mecanismos à sua disposição para conferir efetividade dos seus direitos.

Ou seja, é evidente que a orientação jurídica possui intrínseca relação com o Princípio da Decisão Informada (art. 166 do CPC/2015; inciso II do art. 1º do anexo III da Resolução CNJ n.º 125/2010) e com o Princípio da Autonomia da Vontade (art. 166 do no CPC/2015; art. 2º, V, da Lei de Mediação; inciso II do art. 2º do anexo III da Resolução CNJ n.º 125/2010), que orientam os mecanismos da conciliação e mediação. Acerca do tema, Fernanda Tartuce (2015, p. 190) leciona o seguinte:

O princípio da liberdade individual, nos tempos atuais, consubstancia a possibilidade de realizar, sem interferências de qualquer natureza, as próprias escolhas; assim cada um poderá possa concretizar seu projeto de vida como melhor lhe convier em uma perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada.

Não há, porém, como exercer a liberdade sem conhecer as múltiplas opções que a realidade enseja. Muitas vezes, as partes não têm a exata noção sobre as possibilidades de encaminhamento do conflito, faltando-lhes informação, comunicação e direcionamento às várias possibilidades existentes para tal mister. Uma primeira conduta na abordagem do conflito, portanto, deve ser explanação das possibilidades disponíveis para o tratamento da controvérsia.

Portanto, considerando que a atuação extrajudicial da Defensoria Pública não deve ser voltada à obtenção de um acordo – este se apresenta apenas como um resultado possível –, e, sim, ao tratamento do conflito, a orientação jurídica deve ser considerada como uma forma de atuação voltada à contenção da litigiosidade e empoderamento dos indivíduos para o pleno exercício da sua autonomia da vontade, através da tomada de decisões informadas.

Estudo de campo

O presente trabalho tem por escopo o estudo dos dados estatísticos do Núcleo de Solução Extrajudicial de Conflitos de Família de Serra – NUSSET (DPE/ES), no período compreendido entre os meses de abril de 2016 e agosto de 2017 –, adotando, como marco temporal, o mês subsequente à entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

Entretanto, antes de realizar uma análise crítica dos dados, é fundamental explicar a metodologia adotada, de modo a permitir uma adequada compreensão da realidade.

Inicialmente, cumpre se esclarecer que os dados que serão analisados não correspondem à totalidade da carga de trabalho desempenhada pelo Núcleo de Solução Extrajudicial de Conflitos de Família de Serra – NUSSET (DPE/ES) –, que possui atribuição para a orientação jurídica, elaboração de petições iniciais e realização de sessões de mediação, no campo dos conflitos familiares. Assim, o este estudo não aborda a totalidade de atendimentos, nem as providências administrativas em curso que não atingiram o seu termo final.

O presente estudo não visa a um estudo quantitativo da carga de trabalho de referido órgão, e, sim, a um estudo qualitativo acerca do emprego dos mecanismos disponíveis para o tratamento dos conflitos.

Desse modo, o estudo não considerou todo o trabalho desempenhado pelos Defensores Públicos, mas apenas aqueles trabalhos que atingiram o seu ápice, com o ajuizamento de uma ação ou com a obtenção de uma solução consensual do conflito. Assim, uma mediação – independentemente de quantas sessões foram realizadas – foi considerada como um único procedimento encerrado, de forma frutífera ou infrutífera.

Nesse sentido, impende se esclarecer que as conciliações e mediações infrutíferas foram consideradas como procedimentos concluídos, pois o encerramento sem êxito do

procedimento autocompositivo acarreta o encaminhamento do assistido para atendimento com órgão (Defensor Público) diverso, visto que, em razão da confidencialidade imanente à atividade do mediador, é impositivo que a realização de novo atendimento voltado à elaboração da ação judicial litigiosa seja desempenhada, necessariamente, por outro órgão de execução.

Também convém se frisar que o registro de orientações, realizado a partir de março de 2017, deve-se ao fato de essa atuação ser voltada à contenção da litigiosidade e empoderamento dos indivíduos, conforme explicado no capítulo anterior, apresentando-se como forma de tratamento extrajudicial do conflito.

No campo "orientação", foram consideradas apenas as orientações prestadas pelos Defensores Públicos em atendimento individual ou na conclusão de procedimentos autocompositivos. Não foram levadas em consideração as informações prestadas no setor de triagem da Defensoria Pública, porquanto não é possível restringir o seu objeto a uma finalidade específica, nem tampouco vinculá-la ao tratamento de qualquer conflito, diante da multiplicidade de questões que se apresentam naquele setor.

Ademais, foram considerados, em um único campo, os acordos extrajudiciais e as ações consensuais, apesar de essa última ser submetida à homologação judicial. Tal cumulação se deve ao fato de se considerar que, apesar de existir certa atividade judicial nas ações consensuais, o conflito foi tratado exclusivamente no âmbito da Defensoria Pública. Nessas hipóteses, a homologação judicial se apresenta como mera atividade fiscalizatória da observância do interesse público, e não como atividade voltada à resolução do conflito entre as partes.

Os registros de DNA administrativos somente são realizados em hipóteses na quais não se faz necessário o ajuizamento de ação de investigação e negatória de paternidade, permitindo o reconhecimento da paternidade em cartório extrajudicial.

Duas informações que também devem ser levadas em consideração dizem respeito ao quantitativo de Defensores Públicos que laboram em tal órgão e a estrutura disponível, como forma de afastar eventual obscuridade acerca dos dados, ora apresentados.

Nesse sentido, calha se esclarecer que, ao longo de todo o estudo, o Nuset não contava com nenhum Defensor Público com dedicação exclusiva aos conflitos de família. Durante tal período, o núcleo funcionou com 2 (dois) Defensores, que dividiam o seu labor entre os conflitos de família e conflitos cíveis, em proporções idênticas, e 5 (cinco) Defensores, que atuavam em apenas 2 períodos de 4 horas, por semana. Ou seja, apesar de existirem 7 profissionais dedicando parte do seu tempo ao trabalho relacionado aos conflitos de família, tais atividades se equivalem, em termos de tempo, ao labor de apenas 2 profissionais com dedicação exclusiva.

Outra informação que se apresenta relevante – para não surprestar o leitor – diz respeito à mudança de endereço do Núcleo de Atendimento da Defensoria Pública de Serra, entre dezembro/2016 e janeiro/2017, período no qual as atividades migraram para uma estrutura

mais adequada, o que representou um salto de qualidade e de quantidade no atendimento da população e no trabalho do Defensor.

Estabelecida tais premissas, cumpre expor o quadro a seguir, o qual traz, em números, o quantitativo de procedimentos de família concluídos no NUSSET-Serra, no período entre abril/2016 e agosto/2017.

Quadro 1 - Quantitativo de procedimentos de família concluídos no NUSSET-Serra, abril/2016 e agosto/2017

	2016									
	ABRIL	MAIO	JUNHO	JULHO	AGOSTO	SETEMBRO	OUTUBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO	
PROCEDIMENTOS CONCLUÍDOS	124	106	109	117	113	135	88	119	57	
AÇÃO LITIGIOSA	63	63	58	58	67	75	39	54	32	
% AÇÕES LITIGIOSAS	50,81	59,43	53,21	49,57	59,29	55,56	44,32	45,38	56,14	
CONC. E MED. INFRUTÍFERA	11	7	23	16	9	8	17	16	9	
% CONC. E MED. INFRUTÍFERAS	8,87	6,60	21,10	13,68	7,96	5,93	19,32	13,45	15,79	
ACORDOS EXTRAJUDICIAIS E AÇÕES CONSENSUAIS	47	34	28	32	30	32	26	33	16	
% ACORDOS EXTRAJUDICIAIS E AÇÕES CONSENSUAIS	37,90	32,08	25,69	27,35	26,55	23,70	29,55	27,73	28,07	
ORIENTAÇÃO	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
% ORIENTAÇÃO	X	X	X	X	X	X	X	X	X	
DNA ADMINISTRATIVO	3	2	0	11	7	20	6	16	0	
% DNA ADMINISTRATIVO	2,42	1,89	0,00	9,40	6,19	14,81	6,82	13,45	0,00	
TOTAL DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS	50,00	36,00	28,00	43,00	37,00	52,00	32,00	49,00	16,00	
% SOLUÇÕES CONSENSUAIS FRUTÍFERAS	40,32	33,96	25,69	36,75	32,74	38,52	36,36	41,18	28,07	

	2017							
	JANEIRO	FEVEREIRO	MARÇO	ABRIL	MAIO	JUNHO	JULHO	AGOSTO
PROCEDIMENTOS CONCLUÍDOS	136	134	239	121	212	160	270	270
AÇÃO LITIGIOSA	85	85	91	42	105	64	126	116
% AÇÕES LITIGIOSAS	62,50	63,43	38,08	34,71	49,53	40,00	46,67	42,96
CONC. E MED. INFRUTÍFERA	7	9	21	8	20	16	22	20
% CONC. E MED. INFRUTÍFERAS	5,15	6,72	8,79	6,61	9,43	10,00	8,15	7,41
ACORDOS EXTRAJUDICIAIS E AÇÕES CONSENSUAIS	38	36	56	28	38	38	67	62
% ACORDOS EXTRAJUDICIAIS E AÇÕES CONSENSUAIS	27,94	26,87	23,43	23,14	17,92	23,75	24,81	22,96
ORIENTAÇÃO	X	X	63	37	36	37	45	64
% ORIENTAÇÃO	X	X	26,36	30,58	16,98	23,13	16,67	23,70
DNA ADMINISTRATIVO	6	4	8	6	13	5	10	8
% DNA ADMINISTRATIVO	4,41	2,99	3,35	4,96	6,13	3,13	3,70	2,96
TOTAL DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS	44,00	40,00	127,00	71,00	87,00	80,00	122,00	134,00
% SOLUÇÕES CONSENSUAIS FRUTÍFERAS	32,35	29,85	53,14	58,68	41,04	50,00	45,19	49,63

A partir da análise dos dados acima, verifica-se que a Defensoria Pública tem demonstrado vocação para desempenhar importante papel na redução da litigiosidade, visto que uma mera adaptação da estrutura física permitiu um aumento significativo da adoção das soluções consensuais.

Outro fator que contribuiu para a constatação dessa vocação passa pela percepção de que as funções da Defensoria Pública são substancialmente distintas da função do Poder Judiciário, não se podendo ignorar o importante papel que a orientação jurídica desempenha entre as suas funções institucionais.

Outro pré-conceito que deve ser afastado diz respeito a uma crença, que pode atingir vários gestores públicos, de que os tratamentos extrajudiciais de conflitos não devem ser

estimulados em razão de seu custo. Isso, pois é notório que, no campo do direito de família, uma mediação tende a consumir mais tempo de labor do que um atendimento voltado à elaboração de uma ação litigiosa. Todavia, a economia para os cofres públicos e o benefício social das formas extrajudiciais e consensuais de tratamento dos conflitos são notáveis.

Estudo do IPEA de 2011 avaliou que o custo médio total provável de um processo litigioso era de R\$ 4.685,39. Tal valor considerado em dezembro de 2011 e atualizado para setembro de 2017, através do IPC-A (IBGE), corresponde ao montante de R\$ 6.724,67.

Portanto, somente no mês de agosto de 2017, a atuação do NUSSET/DPE/SERRA representou a economia para o Estado de R\$ 901.105,78, referentes a conflitos de família solucionados, sem o ajuizamento de ação judicial litigiosa.

Somente no período compreendido entre janeiro e agosto de 2017, o Estado do Espírito economizou, com a atuação do NUSSET/DPE/SERRA, o montante de R\$ 4.740.892,35, em conflitos que foram tratados sem o ajuizamento de uma ação judicial litigiosa.

Também não se pode ignorar que o tratamento do conflito em âmbito extrajudicial também representa instrumento de prevenção a outras ações judiciais, especialmente àquelas que ultrapassam o labor das varas de família e culminam – em razão da escalada do conflito – em juízos com competência, especialmente, de juizados especiais criminais e juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ademais, além do evidente ganho financeiro coletivo, o tratamento extrajudicial do conflito representa evidente ganho social, pois tal atividade é voltada a estimular a reconstrução da comunicação entre os atores sociais.

Nesse contexto, as práticas comunicativas fundadas no consenso ajudam a reparar as insuficiências próprias da justiça adjudicada e permitem que os cidadãos participem diretamente da formação de consensos, como também assumam os riscos e consequências do processo decisório. Pretende-se com isso a pacificação sem decisão, em complemento ao papel historicamente desempenhado pelo Judiciário de decidir sem, obrigatoriamente, pacificar (SILVIEIRO; VINCENZI, 2017, p. 243).

Conclusão

A cientista política SADECK (2011, p. xv-xvi) advertia que a Defensoria Pública apresenta conformação constitucional, que lhe permite desfrutar de uma maior margem de liberdade para a construção de sua identidade e para o desenvolvimento de suas atividades, com elevado grau de plasticidade, com possibilidade de provocar impactos no perfil da instituição, no sistema de justiça e na sociedade.

Nesse sentido, o presente labor tentou demonstrar a aptidão da Defensoria Pública para desempenhar importante papel na contenção da litigiosidade, apresentando-se como importante via de acesso à Justiça – independente do Poder Judiciário –, dentro do novo modelo de Justiça Multiportas, vigente no ordenamento jurídico.

A partir dos dados coletados, pode-se concluir que a atuação extrajudicial da Defensoria Pública, além de servir de estímulo ao pleno exercício da autonomia privada, acarreta economia para os cofres públicos, por representar um caminho mais barato e mais adequado para o tratamento do conflito do que a via judicial.

Referências

- ALVES, Cléber Francisco. Defensoria Pública e educação em direitos humanos. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. Uma nova Defensoria Pública pede passagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA). Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal: Relatório de Pesquisa. Brasília, DF, 2011. Disponível em: [Chttp://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/887/1/livro_custounitario.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/887/1/livro_custounitario.pdf) Acesso em: 10 de outubro de 2017.
- ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LEDERACH, John Paul. Transformação de Conflitos. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Defensoria Pública. Salvador: Juspodvm, 2011.
- MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Rui. Métodos ou Tratamento Adequado de Conflitos? In: Fernando Gonzaga Jayme; Renata C. Vieira Maia; Ester Camila Gomes Norato Rezende; Helena Lanna Figueiredo. (Org.). Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Vol 1. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- PONDY, Louis R. Organizational Conflict: Concepts and Models. Administrative Science Quarterly, Vol. 12, No. 2. Sep. 1967.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Defensoria Pública: um agente de igualdade (Prefácio). In: SOUSA, José Augusto Garcia de. Uma nova Defensoria Pública pede passagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SALES, Lilia Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia. Revista de Informação Legislativa Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009.
- SIVIERO. Karime Silva; VINCENZI, Brunela Vieira de. A importância da autocomposição a partir das teorias de Jürgen Habermas e Axel Honneth. Revista Brasileira de Direito, col. 13, n. 1, jan-abr. 2017.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Método: 2015.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Constitucionalização do Processo: O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre Processo e Constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

As peculiaridades dos pressupostos de admissibilidade exclusivas do recurso especial e do extraordinário *strictu sensu*

Leonardo Goldner Dellaqua¹

Lara Spelta de Souza²

Resumo: Como se sabe, em matéria recursal, diversos pressupostos, sejam intrínsecos ou extrínsecos, devem ser preenchidos para que o recurso, em regra, submetido à análise superior, seja analisado. Embora existam diversos requisitos comuns, inerentes aos recursos Ordinários e aos Extraordinários "*Lato Sensu*" (Recurso Especial, Recurso de Revista, Recurso Extraordinário em Sentido Estrito, etc.), inclusive requisitos comuns de admissibilidade entre estes últimos, o presente artigo irá trazer as peculiaridades que possibilitam a interposição, exclusivamente, do Recurso Especial, com suas características específicas e, exclusivamente, do Recurso Extraordinário em Sentido Estrito, com suas peculiaridades de admissibilidade, ambos estampados em nossa Constituição Federal de 1988. Embora os princípios da Primazia pelo Julgamento do Mérito e o Princípio da Cooperação, positivados no CPC de 2015, tenham influenciado no combate à "Jurisprudência Defensiva", o artigo procura esclarecer que os Recursos Excepcionais não podem ser confundidos com recursos remetidos à uma terceira instância, não sendo ampla sua possibilidade de interposição.

Palavras-chave: Constituição; Recursos Excepcionais; Especial; Extraordinário.

Introdução

Embora existam diversos pressupostos de admissibilidade, comuns a todos os recursos, Ordinários ou Extraordinários "*Lato Sensu*", como interesse recursal, legitimidade, tempestividade, preparo, etc., aqui, abordaremos aqueles requisitos que se distinguem dos convencionais, que vão além daqueles direitos subjetivos das partes, quando discutidos os méritos de cada causa.

Os Recursos Excepcionais (Recurso de Revista, Recurso Especial, Recurso Extraordinário "*Strictu Sensu*"), procuram preservar o ordenamento jurídico pátrio, traçando caminhos,

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, Matrícula 2017141702. Pós-Graduado em Direito Público e Direito do Trabalho. Oficial de Justiça Federal Lotado no TRT 17ª Região.

² Advogada, Aluna Especial em Direito Processual Civil – UFES, Pós Graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil, Advogada OAB/ES 28541.

ditando ou modificando interpretações, ou seja, aqui o seu foco é a proteção da lei (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 305-306).

O professor Marcelo Abelha assim nos atenta: "Com efeito, o recurso extraordinário (assim como o especial), ao contrário dos demais recursos cíveis, tem como função precípua a defesa e a proteção do direito positivo, e não do direito subjetivo das partes" (RODRIGUES, 2016, p. 1558).

O efeito colateral das decisões em sede de Recurso Excepcional não pode nos confundir e nos levar a considerar que os Tribunais Superiores são Tribunais de Terceira Instância (LIMA, 2016, p. 1292). Obviamente, quando admitido e provido determinado Recurso Excepcional as partes sofrerão reflexos da decisão, porém, o que se quer salientar é que o objetivo desses Recursos não é rediscutir a matéria, reanalisando fatos e provas, o mérito que se pretende analisar diz respeito à aplicação das normas, Constitucionais, Federais e até mesmo pacificar diferentes entendimentos jurisprudenciais. O professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 899) deixa claro esse posicionamento ao afirmar: "Já os recursos extraordinários "lato sensu" têm outra finalidade: impedir que as decisões judiciais contrariem a Constituição Federal ou as leis federais, mantendo a uniformidade de interpretação, em todo país, de uma e outras." E continua: "... eles não constituem uma espécie de 'terceira instância' que visa assegurar a justiça das decisões."

Nesse sentido assim dispõe Didier e Cunha (2016, p. 306): "*Tais recursos servem à impugnação da resolução de questões de direito; não se admite a interposição para reexame de prova ou de fatos.*"

Embora não sirvam para reexame de provas, entende-se que a decisão que viola o dispositivo legal acerca de produção probatória dá ensejo para interposição de recurso excepcional (LIMA, 2016, p. 1299). Conforme o professor Marcellus Polastri, por se tratar de questão de Direito, de violação a preceito legal, o recurso excepcional poderá ser interposto quando o direito probatório não for observado (2016, p. 1299).

Mitidiero e Marione esclarecem que há diferença em valoração probatória e violação sobre normas probatórias, cabendo, conforme os ilustres professores, recurso excepcional somente no segundo caso (2008, p. 559).

Sabemos que os Recursos Excepcionais possuem características comuns entre si, características estas que se diferem dos Recursos Ordinários, que lhes dão caráter excepcional.

Neste cenário é que iremos traçar um divisor, um corte metodológico, demonstrando as características do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário "Strictu Sensu", mostrando as diferenças entre si, e as peculiaridades que os diferem de todo o restante do sistema recursal.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe a respeito desses requisitos em seus artigos 102, III, "a", "b", "c" e "d" e §3º, que trata do Recurso Extraordinário e 105, III, "a", "b" e "c" que se refere ao Recurso Especial.

Embora os requisitos de admissibilidade desses Recursos sejam mais específicos, restringindo a sua propositura com um controle mais rígido (LIMA, 2016, p. 1292), nossa doutrina e o Código de Processo Civil de 2015, caminharam no sentido de combater a

Jurisprudência Defensiva, em muito praticada nos Tribunais superiores, que exigia critérios extralegais como pressupostos de admissibilidade, fechando as portas em diversas situações para a análise recursal, com excessos de formalidades, que caso não fossem cumpridas era negado o seguimento ao recurso, ferindo o Princípio de Acesso à Justiça (RODRIGUES, 2016, p. 1560).

O Código de Processo Civil de 2015 positivou tal combate, diante dos princípios da Primazia da análise do Mérito Princípio da Cooperação e Princípio do Livre Trânsito entre Recursos diante do STF e STJ, como extensão do princípio da fungibilidade (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 350).

Após este introito, analisaremos cada dispositivo legal, tentando diferenciar esses dois Recursos Constitucionais, dividindo seus dispositivos em partes para facilitar nossa explanação.

Recurso extraordinário *strictu sensu*

Antes de entrarmos no tema é importante que se conheça a letra da lei:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A função precípua do Recurso Extraordinário é assegurar a inteireza do sistema jurídico, que deve ser submisso à Constituição Federal (DIDIER Jr e CUNHA, 2016, p. 353). É por meio do Recurso Extraordinário que se resguarda a interpretação dada pelo STF aos dispositivos Constitucionais.

De acordo com o Professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

A finalidade do recurso extraordinário é assegurar que não haja contrariedade à CF e que as leis e atos normativos estejam em consonância com o texto constitucional. Mas o cabimento do RE está condicionado a que a questão constitucional suscitada seja relevante, isto é, que tenha repercussão geral, na forma do art. 1.035 do CPC. É preciso que transcenda o interesse particular do recorrente e tenha relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. Esse requisito de admissibilidade só pode ser examinado pelo STF, e não pelo órgão *a quo*. A inexistência da repercussão geral só poderá ser admitida por 2/3 dos membros do STF (GONÇALVES, 2016, p. 918).

Pois bem, vimos que o Recurso Extraordinário se dá para preservar a Constituição Federal e que a matéria Constitucional deverá ser ventilada no juízo *a quo* para que seja admitido (GONÇALVES, 2016, p. 902).

O objeto do Recurso Extraordinário está no Direito Positivo, esse deverá ser foco da discussão, o mesmo não está para reanalisar fatos e provas (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 308), o seu objetivo não é a busca da justiça da decisão (JORGE, 2015, p. 53), como se fosse um tribunal de terceira instância, aqui não interessa o direito subjetivo das partes, embora esse direito possa ser atingido colateralmente, mediatamente, por meio do Recurso Extraordinário, o que se visa proteger é o direito objetivo (LIMA, 2016, p. 1295).

Em determinado período, conhecido como a "Crise do Supremo", quando nosso Tribunal Superior Federal estava abarrotado de processos de toda natureza, instaurou-se a técnica da "Jurisprudência Defensiva" (RODRIGUES, 2016). Tal técnica se caracterizou por impedir a análise de recursos pelos mais diversos argumentos, qualquer irregularidade de fácil correção serviria de motivo para não dar seguimento a Recurso Extraordinário.

Com o advento do CPC de 2015 e uma forte corrente doutrinária em sentido oposto à esse posicionamento dos Tribunais Superiores, travou-se um combate a essa Jurisprudência Defensiva, com inclusive posituação no próprio CPC de situações que agora possibilitam o seguimento do Recurso, que em situações pretéritas era inadmitido.

Não só os Princípios do "livre acesso à justiça", da "Cooperação", "Livre Trânsito dos Recursos nos Tribunais Superiores" e "Primazia do Julgamento de Mérito", todos estampados no CPC de 2015, colaboraram para o combate mencionado (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 357). Há situações bem específicas que primam pela análise do mérito recursal mesmo quando existam vícios sanáveis, é o que expõe o CPC de 2015: "Art. 1.029. § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave."

Dando seguimento a nosso debate, temos que, diferente do que ocorre no Recurso Especial, há possibilidade de se interpor Recurso Extraordinário contra decisão proferida por órgão recursal do Juizado Especial. O próprio STF assim se manifestou: Sum. 640 – "É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal."

Cabendo ao STF julgar as causas decididas em última ou única instância, temos que as decisões provisórias, como se dá em acórdãos que deferem medidas liminares, não são passíveis de Recurso Extraordinário, já que este só é admitido em decisões finais, definitivas (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 355). Pacificado, no entanto, que deve haver esgotamento das instâncias ordinárias para interposição tanto de Recurso Extraordinário quanto Especial (MARIONE e MITIDIERO, 2008, p. 557).

Para facilitar nossa análise, dividiremos os requisitos exclusivos de admissibilidade do Recurso Extraordinário em tópicos, demonstrando suas peculiaridades.

Artigo 102, III, "a" da CF/88: quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição

A contrariedade aqui exigida deve ser direta e frontal a texto constitucional (LIMA, 2016, p. 1314). O termo "contrariar", por ser abrangente, permite que o Recurso Extraordinário seja interposto mesmo quando se tratar de questão interpretativa. Quando não houver a interpretação mais adequada de texto Constitucional, o recurso em tela poderá ser utilizado (GONÇALVES, 2016, p. 911).

É importante que se esclareça a respeito dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos. Nossa Constituição estabelece quórum especial para que tais tratados possuam força de emenda constitucional. Nesses casos caberá, então, o Recurso Extraordinário contra a decisão que contrariar Tratado Internacional sobre Direitos Humanos, quando este Tratado for aprovado em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos respectivos membros (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 362).

Não havendo afronta direta ao texto constitucional, porém reflexa, o STF encaminhará o respectivo recurso ao STJ, transformando-o, então, em Recurso Especial. Caso já haja Recurso Especial interposto concomitantemente, o recurso extraordinário, encaminhado ao STJ, transformado em recurso especial, ampliará o objeto de análise pelo STJ (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 257-258).

Tratando-se, porém, de decisão proferida por turma recursal de juizado especial, tal trânsito fica impossibilitado, do STF para o STJ, sendo o recurso inadmitido por não preencher os requisitos de admissibilidade para ser analisado pelo STJ, já que este Tribunal não admite Recurso Especial contra decisão de turma recursal em juizados especiais (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 257).

A questão Constitucional, requisito da análise do recurso extraordinário com base na alínea "a", ora em apreciação, deverá ser ventilada o Tribunal *a quo*. O inciso III do artigo 102 da CF quando expressa "causas decididas", o faz no intuito de que a questão Constitucional tida por violada deva ter sido debatida, mesmo que em embargos declaratórios por omissão, a fim de prequestionamento (NEVES, 2015, p. 863-865).

Assim dispõe a Súmula 356 do STF: "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

Importante informar que o acórdão recorrido não precisa fazer referência expressa ao dispositivo da Constituição, tido como contrariado, basta que se enfrente a tese jurídica que envolva a questão constitucional, trata-se do prequestionamento implícito. (MARIONE e MITIDIERO, 2008, p. 556).

E mesmo que, opostos os embargos de declaração, o Tribunal *a quo* não se manifeste, a matéria se dará por prequestionada para fins de admissibilidade do Recurso Extraordinário diante do STF (LIMA, 2016, p. 1304). Nesse sentido aponta o Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 1.025:

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

O artigo 941, §3º do mesmo diploma legal ainda reforça:

Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.

Nota-se que há nítido combate à “Jurisprudência Defensiva” positivado em nosso CPC de 2015 relativos à questão do prequestionamento, permitindo, inclusive, como exposto, o prequestionamento ficto. Acontece que, embora a construção sumular do STF aponte nesse mesmo sentido, o STJ se apresenta aparentemente relutante (LIMA, 2017, informação verbal). Basta-nos analisar as súmulas 320 e 211 do STJ, construídas sob a égide de legislação anterior, que afirmam justamente não haver prequestionamento quando a questão federal for ventilada apenas no voto vencido e quando opostos embargos prequestionadores o Tribunal tenha ficado silente. Acontece que o STJ, quanto ao prequestionamento, ainda insiste em aplicar tal entendimento que visa barrar a análise dos recursos excepcionais (LIMA, 2017, informação verbal).

A súmula 126 do STJ é outra que visa barrar a análise dos recursos excepcionais já que inadmite recurso especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário. Parece-nos que tal orientação se confronta com o princípio do “Livre Trânsito” entre recursos, já que nosso CPC admite que um recurso excepcional possa transitar entre os Tribunais Superiores conforme matéria tratada (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 257-258).

Essa possibilidade do livre trânsito dos recursos excepcionais nos Tribunais Superiores ainda requer maior construção jurisprudencial. Isso porque, diante da exigência normativa da interposição dupla, em determinados casos, dos recursos Extraordinário e Especial, quando há questão federal e constitucional (MARIONI e MITIDIERO, 2008, p. 555), temos que o novo instituto não seja compatível. Na obrigação de se interpor ambos os recursos concomitantemente, mas havendo só a interposição de um, acredita-se que pode haver uma interpretação flexível que permita a análise de apenas um recurso excepcional por ambos os Tribunais Superiores, um atuando após o outro, tratando cada um de matéria de sua competência.

Ainda acobertado pelo Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito não há necessidade que se demonstre explicitamente o dispositivo contrariado, basta que os fundamentos do recurso façam menção à tese jurídica sustentada, objeto de debate. O STJ já possuía entendimento neste sentido e, em últimos posicionamentos o STF tem seguido essa linha (GONÇALVES, 2016, p. 904).

Artigo 102, III, "b" da CF/88: quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal

Nessa hipótese não há que se falar em prequestionamento (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 359), pois o requisito é que justamente o Tribunal declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal em controle difuso. Já há manifestação do Tribunal *a quo* sobre questão Constitucional discutida em sua esfera de competência, decidindo pela inconstitucionalidade do tratado ou lei federal.

Temos que nos atentar que para que sejam considerados inconstitucionais, em controle difuso de constitucionalidade, tratado ou lei federal, deve ser obedecida a "Reserva de Plenário" (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 359), exigência trazida pela própria Constituição em seu artigo 97.

A Reserva de Plenário consiste no julgamento, pelo Plenário ou Órgão Especial do Tribunal, sobre a questão Constitucional trazida à exame. Não se trata de análise do mérito da causa, mas somente da questão Constitucional. Após decisão do Plenário ou Órgão Especial a respeito da Constitucionalidade da questão debatida, a Turma, tomando como base tal decisão, irá decidir o mérito da lide (LIMA, 2016, p. 1315). Contra essa decisão, da Turma, é que caberá um possível Recurso Extraordinário, não contra a decisão do Plenário ou Órgão Especial (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 359).

Sendo assim, declarada a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal pelo Plenário ou Órgão Especial, a Turma irá julgar o mérito, e dessa decisão caberá Recurso Extraordinário com base na alínea em estudo.

Porém, caso não seja respeitada a regra da Reserva de Plenário e a própria Turma do Tribunal decidir pela inconstitucionalidade de determinado tratado ou lei federal não caberá Recurso Extraordinário com base no art. 102, III, "b" da CF. Os argumentos serão outros, com base na alínea "a" do mesmo dispositivo, por afrontar diretamente o art. 97 da Constituição. Sendo assim, a decisão da Turma, que não submeteu a questão Constitucional ao Plenário ou Órgão Especial, que decidir pela inconstitucionalidade da lei, deverá ter oposta contra si embargos declaratórios para prequestionar a matéria e ventilar a afronta ao art. 97 da CF/88 (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 359).

Artigo 102, III, "c" da CF/88: quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição

Aqui, ao contrário da alínea anterior, se dá por constitucional a lei ou ato do governo local. A decisão é pela constitucionalidade daqueles dispositivos (LIMA, 2016, p. 1315). O Mestre Marcos Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 911) aponta que, se há confronto entre lei ou ato local em face da Constituição Federal, há afronta a dispositivo Constitucional, o que por si só permitiria Recurso Extraordinário com base na alínea "a" do art. 102, III da CF/88. Havendo

indícios de afronta a texto constitucional com a validação de lei ou ato de governo local, a alínea "a" bastaria para a interposição do recurso em estudo.

Como determinada lei ou ato de governo local, nessa hipótese, será considerado constitucional, não há necessidade da Reserva de Plenário, pois esta só é exigida quando é declarada a inconstitucionalidade (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 361).

Artigo 102, III, "d" da CF/88: quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de lei federal

É importante, para evitar confusões, que se faça a distinção da hipótese em tela com aquela prevista no art. 105, III, "b" da CF, que trata de hipótese de cabimento de Recurso Especial.

Aqui, o dispositivo Constitucional trata das regras Constitucionais de competência legislativa (NEVES, 2015, p. 875). Não há hierarquia entre leis locais e leis federais, e para dirimir qualquer conflito a alínea "d", do dispositivo supra, deverá ser invocada.

No Recurso Especial o que se tem é a decisão pela validade de ato administrativo local, não lei local, contestado em face de lei federal.

Neste nosso tópico, temos conflito entre leis, de âmbito local e constitucional, não se fala em ato.

Artigo 102, §3º da CF/88: repercussão geral

Assim dispõe o parágrafo em análise:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Trata-se de requisito exclusivo de admissibilidade para interposição de Recurso Extraordinário, cujo teor deverá ser analisado pelo STF.

Embora seja de competência do Supremo analisar os aspectos morais, sociais, políticos, jurídicos e econômicos que sustentam a Repercussão Geral, pode o Tribunal *a quo* negar seguimento a Recurso Extraordinário, em análise prévia dos requisitos de admissibilidade, se não houver o tópico, a menção, os fundamentos que preencham a exigência formal de demonstrar a Repercussão Geral (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 364). Portanto, não cabe ao tribunal *a quo* dizer se determinado tema possui ou não repercussão geral, isso cabe ao STF, mas cabe ao Tribunal *a quo* verificar se a questão da repercussão geral fora mencionada, se tal requisito formal fora preenchido (LIMA, 2016, p. 1317).

Chegando no Supremo, presume-se que o Recurso Extraordinário seja dotado de Repercussão Geral, isso porque para afasta-la é necessário que dois terços de seus membros se manifestem contra a repercussão alegada. Sendo assim, é necessário que 08 ministros

se manifestem contra as causas alegadas na repercussão geral para que esta seja afastada e o recurso seja inadmitido ou remetido ao STJ, conforme o caso (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 363).

Como limitador da admissibilidade dos Recursos Extraordinários, a repercussão geral funciona como um mecanismo de filtragem, onde os ministros deverão, por meio eletrônico, manifestarem-se, no prazo preclusivo de 20 (vinte) dias, conforme regimento interno, admitindo ou não haver repercussão geral na matéria que lhes foi trazida à apreciação. Não havendo manifestação, tratando-se de um critério cuja característica se dá pela presunção da existência de repercussão geral, o voto silente será considerado nesse sentido, ou seja, de que há repercussão geral (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 369 - 370).

A figura do "*Amicus Curiae*" também poderá se fazer presente, caso o tribunal assim entenda, a fim de dar seu parecer a respeito dos fundamentos que justificam a repercussão geral (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 374).

Todos os fundamentos serão analisados para considerar se há ou não a repercussão geral, inclusive aqueles fundamentos que não foram arguidos no Tribunal *a quo*. O Tribunal Superior pode analisar conforme seus critérios. Entre os aspectos econômicos, políticos, sociais ou jurídicos, havendo apenas um, já se tem por configurada a Repercussão Geral. (MARIONI e MITIDIERO, 2008, p. 566).

De acordo com Luiz Guilherme Marioni e Sérgio Cruz Arenhart (2005, p. 558 apud DIDIER e CUNHA, 2016, p. 365), a repercussão geral se trata de um conceito aberto, cuja interpretação dada pelo STF deverá ser de acordo com a análise do caso concreto.

O STF irá analisar a Repercussão Geral sob uma perspectiva qualitativa, verificando a questão no intuito de desenvolver e sistematizar o direito, e quantitativa, considerando o número de pessoas atingidas pela decisão (MARIONI e MITIDIERO, 2008, p. 566).

Assim dispõe o CPC de 2015:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Havendo indícios de que há a repercussão geral caberá ao STF decidir a relevância da análise recursal, nota-se que pode haver uma presunção relativa, conforme defendem Fredie Didier e Leonardo Cunha (2016, p. 366), principalmente quando se tem demandas coletivas que versem sobre questões constitucionais. Tal presunção relativa poderá influenciar o STF no acolhimento dos fundamentos da Repercussão Geral.

Por outro lado, existem hipóteses onde há presunção absoluta (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 367) dessa Repercussão Geral, como no caso do art. 1.035 §3º do CPC:

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:
I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;
III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Assim como também prescreve o art. 987 do CPC de 2015 que dispõe sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Mesmo que o acórdão recorrido esteja em conformidade com a jurisprudência do STF poderá haver a repercussão geral. Embora tenha entendimento consolidado, o STF pode mudar o teor de suas decisões, a repercussão geral não diz respeito à decisão predominante ou a apenas demandas coletivas. Pode haver repercussão geral inclusive em demandas individuais (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 368).

O Professor Marcellus Polastri Lima (2016, p. 1319), afirma que esse filtro não deveria ser aplicado em esfera penal, dada sua natureza e dos princípios constitucionais penais envolvidos, sendo incompatíveis com a restrição, já que tais normas preservam o *"ius libertatis"*. Em que pese tal entendimento, mesmo em esfera penal, o STF exige a abordagem da Repercussão Geral também em matéria penal.

Recurso especial

Para facilitar nossa análise segue o dispositivo Constitucional que trata dos requisitos de admissibilidade exclusivos ao Recurso Especial:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O primeiro ponto que temos que nos atentar é quanto ao que está disposto no caput do inciso III do artigo 105 da CF. Tal dispositivo prescreve que o Recurso Especial somente será cabível em causas decididas, em única ou última instância, nos Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Isso quer dizer que fica afastada a possibilidade de se interpor o presente recurso nos Juizados Especiais, isso porque a decisão em última instância ali produzida é prolatada por uma Turma Recursal, não por um Tribunal. Esclarece Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 343): "Não basta a decisão isolada do relator, sendo necessária a deliberação final do colegiado. Só cabe recurso especial contra acórdão." Daí porque prescreve a Súmula 203 do STJ: "Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais."

Quanto à expressão “causas decididas”, temos que as regras de prequestionamento, aplicadas ao Recurso Extraordinário, também são aplicadas aqui, tópico já exposto, devendo então, a questão Federal ser ventilada no Tribunal *a quo*, bastando que o faça o recorrente, mesmo que o Tribunal fique silente.

Antes de analisarmos a primeira alínea do dispositivo em debate, e dividir cada uma por tópicos, importante que se apresente a celeuma instalada entre alguns doutrinadores a respeito da autonomia de cada requisito de admissibilidade do Recurso Especial, constante nas alíneas do art. 105, III CF/88.

Justamente pela amplitude que o termo “Contrariar”, constante na alínea “a” do art. 105, III, possui, nossa doutrina se divide entre considerar as demais alíneas umbilicalmente ligadas à primeira e considera-las autônomas.

Pois bem, parte da doutrina, guiadas pelo professor Marcelo Abelha (2016, p. 1562), Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 909-910), Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 238 – 245) e Flávio Cheim Jorge (1998, p. 30 apud DIDIER JR. E CUNHA, 2016, p. 343), acredita que as alíneas “b” e “c” do dispositivo em análise se tratam de sub-alíneas da primeira, ou seja, quando se julga válido ato de governo local em detrimento de lei federal (hipótese da alínea “b” do art. 105, III da CF) ou se dá, a lei federal, interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (hipótese da alínea “c” do art. 105, III da CF), tem-se, em ambos os casos, que a lei federal fora contrariada, hipótese abrangida pela alínea “a”. Isso justamente porque o termo “contrariar”, dada sua amplitude, dá margem que até mesmo a interpretação menos razoável seja objeto de afronta à lei federal. Quando não se interpreta da melhor forma, como fora feito em Tribunal diverso, há contrariedade à lei Federal, incidindo mais uma vez na hipótese da alínea “a” do art. 105, III da CF.

Quanto à relação das alíneas do art. 105, III, assim dispõe o professor Marcelo Abelha:

Sobre as hipóteses descritas nas alíneas do art. 105, III, pode-se dizer que, apesar de todos os problemas relacionados à falta de homogeneidade entre as hipóteses de cabimento do recurso especial, sob o aspecto do juízo de admissibilidade e do juízo de mérito temos que, entre elas, há uma relação quase que umbilical, se considerarmos o caráter amplíssimo da primeira hipótese de cabimento, seja do especial ou do extraordinário (RODRIGUES, 2016, p. 1562).

E continua:

Dessa forma, pode ser feita uma relação entre as três hipóteses de cabimento do recurso especial e perceber que a proposição ‘contrariar [...] lei federal’, contida na primeira hipótese de cabimento, é de tal forma ‘larga’, difusa e abrangente que, em última análise, as duas hipóteses posteriores poderiam ser encartadas na primeira (RODRIGUES, 2016, p. 1562).

Outra parte de nossa Doutrina, muito bem representada pelo professor Marcellus Polastri (2017, Informação Verbal) e Fredie Diddier Jr., acredita que as hipóteses contidas nas

alíneas "b" e "c" do dispositivo em análise são autônomas, com fundamentos próprios, não constituindo derivação da alínea "a" do art. 105, III da CF/88 (2016, p. 343).

Após esses breves esclarecimentos, passemos a analisar ponto a ponto cada requisito exclusivo de admissibilidade do Recurso Especial.

Artigo 105, III, "a" da CF/88: quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência

Como já foi dito, o termo "contrariar" é por demasiado amplo, cuja extensão abrange inclusive a expressão "negar-lhes vigência", permitindo até mesmo a interposição do recurso em tela caso não seja dada a melhor interpretação à lei federal.

Diante desse novo termo, trazido pela Constituição Federal Brasileira de 1988, entende-se que a Súmula 400 do STF fica revogada (LIMA, 2016, p. 1323).

Quanto à contrariedade aos Tratados é importante salientar que aqueles Tratados Internacionais que dispõem sobre Direitos Humanos, com quórum especial de votação, aprovado em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos respectivos membros, se revestem de estatura Constitucional, não cabendo, então, o recurso especial, mas sim o recurso extraordinário (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 359).

Artigo 105, III, "b" da CF/88: quando a decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal

Para que não se confunda tal dispositivo com a hipótese de cabimento do recurso extraordinário nos termos de seu art. 102, III, d (julgar válida lei local contestada em face de lei federal), é bom que se esclareça que nesse caso não estamos falando de lei local, mas sim ato de governo local. Nesta hipótese o ato administrativo do governo local confrontou lei federal e por esse motivo caberá ao STJ dar solução a esta celeuma, recebendo para tal o respectivo recurso especial (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 346 - 347).

Em sóbria análise, o ilustre Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 909) aponta que se há afronta à lei federal, por um ato de governo local, esta hipótese se encaixa perfeitamente na alínea "a" do dispositivo em observação, não trazendo nenhuma novidade às hipóteses de admissibilidade do Recurso Especial.

Neste sentido também aponta o professor Marcelo Abelha (2016, p. 1562), que reforça sua teoria de que as alíneas do presente dispositivo estão umbilicalmente ligadas.

Artigo 105, III, "c" da CF/88: quando a decisão recorrida der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal

A divergência aqui apontada deverá ocorrer em tribunais distintos (LIMA, 2016, p. 1323), onde um deles estará dando interpretação inadequada à lei federal, ou, como dispõe a alínea "a", contrária à lei federal (DIDIER e CUNHA, 2016 p. 347).

A súmula 13 do STJ deixa claro: “A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja Recurso Especial”.

Aqui o que se pretende é uniformizar a jurisprudência nacional, ou seja, promover a unidade do Direito (DIDIER e CUNHA, 2016 p. 347). Para tanto é necessário que tal divergência seja trazida ao recurso, nos termos do artigo 1029, §1º do CPC de 2015, que assim prescreve:

Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Porém, em referência ao Princípio da Primazia do Julgamento de Mérito, consagrado no art. 4º do Código de Processo Civil de 2015, tais exigências podem ser mitigadas, conforme entendimento do próprio STJ, quando a divergência for notória.

Utilizando-se de técnica comparativa entre trechos dos votos, do relatório da base fática (distinguishing), o recurso especial deverá confrontar o acórdão recorrido e o paradigma, não bastando apenas transcrever suas ementas. Deve ser demonstrado que acórdão recorrido e paradigma são parecidos (DIDIER e CUNHA, 2016). Conforme expõe Marcellus Polastri (2016, p. 1324), o recorrente deverá fazer uma comparação analítica entre os acórdãos, recorrido e paradigma. Não basta que as ementas dos julgados sejam transcritas, devem ser abordados os problemas fático-jurídicos (MARIONI e MITIDIERO, 2008, p. 560).

Voltando à discussão a respeito da autonomia entre as alíneas desse dispositivo, os professores Didier (2016, p. 349) e Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 290 apud DIDIER e CUNHA, 2016 p. 349) e o Ilustre Marcellus Polastri (2017, Informação Verbal) adotam a interpretação de que a alínea “c” do art. 105, III da CF/88 é hipótese de cabimento autônoma, onde o STJ se manifestará para emitir a última voz a respeito da controvérsia, exercendo, então, papel de guardião do Direito Federal. Neste sentido, não há necessidade de se comprovar afronta à lei federal, basta que se aponte a divergência.

Em caminho diverso Nelson Luiz Pinto (2001, p. 185 – 186 apud DIDIER JR. E CUNHA, 2016, p. 343), Teresa Arruda Alvim Wambier (2002, p. 238 – 245) e Flávio Cheim Jorge (1998, p. 30 apud DIDIER JR. E CUNHA, 2016, p. 343) defendem que a divergência jurisprudencial apontada servirá apenas como reforço à questão de afronta à lei federal. Nessa linha se defende que deverá ser apontada a contrariedade à lei federal trazida no acórdão recorrido, demonstrando-se, então, que este é divergente do paradigma por contrariar tratado ou lei federal.

Breves considerações

Após demonstrarmos cada requisito exclusivo de admissibilidade do Recursos Especial e Extraordinário é de bom alvitre que abordemos alguns pontos.

Como já foi falado, nossas doutrina e legislação, com o advento do CPC de 2015, caminham em combate à Jurisprudência Defensiva, adotada em nossos Tribunais muitas vezes de maneira indiscriminada. Sendo assim, tem-se admitido o “Livre Trânsito” entre os recursos no STF e no STJ. Então, entendendo o STJ que a questão abordada esteja inserida nas hipóteses de cabimento do Recurso Extraordinário, este Tribunal encaminhará o recurso ao STF que dará a última palavra (DIDIER E CUNHA, 2016). Considerando realmente hipótese de Recurso Extraordinário o STF dará prazo para que se demonstre a Repercussão Geral. Não considerando, o recurso retornará ao STJ.

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Nesse novo cenário, outra abertura surge. Não havendo apelação do ente público, após a remessa necessária, caberá recurso especial, o que antes não era permitido (DIDIER E CUNHA, 2016). Mais uma vez, amparados pelos princípios da Primazia da decisão do Mérito e da Cooperação, dispostos no CPC de 2015, juntamente com o Princípio do Acesso à Justiça e do Livre Trânsito dos recursos entre o STJ e STF, temos nossa legislação combatendo a Jurisprudência Defensiva, movimento que ganhou destaque no período conhecido como “Crise do Supremo” (RODRIGUES, 2016).

O que se pode extrair após análise das hipóteses de cabimento dos Recursos Excepcionais ora abordados é que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma abertura quanto ao recebimento de tais peças. Embora os requisitos de admissibilidade sejam mais específicos, visando a proteção da lei Federal e da Constituição, o combate à Jurisprudência Defensiva, liderado pela doutrina, parece ganhar força com a positivação de diversos princípios e determinações expressas, no CPC de 2015, que inibem tal prática. É notório que há abarrotamento dos Tribunais Superiores com a interposição de milhares de recursos e que falta material humano para a análise pormenorizada de cada peça recursal, porém, tratando-se de um bem maior, a proteção objetiva da legislação, não se pode formalizar excessivamente os requisitos de ingresso a ponto de que o judiciário se afaste das celeumas que lhe forem apresentadas. É certo que o rigor para interposição de recursos que visem à preservação legislativa federal e constitucional deve ser diferenciado se comparado à interposição daqueles recursos configurados como ordinários. Porém, os critérios para a sua inadmissão não devem ser baseadas em excesso de formalidades, mas sim na proteção da ordem e segurança jurídicas.

Referências

- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; Curso de Direito Processual Civil. 6. ed. atual. Bahia: JusPODIVM, 2016, v. 3.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil esquematizado. Coordenador Pedro Lenza – 7ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2016 – Coleção Esquematizado.
- JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª Ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.
- LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. 9ª Ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.
- LIMA, Marcellus Polastri. Mestrado UFES. Vitória, 2017. Debate ocorrido no dia 14 de setembro de 2017 na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, em aula eletiva ministrada pelo Professor Marcellus Polastri Lima, para preenchimento dos requisitos essenciais para conclusão do Curso de Mestrado.
- MARIONI, Luiz Guilherme. DANIEL, Mitidiero. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 7ª Ed. Rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil / Marcelo Abelha. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-7075-8 1. Execuções (Direito). 2. Processo civil. I. Título.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

A aplicação do princípio da oralidade no Processo Civil Brasileiro e Alemão

Rachel Boerboon de Oliveira Gouvea¹

Resumo: Este artigo compara as experiências do Brasil e da Alemanha ao trazerem a oralidade como princípio em um processo civil que visa a prestação de uma tutela adequada e efetiva às partes envolvidas no conflito. Tal princípio foi inserido pela primeira vez no direito processual pátrio com o Código de 1939; no entanto, já se fazia presente em outros ordenamentos jurídicos, como no direito alemão, que consagra o princípio na *Zivilprozessordnung* de 1877. Há quem entenda que o aludido princípio foi adotado de forma mitigada no atual Código, tendo em vista que este não reproduz o dispositivo do CPC de 1973 que tratava da identidade física do juiz – um desdobramento da oralidade. Entretanto, observa-se que o CPC de 2015 traz a solução consensual de conflitos como um de seus elementos norteadores.

Palavras-chave: Princípio da oralidade; *Zivilprozessordnung*; Código de Processo Civil; Efetividade; Acesso à Justiça.

Introdução

Para a consecução dos objetivos da jurisdição e a pacificação dos conflitos interindividuais de forma justa, o Estado institui o sistema processual e dita normas a seu respeito, dando origem ao direito processual². Assim, o processo tem como características a sua necessária formalidade e a oportunidade de participação das partes, aptas a requerer, provar, impugnar e recorrer, além de dialogar entre si e com o juiz. Contudo, a realização de tais atos processuais demanda tempo, que se apresenta como um inimigo da efetividade da função pacificadora da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 31-32) e um óbice à instrumentalidade do processo, que serve à paz social e visa resultados práticos.

¹ Graduanda do 4º ano de Direito na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, em Vitória/ES.

² Sobre a distinção entre direito processual e processo: “Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido com normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de *processo*. E chama-se *direito processual* o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 46).

Dessa forma, buscam-se formas de mitigar os danos causados às partes em razão da longa duração do processo, além de métodos para a solução das controvérsias por meios extrajudiciais.

No campo das técnicas processuais alguns progressos vêm sendo sentidos e a tendência é a generalização supranacional. São meios destinados ao tríplice desiderato de (a) facilitar o acesso à justiça mediante a deformalização, (b) acelerar a preparação da tutela jurisdicional e (c) propiciar um eficiente controle de qualidade do produto da atividade dos juízes, com apoio na oralidade que ali se deve praticar. (DINAMARCO, 2001, p. 758)

Nesse contexto, ganha relevo o papel dos princípios norteadores do processo civil, em especial o princípio da oralidade, como modo de viabilizar uma maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, proporcionar um verdadeiro acesso à justiça³.

Anterior ao surgimento da escrita, a oralidade pode ser entendida como uma forma de realização do ato processual, designando o modo verbal da prática dos atos. Vista como princípio, é norma que informa outras regras e subprincípios, como a identidade física do juiz, a imediação, a concentração dos atos e a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. A partir dela, busca-se a celeridade, a economia processual, a participação ativa e o contato direto das partes – e das provas por elas produzidas – com o julgador (CARDOSO, 2013, p. 248-249).

Diante disso, observam-se duas concepções básicas acerca da oralidade: a primeira, mais restrita, enquanto modo de realização de atos; e a segunda, mais ampla, enquanto princípio norteador do processo civil, que abrange, mas não se limita à forma procedimental.

Nas palavras de Calmon, a segunda noção caracteriza um modelo de processo participativo, informal, humanizado e socializado, marcado pelo diálogo entre todos os sujeitos do processo, que se encontram e cooperam, cada um exercendo adequadamente o seu papel, agindo com ética e interesse de realizar a justiça (CALMON, 2009, p. 2-3). É essencial que se compreenda essa distinção pois:

Se o modelo é adotado, a oralidade o caracteriza. Se não é adotado, então não se fala em oralidade (muito menos em princípio da oralidade), mas apenas em utilização da fala e da escuta para se promover alguns atos e a comunicação de alguns atos do processo (CALMON, 2009, p. 2).

Fixadas essas premissas, denota-se a importância da aplicação do princípio da oralidade no âmbito processual como modelo de processo⁴, pois não basta que se determine a prática

³ “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 3).

⁴ Em sentido contrário: IURA (2012), que defende a oralidade como uma regra técnica, e não princípio processual.

oral dos atos processuais, mas sim que se observe a oralidade (e seus subprincípios) como forma de colaborar para a prestação de uma tutela adequada e efetiva às partes envolvidas no conflito.

Para isso, serão analisadas as experiências da aplicação do princípio da oralidade no âmbito do processo civil alemão, que o consagrou com a *Zivilprozessordnung* (ZPO) de 1877, e do processo civil brasileiro, que o inseriu pela primeira vez com o Código de Processo Civil de 1939, tendo passado, assim como ocorreu na Alemanha, por diversas modificações legislativas em busca de eficiência e celeridade processual.

A visão de Giuseppe Chiovenda sobre a importância e os relevos da oralidade

Antes de uma análise do processo civil brasileiro e alemão, quando se pretende abordar a oralidade no processo faz-se mister evocar os ensinamentos de Chiovenda, grande defensor do procedimento oral. Acerca do tema, afirma o autor:

A experiência deduzida da história permite concluir sem detença, que o processo oral é, com ampla vantagem, melhor e mais conforme à natureza e às exigências da vida moderna, porque exatamente sem comprometer, antes assegurando melhor a excelência intrínseca da decisão, proporciona-a com mais economia, simplicidade e presteza. (CHIOVENDA, 1965, p. 46)

Procedendo a uma análise pormenorizada do princípio da oralidade, o processualista salienta que o nome "oralidade" pode gerar equívocos, caso seus princípios, intimamente associados entre si, não sejam analisados, conquanto imprimam ao processo oral suas particularidades (CHIOVENDA, 1965, p. 50). Para isso, explicita cinco subprincípios decorrentes da oralidade. Vejamos:

Introduz como o primeiro subprincípio (a) a prevalência da palavra como meio de expressão combinada com uso de meios escritos de preparação e de documentação, o que significa dizer que um processo será descrito como oral ou escrito de acordo com o espaço que atribui à oralidade ou à escrita, principalmente pelo modo como nele se pratica a oralidade. Ainda, "em todos os casos em que se imponha avaliar a atendibilidade das declarações de qualquer pessoa [...], o certo é que o emprego da voz possibilita ao juiz apreciar melhor o depoimento" (CHIOVENDA, 1965, p. 51).

Em segundo lugar, (b) a imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar é subprincípio que proclama que o juiz que assistiu ao desenvolvimento das provas, havendo estabelecido contato direto com as partes, testemunhas, peritos e objetos do processo, deve proferir a sentença. O terceiro, que depende dos dois antes mencionados, diz respeito à (c) identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa, isto é, a oralidade e a imediação não são possíveis se os diversos atos processuais se desenvolvem perante pessoas diferentes a cada etapa, dificuldade que se apresenta apenas

quando o procedimento é oral, já que quando se tem a escrita a mudança de julgador avaliará o que está nos autos, não havendo prejuízo.

Alude também à (d) concentração do conhecimento da causa em um único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas, subprincípio que também se mostra necessário para a aplicação dos três já mencionados, na medida em que, "quanto mais se acerquem da decisão do juiz as atividades processuais, tanto menor é o perigo de que se lhe oblitere a impressão delas e de que o traia a memória" (CHIOVENDA, 1965, p. 54). E, por fim, indica (e) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias em separado, regra que auxilia a pôr em prática a oralidade e a concentração.

Com relação às objeções que por ventura se fazem à oralidade, Chiovenda aponta o receio de que a cognição no processo oral fosse mais superficial e a decisão precipitada. Contudo, refuta sustentando que a oralidade, pelo contrário, assegura uma justiça intrinsecamente melhor, pois faz com que o juiz participe da causa, o que lhe permite ter um maior domínio sobre ela, e assegura melhor a veracidade dos resultados da instrução (CHIOVENDA, 1965, p. 57).

Por conseguinte, sintetiza suas conclusões acerca das benesses proporcionadas pela oralidade, afirmando ser possível observar:

1. Que o processo oral reduz de dois terços, pelo menos, o número dos atos judiciais necessários num processo escrito; 2. Que, seja pela simplificação dos atos, seja pela concentração dos meios de instrução numa audiência, acaba por desaparecer a matéria de numerosas questões alimentadas pelo formalismo do processo escrito, com a conseqüente diminuição de incidentes, impugnações e sentenças; 3. Que a proibição de impugnar as interlocutórias em separado do mérito reduz também notavelmente as causas de recurso; 4. Que a obrigação de resolver os incidentes na audiência, precedendo imediatamente ao conhecimento da questão principal, suprime a ingente quantidade de causas autônomas, quando não passam de diferentes controvérsias pertinentes a uma causa única. (CHIOVENDA, 1965, p. 59-60)

Por fim, aduz que a oralidade e a concentração processual são princípios relacionados com os poderes do juiz, razão pela qual se mostra necessário assegurar-lhe uma posição que o torne partícipe ativo na relação processual, sendo essencial que seja capacitado para dirigir convenientemente a lide e conduzi-la a uma decisão correta com a maior celeridade compatível com o processo. Destarte, o exercício de tais poderes somente é possível no processo oral, tendo em vista que apenas este permite o contato contínuo e imediato do juiz com as partes e seus representantes.

Assim, Chiovenda enfatiza que uma correta aplicação do princípio da oralidade no âmbito do processo civil traz como benefício a prestação de uma tutela efetiva, já que o contato mais direto entre parte e juiz permite a este ter um conhecimento maior acerca do caso. Além disso, faz com que a tutela seja mais ágil, reduzindo-se a duração do processo, pois possibilita a abreviação dos atos.

O princípio da oralidade no processo civil alemão

É possível afirmar, de forma genérica, que o processo civil romano era caracterizado pela oralidade. Todo o rito se dava por fórmulas orais, em que pese acompanhadas de um formalismo oral e gestual, razão pela qual posteriormente, quando da incorporação de atos escritos, verificou-se um abrandamento do formalismo (CARDOSO, 2013, p. 254-258). O processo romano se mostrou essencialmente oral em razão da função que nele se atribuía à prova, que se destinava à formação do livre convencimento do juiz, baseado na imediata observação dos elementos de sua cognição (CHIOVENDA, 1965, p. 46).

O antigo processo germânico era também oral, mas por razões inteiramente exteriores (o desconhecimento da escrita pelos povos), tendo, posterior e gradualmente se transformado de oral em escrito por influência do caráter formal da prova germânica⁵ e do sistema da prova legal que dela se originou (CHIOVENDA, 1965, p. 46-47).

Diante disso, o processo ordinário do direito comum, a partir do século XVIII passou por uma reação no sentido da restauração da oralidade (CHIOVENDA, 1965, p. 46-47), discutindo-se na Alemanha a imposição das leis napoleônicas, especialmente o *Code de Procédure Civile*, tendo em vista que o processo francês se apresentava simples, flexível, célere e apoiado na oralidade e na publicidade (CARDOSO, 2013, p. 261; CHIOVENDA, 1965, p. 49).

Adiante, foi principalmente através de obras dos processualistas civis alemães que se deu a propagação da oralidade para o campo do processo civil, em meados do século XIX, chegando à publicação da *Zivilprozessordnung* em 1877, inspirada no princípio da oralidade⁶. Tal obra influenciou profundamente legislações posteriores, afirmando Chiovenda que quase todos os Estados europeus chegaram a incluir o princípio da oralidade em suas codificações (CHIOVENDA, 1965, p. 49)⁷.

Dessa maneira, verifica-se que, no processo civil alemão, a partir de 1877 e nos dias atuais, não se discute mais se o procedimento deve ser todo oral ou completamente por escrito, mas quais fases devem ser realizadas oralmente ou não (COSTA, 2013), como se

⁵ A partir do século XII deu-se um aumento da formalidade no processo germânico; não havia oralidade ou concentração de atos, a oitiva das testemunhas era sigilosa e não havia contato imediato do juiz com as partes, pois o sistema escrito rígido vedava que as partes se manifestassem oralmente em qualquer ato (CARDOSO, 2013, p. 260 *apud* CAMPITELLI, 1987, p. 94-95; OLIVEIRA, 2003, p. 27).

⁶ "Naturalmente, a realização do princípio da oralidade comportava um abandono radical do velho sistema, ou seja, do denominado 'processo comum', e isso significava evidentemente uma profunda ruptura daquela unidade que havia nascido nos séculos da Idade Média e que, pelo menos em parte, havia sobrevivido ao longo do século XVIII. Mas posto que o século passado foi um século predominantemente inspirado, pelo menos na Europa, em movimentos ideológicos e políticos nacionais e nacionalistas, a ruptura daquela unidade correspondia perfeitamente à tendência dominante na ideologia e na política da época" (CAPPELLETTI, 2001, p. 44).

⁷ No mesmo sentido BARBOSA MOREIRA, 1989: "A partir de certo momento, generalizam-se, no mundo processual europeu, anseios e propostas renovadoras, em boa medida uniformemente orientadas. Apregoam-se as vantagens da oralidade, reclama-se maior concentração no procedimento, quer-se do juiz participação mais ativa na direção do processo".

observa no § 128 da ZPO⁸, que aborda o princípio da oralidade (*Grundsatz der Mündlichkeit*) bem como os procedimentos por escrito (*schriftliches Verfahren*).

Assim, o processo civil alemão confere relevância ao princípio da oralidade, instituindo-o nas audiências preparatórias e nos processos de pequena complexidade, mantendo o procedimento escrito nas demais fases e nos processos de maior complexidade (COSTA, 2013). Com relação ao processo preparatório, concedeu-se ao juiz a possibilidade de escolha, se será predominantemente oral ou escrito, conforme o § 272 da ZPO:

§ 272 Determinação da forma do procedimento

- (1) Como regra, o litígio deve iniciar e terminar em uma audiência principal (*Haupttermin*), preparada para esse fim.
- (2) O juiz presidente deve optar por realizar uma audiência inicial (*frühen ersten Termin*) para ouvir os argumentos (§ 275) ou conduzir os procedimentos por escrito (§ 276).
- (3) As audiências de conciliação e de instrução devem ocorrer no menor tempo possível.
- (4) As ações de despejo são prioritárias e devem ser executadas com agilidade⁹ (tradução livre).

Assim, se o juiz optar pelo processo preparatório oral, deve determinar uma data próxima para a realização da audiência oral, podendo concitar o réu a responder aos termos da ação dentro de um prazo determinado. Se ambas as partes comparecerem à *frühen ersten Termin*, terá lugar uma audiência com contraditório, na qual o processo já poderá ter seu encerramento. Não havendo a composição, deve o juízo preparar e realizar a audiência principal (*Haupttermin*)¹⁰. Em caso de procedimento preparatório escrito, o réu terá o prazo de duas semanas para manifestar a intenção de se defender e, após mais duas semanas,

⁸ "§ 128 Grundsatz der Mündlichkeit; schriftliches Verfahren

- (1) Die Parteien verhandeln über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich.
- (2) Mit Zustimmung der Parteien, die nur bei einer wesentlichen Änderung der Prozesslage widerruflich ist, kann das Gericht eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung treffen. Es bestimmt alsbald den Zeitpunkt, bis zu dem Schriftsätze eingereicht werden können, und den Termin zur Verkündung der Entscheidung. Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ist unzulässig, wenn seit der Zustimmung der Parteien mehr als drei Monate verstrichen sind".
- (3) Ist nur noch über die Kosten zu entscheiden, kann die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergehen.
- (4) Entscheidungen des Gerichts, die nicht Urteile sind, können ohne mündliche Verhandlung ergehen, soweit nichts anderes bestimmt ist".

⁹ "§ 272 Bestimmung der Verfahrensweise

- (1) Der Rechtsstreit ist in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung (*Haupttermin*) zu erledigen.
- (2) Der Vorsitzende bestimmt entweder einen frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung (§ 275) oder veranlasst ein schriftliches Vorverfahren (§ 276).
- (3) Die Güteverhandlung und die mündliche Verhandlung sollen so früh wie möglich stattfinden.
- (4) Räumungssachen sind vorrangig und beschleunigt durchzuführen".

¹⁰ "O processo civil alemão determina uma vasta audiência preliminar de preparação justamente no intuito de ter um processo passível de decisão já na audiência principal. Sendo assim, o legislador alemão segue o princípio da concentração e busca uma audiência única. O §272 I do ZPO afirma que a disputa deve ser realizada normalmente em uma única data para uma audiência completa, ou seja, uma audiência abrangente, uma audiência única" (GOMES, p. 9).

apresentar sua contestação. Caso não apresente, decidirá o juiz sem a realização da audiência oral, baseando-se unicamente na petição inicial (FASCHING, 1985, p. 4).

Segundo Cappelletti, no processo alemão tem-se uma audiência principal que é a parte central e fundamental do processo, na qual o juiz ou colegiado tem contato imediato e direto com as partes, advogados e testemunhas, e aumentam os poderes do juiz na direção formal do processo (CAPPELLETTI, 2001, p. 45-46).

Todavia, sempre visando maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional, a ZPO passou por diversas reformas ao longo dos anos, tendo instituído, além da possibilidade de realização da *frühen erste Termin* e da *Haupttermin*, audiências de mediação e conciliação pré-processuais.

Acerca disso, autorizou-se, em 1999, que os estados alemães (*Bundesländer*) impusessem uma mediação pré-processual obrigatória perante os tribunais de pequenas causas (*Amtsgerichte*) em ações de cobrança de valor inferior a 750 euros em alguns casos, como os que envolvem direitos de vizinhança, tendo 8 de 16 *Bundesländer* adotado essa medida (IURA, 2012, p. 91). No entanto, esta não foi a primeira vez que o legislador alemão buscou uma conciliação obrigatória, tendo a reforma processual de 1924, inspirada em elementos da ZPO austríaca de 1895, introduzido na Alemanha a conciliação obrigatória, abolida em 1950 em razão de seu insucesso (IURA, 2012, p. 92 *apud* WALTER, 2002, p. 796).

Em 2001, foram implementadas novas reformas na ZPO alemã que introduziram a obrigatoriedade de uma tentativa de conciliação (*Güteverhandlung*) a ser realizada antes de qualquer audiência¹¹, salvo se o juiz considerar que tal ato restará infrutífero, visando aumentar os percentuais de conciliação (IURA, 2012, p. 94). Passa então a ser dever do juiz a busca por uma solução amigável do conflito, devendo buscar a conciliação em todas as fases do procedimento: "O juiz, em todas as situações durante o procedimento, deve agir buscando uma resolução amigável do litígio ou de questões individuais nele tratadas" (ZPO, § 278(1)¹², tradução livre).

Dessa forma, a partir dos exemplos apresentados, verifica-se que o princípio da oralidade, amplamente adotado no processo civil alemão (sem a necessidade de extirpar a existência de procedimentos escritos), mesmo encontrando problemas em sua aplicação prática, permanece sendo visto como um verdadeiro e importante instrumento na incessante busca pela celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

¹¹ Que sofreram duras críticas da doutrina, argumentando-se que pouco são os ganhos com a obrigatoriedade da conciliação, em prejuízo da flexibilidade do procedimento. Ademais, o caráter obrigatório da *Güteverhandlung* aparenta conflitar com a voluntariedade característica da autocomposição de litígios, sustentando-se que o direito do cidadão a um julgamento justo não pode ser ameaçado por pressões econômicas, processuais e judiciais a compelir o jurisdicionado a um acordo indesejado: IURA, 2012, p. 95 *apud* MURRAY; STÜRNER, p. 248; RÜHL, p. 914.

¹² "§ 278(1) Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein".

O princípio da oralidade no processo civil brasileiro

A inserção do princípio nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973

Como consequência direta da colonização portuguesa, o processo civil brasileiro surgiu influenciado pelos elementos romano e germânico, como um processo escrito que mantinha o juiz distante da instrução (CARDOSO, 2013, p. 263-264). A predominância do procedimento escrito também ocorreu no Regulamento 737, de 1850, e na maioria dos códigos estaduais de processo, cuja criação foi autorizada pela Constituição brasileira de 1891.

Assim, com a Constituição de 1934 a União passou a ter competência privativa para legislar sobre direito processual, tendo sido promulgado o primeiro Código de Processo Civil brasileiro no ano de 1939 (CARDOSO, 2013, p. 269). Trata-se de lei profundamente inovadora e que objetivou implantar um modelo de processo pautado pelos princípios da oralidade, da concentração, da imediação, da participação ativa do juiz, e nessa medida exibia a marca de ideias nutridas e trabalhadas em países de língua alemã (BARBOSA MOREIRA, 1989).

Baseando-se em diversos ordenamentos jurídicos europeus, o CPC de 1939 seguiu a doutrina de Chiovenda e adotou um processo oral, o que foi proclamado solenemente em sua Exposição de Motivos. Desse modo, a oralidade foi defendida como parte indispensável do sistema.

O Código de 1939 previa a fixação dos pontos controversos para serem debatidos oralmente em audiência (art. 269) e adotou os princípios da identidade física do juiz (art. 120, parágrafo único), da publicidade dos atos processuais (art. 5º), a não interrupção da audiência, os debates orais e a sentença proferida em audiência (arts. 270/271). Por outro lado, a petição inicial, a contestação e a reconvenção deveriam ser obrigatoriamente escritas (arts. 158, 160 e 190). (CARDOSO, 2013, p. 270)

Por outra via, o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11/01/1973, em vigor a partir de 01/11/1974), baseado em anteprojeto da autoria de Alfredo Buzaid, não adotou um procedimento essencialmente oral, trazendo em sua Exposição de Motivos uma preocupação com a oralidade e suas implicações¹³.

¹³ "II - Do Processo Oral: 13. **O projeto manteve, quanto ao processo oral, o sistema vigente, mitigando-lhe o rigor, a fim de atender a peculiaridades da extensão territorial do País.** O ideal seria atingir a oralidade em toda a sua pureza. Os elementos que a caracterizam são: *a*) a identidade da pessoa física do juiz, de modo que este dirija o processo desde o seu início até o julgamento; *b*) a concentração, isto é, que em uma ou em poucas audiências próximas se realize a produção das provas; *c*) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a cisão do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos; que devolvem ao Tribunal o julgamento da decisão impugnada. [...] Ocorre, porém, que o projeto, por amor aos princípios, não deve sacrificar as condições próprias da realidade nacional. O Código de Processo Civil se destina a servir ao Brasil. Atendendo a estas ponderações, **julgamos de bom aviso limitar o sistema de processo oral, não só no que toca ao princípio da identidade da pessoa física do juiz, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias.** [...]" (grifos nossos)

Nesse sentido, verifica-se a adoção, pelo Código, do processo oral com um rigor mitigado, razão pela qual há autores que sustentam a adoção de um procedimento misto¹⁴, combinando os dois procedimentos: a palavra escrita com sua predominância quantitativa, e a oralidade como meio de expressão de atos relevantes para a formação do convencimento do juiz (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 350).

Observa-se, então, a adoção do princípio da oralidade nos seguintes artigos: no art. 132¹⁵ do Código, ao concretizar a identidade física do juiz; no art. 446, II¹⁶, abordando a imediatidade; nos arts. 155 e 444¹⁷, que tratam da publicidade dos atos processuais e da audiência; no art. 331¹⁸, pois determina a realização da audiência preliminar conciliatória, com fixação dos pontos controvertidos; no art. 435¹⁹, acerca da oitiva do perito ou assistente técnico em audiência, para prestar esclarecimentos; e nos arts. 453/456²⁰, visto que prescrevem a regra de não interrupção da audiência, os debates orais e a sentença proferida em audiência (CARDOSO, 2013, p. 272).

Com isso, depreende-se que alguns dos subprincípios da oralidade sofreram redução na prática, quais sejam, a identidade física do juiz, a irrecurribilidade das decisões interlocutórias e a imprescindibilidade da audiência e debates orais, a exemplo dos arts. 132, 330²¹ e 522²² do CPC de 1973 (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 351). Isso porque tais dispositivos

¹⁴ Em sentido contrário CARDOSO, 2013, p. 272, para quem isso significa a adoção de um processo escrito.

¹⁵ Art. 132: "O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor".

¹⁶ Art. 446, II: "Compete ao juiz em especial [...] proceder direta e pessoalmente à colheita das provas".

¹⁷ Art. 155: "Os atos processuais são públicos" e art. 444: "A audiência será pública".

¹⁸ Art. 331: "Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir".

¹⁹ Art. 435: "A parte, que desejar esclarecimento do perito e do assistente técnico, requererá ao juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesitos".

²⁰ Art. 453: "A audiência poderá ser adiada: I - por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez; II - se não puderem comparecer, por motivo justificado, o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados [...]".

Art. 454: "Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz. [...] § 3o Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento".

Art. 455: "A audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo".

Art. 456: "Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias".

²¹ Art. 330: "O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência [...]".

²² Art. 522: "Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento".

possibilitavam, respectivamente, a substituição do juiz que presidiu a instrução; o julgamento antecipado da lide sem a produção de prova em audiência; e o cabimento de agravo retido ou de instrumento em face das decisões interlocutórias.

A oralidade no processo do trabalho e na Lei dos Juizados Especiais

O processo do trabalho surgiu com a intenção de romper com os modelos clássicos, estruturados para um processo essencialmente individualista e elitista, operando, para isso, importantes modificações em direção a um processo simples, acessível, rápido e econômico, permeado pela oralidade, pela publicização²³ e pela democratização (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 351).

Posto isto, tem-se que o princípio da oralidade possui papel essencial na Justiça do Trabalho. Conforme Schiavi, não obstante tal princípio seja próprio do processo civil, é no processo do trabalho que tem maior destaque, justamente por ser este um processo de audiência e de partes (SCHIAVI, 2016, p. 110).

Sob a ótica do processo do trabalho, o princípio da oralidade constitui um conjunto de regras destinadas a simplificar o procedimento, priorizando a palavra falada, concentração dos atos processuais, com um significativo aumento dos poderes do juiz na direção do processo, imprimindo maior celeridade ao procedimento e efetividade da jurisdição, destacando o caráter publicista do processo (SCHIAVI, 2016, p. 130).

Assim, a doutrina majoritária sintetiza-o em cinco subprincípios: a) identidade física do juiz; b) prevalência da palavra oral sobre a escrita; c) concentração dos atos processuais em audiência; d) imediatidade do juiz na colheita das provas; e e) irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Dois desses subprincípios são dignos de maior atenção: com relação à identidade física do juiz, salienta o autor que o TST manteve a Súmula n. 136 no sentido de sua não aplicabilidade no âmbito do processo do trabalho até setembro de 2012, quando se deu o seu cancelamento, e que a identidade física guarda grande importância na efetividade das decisões de primeiro grau e na melhoria da prestação jurisdicional trabalhista, uma vez que o juiz teve contato direto com as partes e testemunhas, tendo maiores possibilidades de avaliar a melhor prova (SCHIAVI, 2016, p. 131).

Acerca da concentração dos atos processuais, frisa o autor que os atos processuais devem ocorrer em momento único – na audiência uma, conforme o art. 849 da CLT. Nela, praticamente todos os atos do procedimento trabalhista são levados a efeito, havendo propostas de conciliação, apresentação de resposta, resolução de incidentes processuais, instrução e julgamento (SCHIAVI, 2016, p. 132). Isso traz benefícios como a celeridade no

²³ “Entende-se por publicização a atribuição ao juiz de maior poder de direção e controle; por democratização, quer a facilidade de admissão em juízo, quer a efetiva igualdade das partes, mediante a observância da paridade de armas entre elas”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 351)

procedimento e a economia dos atos, além da maior compreensão da dimensão do litígio pelo juiz.

Imperioso destacar lição de Souto Maior acerca da efetividade do processo do trabalho:

A constatação é a de que o direito processual do trabalho brasileiro é composto por mecanismos técnicos eficientes para contribuir com a efetividade do direito material. Outros ordenamentos, como os da Itália, Espanha, Alemanha, França e Portugal, não possuem um procedimento tão simples e célere. É preciso apenas que se o aplique na forma como foi pensado e positivado (SOUTO MAIOR, 1998).

Por outra senda, a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995) também estabelece, logo em seu art. 2º, que *"o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação"*, sendo a oralidade, portanto, uma de suas marcas.

Nesse sentido, o processo das pequenas causas, estendido também ao âmbito penal, tornou-se obrigatório para os Estados e o Distrito Federal pela Constituição Federal de 1988²⁴ (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 351). Nos Juizados Especiais, a oralidade incide desde o pedido inicial até o cumprimento da decisão, ressalvada a forma escrita para os atos considerados essenciais; e é permitida a gravação das audiências, com a documentação limitada ao que for reputado essencial para o processo, nos termos do art. 13, § 3º da Lei²⁵ (CARDOSO, 2013, p. 273).

A concentração dos atos foi positivada no art. 33 da Lei: *"todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias"*. Ademais, caso uma das partes apresente documentos novos em audiência, deve a parte contrária se manifestar sobre eles ainda durante a audiência, sem a interrupção do ato ou a concessão de prazo para impugnação, conforme o art. 29, par. único, da Lei²⁶ (CARDOSO, 2013, p. 274).

Com efeito, ambos os exemplos – o processo do trabalho e o procedimento sumaríssimo – consagram a aplicação do princípio da oralidade em sua completude e servem para demonstrar que este se encontra intrinsecamente ligado a uma maior celeridade e efetividade na prestação da tutela, como se vem buscando demonstrar durante todo este trabalho.

²⁴ Art. 98, I: "A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

²⁵ Art. 13, § 3º: "Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão".

²⁶ Art. 29, par. único: "Sobre os documentos apresentados por uma das partes, manifestar-se-á imediatamente a parte contrária, sem interrupção da audiência".

A proposta do Código de Processo Civil de 2015 e os métodos adequados de solução dos conflitos

O Código de Processo Civil atualmente em vigor apresenta característica procedimental essencialmente escrita. Contudo, isso não significa que deixou completamente de lado o procedimento oral, dada sua já consagrada importância. De fato, a visão da oralidade enquanto princípio norteador do processo civil, como explicitada no início deste trabalho, acabou por não ter recebido papel tão grande quanto nos Códigos anteriores ou mesmo na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais, tendo a abordagem da oralidade pelo diploma processual se mostrado de forma distinta, como se verá a seguir.

Há quem entenda que o aludido princípio foi adotado de forma mitigada no atual Código, a exemplo de Humberto Theodoro Junior, para quem

A oralidade, em nosso Código, foi adotada com mitigação, em face das peculiaridades da realidade brasileira e das restrições doutrinárias feitas ao rigorismo do princípio. A **identidade física do juiz**, que era restrita no Código anterior, nem sequer foi conservada pelo Código atual. Quanto ao julgamento da causa em audiência, o Código o adota como regra do procedimento comum, mas prevê casos em que, por economia processual, o julgamento se faz antecipadamente, sem necessidade sequer da audiência de instrução e julgamento (art. 355)²⁷. Quanto à **irrecorribilidade das decisões interlocutórias**, a orientação do Código foi totalmente contrária ao princípio da oralidade pura, pois admite o agravo de grande número de decisões proferidas ao longo do curso do processo (art. 1.015)²⁸, muito embora sem efeito suspensivo (art. 995)²⁹ (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 61-62, grifos nossos).

No entanto, verifica-se que a oralidade recebe um novo incremento com o advento do Código, tendo em vista que o caráter cooperativo³⁰ entre as partes e o juiz se consagrou como norma fundamental do processo, consoante o art. 6º: *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*, e nada contribui mais para a eficiência da cooperação do que o contato direto entre os sujeitos do processo (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 62).

²⁷ Art. 355: “O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349”.

²⁸ Art. 1.015: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei”.

²⁹ Art. 995: “Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”.

³⁰ Acerca da crescente importância da cooperação no processo civil alemão: GREGER, 2012, p. 123-133 in Revista de Processo, ano 37, vol. 206, abril/2012.

Dentro desse novo paradigma apresentado, importante notar que o CNJ, por meio da Resolução nº 125/2010, implementou uma política de solução consensual de conflitos, e o Código de Processo Civil de 2015 também traz esta orientação como norma fundamental, tendo criado, por exemplo, a audiência de mediação ou de conciliação do art. 334³¹, que possibilita um diálogo mais direto e aberto entre os sujeitos e pode dar fim ao processo. Acerca disso:

O novo Código de Processo Civil compreende a relevância desse contato humano entre os sujeitos do processo. Embora não adote em toda extensão histórica os predicamentos do princípio da oralidade idealizados por Klein e Chiovenda, por contingências da prestação jurisdicional factível em nosso tempo, **preconiza uma política procedimental que favorece sua humanização. É assim que, por exemplo, estimula a autocomposição do litígio (art. 3º, §§ 2º e 3º)³², instituindo uma audiência inicial voltada para a tentativa de obter a conciliação dos litigantes (art. 334)** (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 49, grifo nosso).

É seguro afirmar que o atual Código apresenta outra forma de visualizar o princípio da oralidade, em conjunto com a cooperação: como meio de assegurar aos sujeitos envolvidos no processo uma forma de praticar a autocomposição, por meio de métodos como a mediação e conciliação. Isto é, o processo civil, agora, passa a ter diversas formas de obtenção de uma tutela adequada e efetiva ao conflito, fenômeno que recebeu a denominação de “Justiça Multiportas” (ZANETI JR; NAVARRO XAVIER CABRAL, 2016, p. 7)³³.

³¹ Art. 334: “ Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte”.

³² Art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 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”.

³³ Para complementar: “A Justiça Multiportas aparece no CPC através de seus institutos mais conhecidos, a conciliação, a mediação e a arbitragem, mencionados em diversas passagens, deixando clara a sua intenção de incentivar uma nova postura de todos aqueles sujeitos envolvidos com a tutela dos direitos, inclusive

Nessa esteira, observa-se, por exemplo, que a mediação – judicial ou extrajudicial –, que teve sua lei reguladora (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) promulgada em seguida ao CPC de 2015, logo em seu art. 2º³⁴ traz a oralidade como um de seus princípios fundamentais³⁵. Este método adequado³⁶ de solução de controvérsias valoriza a comunicação entre as partes e tem como principal objetivo o restabelecimento do diálogo entre os sujeitos envolvidos. Sobre a oralidade na mediação, entendida de modo diferente da oralidade no processo civil:

A inserção da oralidade como aspecto fundamental da mediação e da conciliação visa incentivar que todas as tratativas sejam realizadas de forma oral. A oralidade seria, inclusive, uma forma de relacioná-la com o princípio da informalidade, que a diferencia da formalidade inerente ao processo civil estatal. Além disso, ainda teria por objetivo a aceleração do procedimento e a promoção da confidencialidade, registrando-se por escrito o mínimo possível (PEIXOTO, 2016, p. 102)³⁷.

Por conseguinte, cabe ressaltar ensinamento de Fredie Didier Jr., segundo o qual a solução consensual dos litígios “trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações” (DIDIER JR., 2015, p. 273).

Destarte, sem eliminar completamente a oralidade como princípio integrante do processo civil, o CPC de 2015 conferiu a ela outra roupagem e, conjuntamente à cooperação, uma importância ainda maior na busca por um processo justo – entendido como aquele capaz de prestar uma tutela adequada, efetiva e segura às partes, com economia e celeridade processual.

Conclusão

Diante de tudo que foi apresentado, constata-se a impossibilidade da eliminação completa dos atos escritos no processo civil, uma vez essenciais para se preservar a isonomia do resultado e a documentação do procedimento. Contudo, deve-se valorizar a realização de atos orais, em prol de maior celeridade e economia processual, como ocorre na Justiça do

os próprios consumidores da justiça, dos quais é exigida a cooperação, como na audiência obrigatória de conciliação e mediação, prevista no art. 334” (ZANETI JR; NAVARRO XAVIER CABRAL, 2016, p. 7).

³⁴ Art. 2º: “A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé”.

³⁵ Da mesma forma, insere o CPC tais princípios em seu art. 166: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

³⁶ Expressão abordada por MAZZEI; RUIS CHAGAS, 2016, p. 69.

³⁷ Também DIDIER JR., 2015, p. 278: “A oralidade e a informalidade orientam a mediação e conciliação. Ambas dão a este processo mais ‘leveza’, sem o ritual e a simbologia próprios da atuação jurisdicional. Mediador e conciliador devem comunicar-se em linguagem simples e acessível e não devem usar nenhum tipo de roupa solene. [...] Todos são aspectos cênicos importantes, pois permitem um diálogo mais franco, reforçando a oralidade e a informalidade”.

Trabalho e nos Juizados Especiais, ambos orientados pela oralidade. Ademais, no momento atual do processo civil brasileiro, principalmente em razão do forte sistema de incentivo aos métodos consensuais de solução de conflitos, verifica-se que os atos orais e a cooperação entre os sujeitos ganham importância redobrada.

Assim, com a breve análise acerca da experiência alemã e das modificações legislativas surgidas ao longo do tempo, bem como das mudanças ocorridas no processo civil pátrio, pode-se concluir que ambos, ao aplicar o princípio da oralidade, observaram a importância da participação do juiz no acompanhamento da colheita das provas. Além disso, viram na conciliação e na mediação formas de conferir efetividade e celeridade ao processo, ao mesmo tempo em que permitem a prestação de uma tutela pacificadora do conflito.

Dessa forma, seja visualizando o princípio da oralidade e seus subprincípios, seja aplicando formas autocompositivas de solução dos conflitos, compreende-se que a busca por uma decisão adequada e justa perpassa, necessariamente, pela oralidade.

Referências

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. Trecho de palestra proferida em 1989. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/09/revista9%20\(7\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/09/revista9%20(7).pdf)>. Acesso em: 16 set 2017.
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Zivilprozessordnung. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>>. Acesso em: 13 out 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil no direito comparado. Belo Horizonte: Líder, 2001.
- _____. Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. 2002. Disponível em: <https://www.academia.edu/6522484/MAURO_CAPPELLETTI_ACESSO_A_JUSTIÇA>. Acesso em 12 out 2017.
- CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. Revista de Processo, vol. 178/2009, p. 47-75.
- CARDOSO, Oscar Valente. A Oralidade (e a Escrita) no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em: <<seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/35687/29870>>. Acesso em: 16 set 2017.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil - Volume III. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965.
- CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: v. 1. 17ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno – v. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno – descrita à luz de alguns ordenamentos processuais centro-europeus. Revista de Processo, vol. 39/1985, p. 27-34.

- GOMES, Vinicius da Costa. Estudo comparado analítico e descritivo do processo jurisdicional da Alemanha e do Brasil. Artigo apresentado no XXII Encontro Nacional do CONPEDI/ UNINOVE, de 13 a 16 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aa8da3e60fb65cda>>. Acesso em: 16 set 2017.
- GREGGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual. Revista de Processo, ano 37, vol. 206/2012, p. 123-133.
- IURA, Alexandre Miura. Oralidade e Escrita no Processo Civil. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06062013-133608/>. Acesso em: 16 set 2017.
- MAZZEI, Rodrigo; RUIS CHAGAS, Barbara Seccato. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In Justiça Multiportas: Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação. In Justiça Multiportas: Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PLANALTO. Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 13 out 2017.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 out 2017.
- _____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 out 2017.
- _____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 out 2017.
- SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito processual do trabalho como instrumento de efetivação do direito material. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaiormaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/o_direito_processual_do_trabalho_como_instrumento_de_efetiva%C3%87%C3%83o_do_direito_material.pdf>. Acesso em: 12 out 2017.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Volume I. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ZANETI JR., Hermes; NAVARRO XAVIER CABRAL, Trícia. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução *adequada para conflitos*. Coleção grandes temas do novo CPC, v. 9. Salvador: JusPodivm, 2016.

A vinculação obrigatória (art. 927 do CPC) e a invocação discursiva (*distinguishing*) dos precedentes

Ricardo Chamon Ribeiro II¹

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 consagrou um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes, pelo qual, a partir da formação de provimentos vinculantes (art. 927), o Judiciário passa a não mais enfrentar todos os casos idênticos, elegendo um, no qual é proferida uma decisão supostamente hábil à solução dos demais, o que, de um lado, promete impor eficiência, estabilidade e racionalidade ao ordenamento jurídico, mas de outro, alerta para a necessidade que se sofisticue as técnicas de identificação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e de promoção de distinção (*distinguishing*), para que não se corra o risco de impor a solução jurídica do caso-precedente a um caso-atual diverso, caso em que, em vez de promover, denegar-se-á justiça.

Palavras-chave: Precedentes; Vinculação; Racionalidade; *Ratio decidendi*; *Distinguishing*.

Reagindo ao anacrônico sistema anterior² (privatista, patrimonialista, tendencialmente voltado à resolução individual de conflitos, que o país herdou, tardiamente, do Estado Liberal europeu, incorporando conceitos como de “jurisdição como atuação da vontade concreta da lei”³ e de que o juiz cria a norma individual para o caso concreto relacionando-se com a tese da “justa composição da lide”⁴, que emolduraram o Código de Processo Civil de 1973 – CPC/1973)⁵, o Código de Processo Civil de 2015 – CPC, buscou, sobretudo, resolver

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Organizador e membro do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) – Caso Rio Doce” da Universidade Federal do Espírito Santo, UFES, liderado pelo Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado. E-mail: ricardo_chamon@hotmail.com.

² Antiquado, herdado do modelo de Estado Liberal, em que imperou a hegemonia da Lei, ou a “tirania do Legislativo” (nas palavras de Mauro Cappelletti, 2001, p. 272) que, embora sejam inegáveis os benefícios que proporcionou à época em que foi implementada na Europa (segunda metade do século XIX, como freio ao regime absolutista antecessor) não foi o mais adequado para o Brasil no final do século XX.

³ Conceito de Giuseppe Chiovenda (2000, p. 55).

⁴ CARNELUTTI, 1959, p. 40).

⁵ O CPC/1973 consagrou, de forma tardia, os ideais conquistados pela Revolução Francesa, cuja bandeira era a defesa da supremacia da lei – outorgando à jurisprudência papel secundário e vedando aos juízes a interpretação da lei – resultado de um projeto cultural de superação ao particularismo jurídico (interpretatio) e da promoção da segurança jurídica somente pelo Legislador. Mesmo fugindo ao escopo do presente estudo, vale lembrar que também o Estado Liberal foi resultado de uma rejeição ao período que antecedeu, a complexidade das fontes imprimiam fragmentação e insegurança jurídica ao direito. O poder estava concentrado nas mãos dos juízes (que o praticavam através da interpretatio). A codificação por Luiz XIV (Code Luis) teve, antes de tudo, viés essencialmente político, objetivando

problemas práticos de que o direito brasileiro padece; em especial, o enfado do Poder Judiciário (que se encontra asfixiado pelo número de suas tramitações, trabalhando muito acima de sua capacidade) e a falta de isonomia nas decisões de casos análogos. O direito não comporta mais o particularismo jurídico⁶, nem a disparidade⁷ de decisões para casos isomórficos⁸ e, por outro lado, tem a função contemporânea de prover meios de conter a explosão de litigiosidade, irradiada desde o final da década de 90⁹.

Seguindo a tendência global de convergência entre perspectivas de *civil law* e *common law* (ZANETI JÚNIOR, 2014), a opção legislativa, jungindo o discurso dos recursos com o dos precedentes, foi criar provimentos vinculantes, pelos quais, mediante julgamentos por amostragens, o Judiciário passa a não mais enfrentar todos os casos idênticos, elegendo uma causa, na qual é proferida uma decisão, hábil à solução das demais.

Esse propósito foi diluído em algumas frentes do CPC, como, por exemplo, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, previsto no art. 976 e seguintes, o robustecimento ao regime dos recursos repetitivos – REER (arts. 1.036 e 1.037) e a implementação de um modelo formalmente vinculante de precedentes.

Atendo-se aos precedentes, o art. 927 enumera algumas metodologias que, se observadas, terão condão de gerar precedente para os casos futuros. O objetivo é que, através desses julgamentos, haja uma facilitação para a Justiça em geral, porque, se procedido corretamente, o instituto cuidará de impor estabilidade e racionalidade ao

atrair a concentração do poder e, para tanto, limitando a fragmentação do direito (e, por consequência, o poder dos juízes). Nessa fase imperava a máxima *tout justice émane du roi*, dando lugar à ficção de que seria possível aos juízes simplesmente declarar a norma pré-existente. Acompanhando, surge um movimento paralelo nas universidades, de codificação racional do ordenamento jurídico, com o objetivo de identificação e, conseqüentemente, aplicação lógico-dedutiva do direito (essa fase marcou-se da passagem da *interpretatio* à *interprétation*). O resultado disso foi a *Révolution* instituiu um novo significado para a “lei”, que agora passou a ser vista não somente como vontade geral do povo, mas como meio de comunicação entre o povo e o Soberano (ou seja, era oriunda de um contrato-social). A “jurisprudência”, nessa fase, era o mais odioso dos conceitos (MITIDIERO, 2017, p. 42-53).

⁶ “A mudança de paradigma consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior (precedentes persuasivos) para assumir o papel normativo dos precedentes atuais (precedentes vinculantes). A finalidade dessa mudança está em assegurar racionalidade ao direito e, ao mesmo tempo, reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo judicial” (ZANETI JR., 2016, p. 1.311).

⁷ A situação de inconstitucionalidade advinda do tratamento dispare em processos individuais parecia não ser tão grave – razão que talvez tenha motivado a inércia reativa da comunidade jurídica por tanto tempo. Com as ações de massa, porém, (*v.g.*, recursos extraordinário e especial repetitivos), grandes grupos de jurisdicionados passaram a se expor a tratamentos desiguais, especialmente porque os tribunais de segundo grau não se curvavam à jurisprudência dos tribunais superiores e esses – notadamente o Superior Tribunal de Justiça – não se mostraram capazes de construir uma jurisprudência estável e uniforme *interna corporis*. Isso instalou no Brasil uma total precariedade no que diz respeito à previsibilidade das decisões judiciais, que por consequência imprimiu ao Poder Judiciário uma forte insegurança.

⁸ É que na vigência do CPC/1973 era comum haver pronunciamentos judiciais antagônicos sobre o mesmo tema, dentro de um mesmo fórum ou tribunal, o que imprimia uma desmedida insegurança jurídica. Para ilustrar esse quadro, basta lembrar o enorme leque de questões não pacificadas pelos próprios tribunais superiores, como por exemplo, a abrangência da coisa julgada nas ações coletivas ou o prazo da rescisória diante da coisa julgada progressiva.

⁹ Além da cultura altamente litigiosa, a jurisdição, no Brasil, exerce uma função que em outros países é praticamente acidental (porque o Legislativo e Executivo cumprem suas pautas em geral), qual seja, de controlar os demais poderes.

sistema decisório, contribuirá para desabarrotar o Poder Judiciário e, ainda, facilitará o trabalho dos profissionais da área.

O que pode ser um bálsamo, contudo, se não for bem dogmatizado, poderá fazer naufragar os avanços pretendidos pelo CPC. É necessário rigor, tanto na formação como na aplicação dos precedentes, para que não se crie um falso mito de que as decisões proferidas através das metodologias estabelecidas pelo Código (o incidente de assunção de competência - IAC, o IRDR e o REER) são, *per se*, adequadas e por isso deveriam ser seguidas mecanicamente, o que além de não ser verdade, pode transtornar a tutela justa de direitos, por exemplo, se tomada em conta a proporção do dano que a utilização ilegítima dos arts. 332 e 1.030, I (que autorizam o julgamento liminar improcedente e a negativa, de plano, de seguimento a recurso que contrariar as decisões que formalmente formam precedentes) pode oferecer.

A imbricação entre os institutos listados no art. 927 e os precedentes não pode ser meramente formal. A vinculação obrigatória reclama um ônus argumentativo proficiente, repudiando a velha e sedutora prática de invocação de ementas para tentar persuadir o julgamento atual. Deve haver, mais do que nunca, uma sofisticação nos meios de promover a distinção (*distinguishing*), para que a justiça do caso não seja denegada.

Se é verdade que não há como resistir à evolução do direito¹⁰, não menos imprescindível é a racionalidade que o modo de operação dos precedentes vinculantes deve carregar, para que não se corra o risco de que a solução esboçada acabe por denegar a justiça. O clamor pela justiça tempestiva e efetiva não pode abafar a necessidade de que também seja adequada. Os precedentes não podem ser manejados meramente para ceder às pressões pelo desafogo do Judiciário¹¹, sob pena de se admitir que o CPC, articulado para o alcance de um processo justo, viabilize a proliferação de decisões ainda mais arbitrárias. O código teve como uma de suas linhas mestras o combate à "jurisprudência defensiva"¹². Admitindo o manejo indiscriminado do precedente, paradoxalmente, se terá criado um instrumento que pode esvaziar o direito em proporção muito maior, ante sua essência universal e replicável

¹⁰ Não há mais espaço para irresignação sob mitificados argumentos de que o modelo obrigatório de precedentes só seria compatível com sistemas de menor conteúdo legislado ou naqueles em que o direito é criado pelos juízes. O impacto do constitucionalismo no civil law, aferível pelo "emprego cada vez mais difundido das cláusulas gerais e da evolução da teoria da interpretação eliminaram as pretensões do positivismo logicista [...]"(MARINONI, 2016, p. 13 e 15). Desde os Novecentos o direito transformou-se de algo totalmente determinado a duplamente indeterminável (texto equívoco e norma vaga), sendo imprescindível a interpretação - o que provocou um diálogo entre Civil law e Common law (interpenetração das tradições).

¹¹ Lenio Streck e Georges Abboud descrevem esse cenário como uma ânsia para remediar uma "febre eficaz quantitativa", esquecendo-se da qualidade e focando-se cegamente às metas numéricas. Os autores metaforizam a situação, comparando ao quadro proposto por Adouls Huxley em Admirável mundo novo, concluindo que os anseios padronizantes da sociedade refletiram negativamente no Judiciário, sendo uma distopia a materialização de um modelo jurídico fundado na estabilidade e na eficiência em detrimento de uma supressão da constitucionalidade e qualidade (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 10-12).

¹² Contraditoriamente, por muito tempo, formalidades do processo vinham sendo utilizadas como subterfúgio para não conhecer o mérito, invertendo a lógica e destoando das aclamadas instrumentalidade e efetividade processuais, o que foi alvo de combate veemente pelo CPC.

(MITIDIÉRO, 2017, p. 65) - que dispensará, para a vinculação, a análise acerca da qualidade das razões, se boas ou más - e seu dilatado espectro material, visto que o precedente poderá versar sobre qualquer questão de direito material ou processual (podendo ser formado, por exemplo, sobre interesses coletivos, o que potencializa ainda mais seus efeitos).

Nesse desiderato, a teorização dos precedentes urge ser acompanhada de uma teoria da interpretação bem firme, especialmente porque o direito é indeterminado (os textos são vazados equivocadamente e as normas são vagas). Como arma para combater tal indeterminação e promover uma ordem jurídica pautada na liberdade e igualdade, a interpretação do precedente deve ocorrer de forma racional, isto é, impondo que a atividade do intérprete seja justificada e o seu resultado, coerente e universalizável (MITIDIÉRO, 2017, p. 61). Só assim haverá meio eficaz de controle da fundamentação das decisões judiciais (ZANETI Jr., 2017, p. 163). Sendo atividade lógico-argumentativa, a justificação da interpretação deve corresponder interna (é mister que o dispositivo decorra logicamente da fundamentação que, por sua vez, contemple todos os fundamentos invocados pelas partes) e externamente (no que concerne às escolhas de premissas adequadas empregadas na decisão, como por exemplo, a invocação de normas jurídicas, doutrinas etc.), confluindo num resultado coerente (isto é, que possa ser reconduzido harmonicamente ao conjunto estruturante do ordenamento, preocupando-se com a hierarquia e unidade das normas) e universal (que reúna condições para ser replicável para os casos futuros idênticos ou semelhantes; MITIDIÉRO, 2017, p. 62-65). Não é demais lembrar que o julgamento do caso-precedente não carrega apenas o objetivo de resolução da questão levantada pelas partes, assumindo função essencialmente pública, na medida em que servirá como paradigma para os casos futuros, o que justifica a necessidade de se estimular o debate acerca das questões que formarão os fundamentos determinantes de forma mais intensa possível, visando o esgotamento cognitivo das questões interpretativas, para que se tenha um precedente mais seguro, racional e coerente.

Tomado por essa cautela, o CPC forjou um núcleo essencial para que a atividade de formação, aplicação e superação dos precedentes se revista de racionalidade e segurança. Os arts. 489, § 1º, V e VI, 926 e 927 sintetizam o modelo e, observadas as formalidades, o julgamento se tornará universalizável e replicável, vinculando não somente o próprio tribunal (vinculação horizontal), como também os inferiores (vinculação vertical; ZANETI Jr., 2017, p. 378-381). Por isso, para que o julgamento de um caso seja tido como precedente, não basta que apenas os requisitos formais sejam preenchidos, sendo imprescindível o alcance da dimensão material. Nesse propósito, o art. 489, § 1º, V e VI condiciona a aplicação de um precedente à identificação, pelo juiz, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*)¹³

¹³ O professor Hermes Zaneti Jr. define o conceito da *ratio decidendi* como sendo "o core do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso precedente (*material facts* somados à solução jurídica dada par ao caso) (ZANETI Jr., 2017, p. 328-330), conceito que parece amoldar-se ao de Rupert Cross e J. W. Harris: "Starting the assumption that the ratio decidendi is a general rule without which a case must have been decided otherwise, [...]" (CROSS; HARRIS, 1991, p. 52). Lênio Streck e Georges Abboud são menos restritivos: "[...] é possível de dizer que, tradicionalmente, ela [*ratio decidendi*] configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto" (STRECK; ABBOUD, 2016, p. 47). Sem pretensão de consenso, parece adequado entender a *ratio*

do caso-precedente (*precedente case*), concluindo se o caso-atual (*instant case*; SCHAUER, 2009, P. 38) se amolda ou não àqueles limites. Em outras palavras, é impositivo destacar a identificação da *ratio decidendi* do caso-precedente como passo anterior e essencial à constatação casuística da aplicação, distinção ou superação.

Isso significa, por outro lado, que para identificar os fundamentos determinantes de modo consciente, é condicionante que a ponderação do caso-precedente ocorra à luz das razões fáticas que ensejaram o julgamento: a formulação da tese jurídica deve estar, necessariamente, ancorada à questão fática que o a motivou "(unicidade fato-direito; ZANETI Jr., p. 373)". Pierluigi Chiassoni (2000, p. 18) adverte que, caso os fundamentos determinantes sejam encarados isoladamente, deixarão de ser *ratio decidendi*, uma vez que ela deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso-concreto) que ela solucionou. Michele Taruffo, no mesmo sentido, defende que do ponto de vista qualitativo, os precedentes não são compreendidos a partir de fórmulas abstratas de direitos, mas sim a partir dos fatos, da relação entre fatos e direito, como regras, portanto, concretas, através de uma análise comparativa dos fatos da causa e que se aplica o caso-precedente ao caso-atual (TARUFFO, 2007, p. 11-20). O precedente não pode ser meramente um "procedimento-modelo", uma tese formulada genericamente. É essencial que sua análise (tanto na formação como na aplicação) seja sempre temperada à luz das situações fáticas que resultaram sua formulação.

Não se pode esquecer que o precedente é resultado de um julgamento sobre uma questão de direito, acerca da qual se suscitou uma dúvida interpretativa¹⁴, que justificará a reconstrução da norma. Bem identificada a dúvida, a questão é posta em exame, para que então se proceda a interpretação operativa (FERRAJOLI, 1966, p. 290-304), atribuindo um novo sentido à norma e devolvendo ao ordenamento um conteúdo reconstruído. Tal concepção decorre exatamente da função adscritiva da interpretação e da necessidade de se densificar a segurança jurídica (tratamento isonômico a questões análogas), levando em consideração a conjunção de trabalhos do legislador, doutrinadores e juízes (ZANETI JR., 2017, p. 79). Sem a reconstrução da norma pelo juiz, "não se pode falar em precedente" porque, nesse caso, "o que vincula é a própria lei, não o precedente" (ZANETI Jr., 2017, p. 165). Vale dizer, a interpretação operativa se distingue da interpretação doutrinária exatamente porque essa última ocorre abstratamente, ao passo que a primeira, à luz de um caso "concreto e está relacionada à aplicação do direito aos fatos" (ZANETI Jr., 2017, p. 165-166). Para se falar em precedente, a interpretação deve, necessariamente, inovar no ordenamento jurídico, excluindo-se a mera aplicação da lei que não for controvertida, "ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei", bem como a decisão que cite uma outra decisão, anterior, sem fazer qualquer especificação nova

decidendi como a parcela fundamental, de peso, da decisão; é a parte que dá o tom, induz o sentido, do precedente e que, caso seja modificado, também o precedente não terá mais sentido.

¹⁴ Expressão cunhada por Jerzy Wróblewski, para descrever as situações que se fazem necessária a prolação de uma decisão interpretativa (WRÓBLEWSKI, 1971, p. 413).

ao caso (porque nesse caso, a vinculação ocorrerá do precedente anterior e não do que o repetiu; ZANETI Jr., 2017, p. 333).

A interpretação operativa ocorre, portanto, a partir de um julgamento colegiado, em que o debate deve ser exaustivo para que o resultado ganhe força de precedente. Como foi dito, o julgamento pelas Cortes que formam precedentes não pode mais ser encarado sob o enfoque individualista, até porque a função do precedente é pública e *panprocessual* (ARENHART, 2015), devendo buscar o enfrentamento mais analítico possível, tendo sempre presente que o julgamento do recurso, enquanto solução da lide atual, fica em segundo plano. O debate deve ser incitado para “o aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas e consequente elaboração do precedente” (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2017, p. 654).

Por isso, do julgamento colegiado é necessária a convergência de fundamentos determinantes, ou seja, a maioria de fundamentos. A *ratio decidendi*¹⁵ só será formada quando dentro de uma decisão, acerca de determinada questão, os fundamentos forem compartilhados pela maioria¹⁶. Somente assim haverá segurança de que aquela questão foi analítica e racionalmente enfrentada, não sob a preocupação de resolução do caso apenas, mas focado na replicação futura. É oportuno, nesse ponto, distinguir a *maioria quanto aos fundamentos* que determinam o resultado (convergência de fundamentos que, como se expôs, é determinante para formar o precedente) com a *maioria em relação ao resultado ou ao provimento do recurso*, que não necessariamente forma precedente. A ideia da exigência do colegiado está diretamente ligada à necessidade de densificação do debate e racionalidade da decisão e o julgamento por maioria, por si só, não presume isso. Como bem ilustram Marinoni, Mitidiero e Arenhart, “é possível que num colegiado composto por cinco julgadores, existam três votos favoráveis ao provimento do recurso à fixação de determinada interpretação, mas apenas dois compartilhem o mesmo fundamento, ou estejam de acordo em firmar determinado entendimento, capaz de ser expresso em razões determinantes” (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2017, p. 654).

Uma outra ameaça ao modelo de precedentes formalmente vinculantes, é a reiterada confusão entre o precedente e o texto pelo qual é exteriorizado. Ementa, texto de tese, dispositivo, súmula ou qualquer outro veículo que resuma a decisão não é o precedente; simplesmente simboliza o conteúdo do julgamento que está por trás daquelas poucas linhas. Tem função meramente catalográfica. Para que haja consideração do precedente, é imprescindível o conhecimento do inteiro teor dos votos da decisão, para que sejam consideradas as razões que ensejaram o resultado que, na maioria das vezes, não estão

¹⁵ “Uma *ratio decidendi*, enquanto significado que revela o sentido de um texto legal ou mesmo constitui regra editada pela Corte para resolver um caso, só pode ser formada pela maioria do colegiado” (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2017, p. 656).

¹⁶ Esse entendimento, inclusive, motivou o verbete do Enunciado n. 317 do Fórum Permanente de Processualista Cívica – FPPC, que dispõe: “(art. 927). O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado” (Grupo: Precedentes).

expostos no verbete. Embora pareça óbvia, essa ressalva é bem pertinente, porque na vigência processual anterior predominava a inadequada recorrência à “jurisprudência”, que além de meramente persuasiva, não se preocupava em identificar os fundamentos determinantes para sua aplicação. Não havia ponderação acerca da convergência dos fundamentos, até porque a coisa julgada só acobertava o resultado. A proposta do sistema em vigor é diametralmente oposta, pelo que a antiga postura deve ser combatida.

Em suma, “precedentes são as razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão, devidamente precisadas do ponto de vista fático-jurídico, obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou maioria de um colegiado [...]” (MITIDIERO, 2017, p. 89-90). “Precedente” é um conceito *qualitativo* (depende da qualidade das razões invocadas para a justificação da questão decidida – que decorre tanto da identificação da *ratio decidendi*, diferenciando-a do *obiter dictum*¹⁷, como da observância da convergência dos fundamentos), *material* (porque decorre da exata delimitação de um caso concreto – não admitindo teses abstratas) e *funcional* (porque sua autoridade depende da função do órgão jurisdicional que o profere; MITIDIERO, 2017, p. 90-92).

Por isso, tão importante quanto a implementação de um sistema de precedentes é o reconhecimento do que, de fato, o configura para que esteja à disposição do jurisdicionado, também, o dimensionamento de uma técnica bem definida de distinção e com isso se tenha a oportunidade de demonstrar que seu caso se diferencia dos precedentes que gravitam em torno da matéria nele tratada (NUNES, 2016, p. 302).

Somente assim será possível sua invocação discursiva pelos tribunais. Dierle Nunes, nesse sentido, firma o *distinguishing* como condição para a consolidação de uma teoria de precedentes:

4.º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis vertical*): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (“comparação de casos”): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como *v.g.* as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos (2014, p. 68).

Os padrões de distinção devem ser bem delineados, para que haja um efetivo diálogo entre o caso-precedente e o caso-atual e até mesmo para fortalecer o próprio sistema, uma vez que, por outro lado, o julgador só poderá deixar de segui-lo se demonstrar, fundamentadamente, a diferença entre as questões. Caso contrário, a decisão será passível de reforma, inclusive.

¹⁷ “*Contrariu sensu*, uma vez que identificamos os fundamentos determinantes com a *ratio decidendi*, resta dizer que, tudo aquilo que não for essencial à decisão, que não constituir fundamentos determinantes, será *obiter dictum*, portanto, sem efeito vinculante” (ZANETI Jr., 2017, p. 377).

A faceta da doutrina que já enfrentou o tema (a exemplo de Dierle Nunes e André Frederico Horta) tem externado¹⁸ a preocupação de um possível desperdício das inovações do CPC, caso a comunidade jurídica, em geral, não se empenhe em interpretar os arts. 926 e 927 de forma integrada aos demais dispositivos do código, principalmente com os que possuem carga principiológica, *in verbis*:

Ao se perceber este quadro adulterado é que surge o CPC/2015, com uma função contra-fática na tentativa de promover um aprimoramento qualitativo do sistema de precedentes de modo a ofertar um diálogo genuíno na formação dos julgados que leve a sério todos os argumentos relevantes para o deslinde da situação em julgamento. O novo CPC busca se alinhar ao modelo democrático e constitucional de processo, com o reforço de seu aspecto principiológico logo em seu capítulo introdutório, que menciona expressamente o princípio de boa-fé objetiva (art. 5º), da cooperação entre os sujeitos processuais (art. 6º - teoria normativa da comparticipação), e do contraditório como paridade de armas (art. 7º), de bilateralidade de audiência (art. 9º), e, mais importante, como garantia de influência e não-surpresa (art. 10º), de modo a impedir a potencial manutenção do sentido das reformas processuais gestadas sob o denunciado discurso neoliberal. Caso a nova lei não seja interpretada em sua unidade e em conformidade com a teoria normativa da comparticipação, corre-se o risco de manter-se o “velho” modo de julgamento empreendido pelos magistrados, que, de modo unipessoal (solipsista), aplicam teses e padrões sem a promoção de juízos de adequação e aplicabilidade ao caso concreto, citando ementas e súmulas de forma descontextualizada, e não se preocupando em instaurar um efetivo diálogo processual com os advogados e as partes, especialmente se a doutrina não reassumir a função e a postura crítica que dela se espera, ao contrário de se conformar em repetir o ementário e os enunciados sumulares de uma prática jurisprudencial que se vale, em um círculo vicioso, dos mesmos enunciados e ementas (2016, p. 306).

A verdade é que realizar o *distinguishing* nem sempre é uma tarefa atraente para juízes, por reclamar uma atividade cognitiva mais exaustiva e detalhada, muitas vezes não compatível com as metas de produção quantitativa imposta pelos órgãos a que estão vinculados. Não parece, então, que a distinção deva estar “irredutivelmente confiada às Cortes” (ZANETTI JUNIOR, 2017, p. 335), mas a serviço da parte e da dogmática (operadores e membros da academia), para que o novo modelo proposto não seja transformado em mera adaptação da velha prática; mas efetivamente cumpra o escopo constitucional sugerido pelo CPC/2015¹⁹.

¹⁸ A preocupação não é tão nova, existindo antes do advento do CPC de 2015, como se extrai dos artigos publicados em setembro de 2011 (“Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitivo”) e janeiro de 2013 (Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil”), por exemplo.

¹⁹ Como se conclui logo a partir do art. 1º do CPC, que dispõe: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 20, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. 5ª ed. Buenos Aires: EJE, v.1, 1959.
- CARNELUTTI, Francesco. Sistema del diritto processuale civile: Atti del Processo, v. II, Padova: Ed. Padova, 1938-a.
- CHIASSONI, Pierluigi. Il fasci discrete della common law. Appunti sulla “rilevanza” dei precedenti giudiziari. In: BRESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFO, Michele (orgs.). I Metodi della Giustizia Civile. Milani: CEDAM, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, Vol. 2, 2000.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in english law. New York: Oxford University Press, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. N. 43, p. 290-304, 1966.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. vol. 1. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- _____. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. vol. 2. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Cambridge (Mass): Harvard university Press, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? – 3. Ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.
- WRÓBLEWESKI, Jerzi. Legal decision and justification. Logique et Analyse, n. 14, Bruxelles: Centre national de recherches de Logique, 1971.
- ZANETI JR., Hermes. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil 2 ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3ª ed., revista e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2017.

Apontamentos sobre o Objeto Litigioso do Processo

Sara Barbosa Miranda¹

Resumo: Na busca pela definição do objeto litigioso do processo no âmbito do processo civil pátrio, este trabalho se presta à elaboração de uma análise crítica da doutrina sobre o tema e sobre alguns assuntos por ele influenciados, como a estabilização da demanda e a coisa julgada. A dificuldade de conceituação do objeto litigioso no direito brasileiro é uma consequência da influência italiana em nosso direito processual, centrada na doutrina da ação e de seus elementos. O Código de Processo Civil de 2015 não utiliza a expressão objeto litigioso, assim como também não o fazia o diploma de 1973, tendo ambos preferência pelo termo “mérito”. Da análise das influências italiana e alemã, foi possível inferir que a doutrina da ação e a teoria do objeto litigioso do processo possuem semelhanças consideráveis, sendo a principal delas a preocupação com a afinidade entre relação jurídica material e processo. O conceito e os limites do objeto litigioso do processo no momento de instauração da demanda possuem forte conexão com os limites objetivos da coisa julgada, uma vez que os elementos do mérito são discutidos e debatidos, também, com base no argumento do que é protegido pela imutabilidade da coisa julgada.

Palavras-chave: Objeto litigioso do processo; Mérito; Demanda.

Introdução

Com a complexa e desafiadora missão de buscar conceituar o objeto litigioso do processo, este trabalho se presta à elaboração de uma análise crítica da doutrina sobre o tema e sobre alguns assuntos correlatos que acabam por ele influenciados.

O estudo do objeto litigioso do processo pressupõe o conhecimento de outros institutos e conceitos de direito processual civil, além de exigir, também, o conhecimento de noções de direito material civil. Isso porque, apesar de ser considerado no âmbito dos estudos de ação, demanda e pretensão, não há como questionar a interferência do direito material na definição deste objeto.

Diante da extensão e profundidade que o tema permite à comunidade jurídica, o presente estudo não poderia sequer almejar o esgotamento das análises, razão pela qual é traçado como objetivo a análise crítica de seu conceito e de (alguns de) seus reflexos no âmbito do direito processual civil.

¹ Advogada, pós graduada em Direito Processual Civil, aluna especial do mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo.

Sobre o conceito de objeto litigioso do processo

Considerações preliminares

A análise da teoria do objeto litigioso do processo e deste objeto propriamente dito implica o reconhecimento de sua noção fundamental no direito processual civil, bem como o conhecimento de assuntos a ele correlatos, como *jurisdição*, *inércia*, *demanda*, *causa de pedir* e *pedido*.

A jurisdição², enquanto função do Estado de ofertar a tutela jurisdicional, apenas poderá ser operada mediante a apresentação de uma demanda por aquele que pretende reivindicar determinado direito, pois os órgãos jurisdicionais são submetidos ao princípio da inércia (princípio dispositivo), como se confirma na redação dos arts. 2º, 141, 490 e 492 do Código de Processo Civil.

É certo, portanto, que a atividade jurisdicional do Estado apenas³ será retirada da inércia mediante a provocação pelo interessado⁴, ou seja, a demanda torna-se necessária diante da inércia da jurisdição.

Neste contexto, destaca-se a importância da *causa de pedir* e do *pedido*, enquanto elementos objetivos da demanda, que definem seus limites. A causa de pedir deve ser entendida como o “conjunto de alegações de fato ou de direito contidas na petição inicial, como fundamento do pedido ali deduzido” (DINAMARCO, LOPES, 2016. p. 230) – conceito igualmente aplicado ao cenário da defesa do réu, especialmente quando da apresentação de reconvenção ou pedido contraposto⁵, mas também identificado em certas hipóteses de *contra-ataque* na defesa.

Com isso, a provocação da atividade jurisdicional, na petição inicial e na contestação, faria com que as partes e o magistrado ficassem objetivamente limitados aos elementos da demanda (causa de pedir e pedido), para que evitar surpresas quanto aos riscos e à amplitude da tutela.

² Frisa-se, aqui, que a jurisdição mencionada e conceituada é a litigiosa. A jurisdição voluntária não foi objeto de análise neste trabalho.

³ O apenas utilizado na frase acima comporta exceções, ainda que a regra seja o princípio dispositivo – premissa que será adotada, inclusive, para os fins deste trabalho. A título exemplificativo da exceção mencionada, listamos o art. 792, § 4º, do Código de Processo Civil atual, que, ao cuidar da responsabilidade patrimonial, confere ao magistrado o dever de intimar o terceiro antes de declarar a fraude à execução, para que este terceiro possa demandar e opor embargos de terceiro se assim entender.

⁴ Sobre a inércia, Marcelo José Magalhães Bonício destaca que é uma das características mais interessantes da jurisdição, e que “somente aquele que se sentir prejudicado é que pode dar início ao processo, desde que demonstre sua legitimidade e seu interesse em obter determinada tutela jurisdicional”. Para ele, o princípio dispositivo “decorre do fato de serem disponíveis os direitos privados tutelados através do processo civil e também de uma escolha legislativa, que enxerga na atividade processual do titular do direito um instrumento de defesa seguramente mais eficiente o que qualquer atividade estatal que pudesse, de ofício, tutelar os interesses de todas as pessoas”. (BONÍCIO, 2016. p. 184-185).

⁵ A defesa do réu nem sempre ampliará ou modificará o objeto litigioso do processo, mas, quando o fizer, considerar-se-á instaurada uma nova demanda.

Esta noção de *limitação* está consubstanciada no princípio da correlação, também conhecido como princípio da congruência, o qual exige que haja correspondência entre o que foi pleiteado na demanda do autor (e, eventualmente, na do réu) e o que foi efetivamente decidido pelo magistrado.

Na lição de Marcelo José de Magalhães Bonício (2016, p. 217), o julgador não pode atuar de ofício, nem julgar de forma diversa da que fora pleiteada na demanda das partes⁶, ou seja, não poderá deixar de analisar pedidos formulados (decisão *infra petita*), nem proferir decisão além das petições por objeto maior ou diferente daquele em discussão na causa⁷ (decisões *ultra* e *extra petita*, respectivamente).

Cenário diverso é encontrado no direito português, uma vez que seu Código de Processo do Trabalho⁸ admite condenações *extra* e *ultra petitas* quando resultar de matéria provada ou de fatos que independem de alegações ou provas⁹.

Esta possibilidade, prevista de forma expressa no ordenamento lusitano, determina a prevalência do direito material sobre o formal, pois permite que o magistrado aja de forma mais ativa a fim de resguardar os direitos (provados) dos trabalhadores – exige-se, contudo, que a referida decisão *extra* ou *ultra petita* esteja fundamentada para que possa ser *excepcional*.

Infere-se, portanto, que o princípio da congruência se relaciona não só com a noção de inércia e o princípio dispositivo, como destacado acima, mas, também, com os elementos da demanda e, por conseguinte, com o próprio objeto litigioso do processo – que precisará ser analisado e enfrentado pelo juiz.

De acordo com Marcelo Pacheco Machado, o conteúdo da demanda proposta é refletido no processo como objeto litigioso:

Não basta seja exigida correspondência lógica entre demanda e tutela jurisdicional. Uma vez definida a matéria que deverá ser objeto da tutela jurisdicional, apta a afetar a esfera jurídica dos litigantes, e delimitando o objeto a respeito do qual as partes deverão se manifestar em contraditório, este não mais pode sofrer alterações. Fazê-lo significaria exigir do processo um terno ‘voltar atrás’ e impedir

⁶ A correlação está prevista no art. 492 do Código de Processo Civil: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

⁷ Sobre o assunto, assim entendeu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “De fato, houve omissão sobre a alegação de que o acórdão recorrido extrapola os limites do pedido, na medida em que decidiu a controvérsia com base em tema estranho ao objeto litigioso do processo, qual seja, o preenchimento ou não, por parte da entidade ré, dos requisitos para obter o CEBAS”. (REsp 1593177/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016).

⁸ Código de Processo do Trabalho Português. Artigo 74º. Condenação *extra vel petitum*. O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do artigo 514.º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho.

⁹ O art. 514º do código de Processo Civil Português, citado no destacado dispositivo do Código de Processo do Trabalho lusitano, assim prevê: “Factos que não carecem de alegação ou de prova 1 - Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral. 2 - Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove”.

que prosseguisse para o julgamento de mérito e para o atendimento de seu escopo social (2015, p. 200).

Em face do Código de Processo Civil de 2015, entretanto, esta limitação e a estabilização prevista no art. 329 do mesmo diploma poderiam ser colocadas em xeque em algumas circunstâncias, desde que respeitado o contraditório¹⁰.

Da análise das questões acima pontuadas, é possível concluir que o estudo do objeto litigioso do processo é complexo e de extrema relevância para o processo civil, uma vez que acaba por repercutir em outros aspectos da tutela jurisdicional.

Conceito(s) e delimitações

Cumprido destacar que a teoria do objeto litigioso do processo é menos abordada pela doutrina brasileira do que pela doutrina alemã, em que surgiu com mais entusiasmo, pois a escola processual pátria encontra-se, em sua maioria, focada na doutrina da ação, conforme a doutrina italiana, que muito a influenciou¹¹.

De toda forma, a doutrina da ação e a teoria do objeto litigioso do processo possuem semelhanças consideráveis, sendo a principal delas a preocupação com a afinidade entre relação jurídica material e processo. Os pontos de semelhança e diferença entre as doutrinas alemã e italiana refletem, também, na identificação do objeto litigioso do processo:

Da evolução das teorias do objeto litigioso do processo, no entanto, surgiram duas formas distintas de identifica-lo. A primeira define o objeto litigioso do processo (Streitgegenstand) pelo complexo e ambíguo conceito de *pretensão* (Anspruch), desenvolvido especialmente na Alemanha. A segunda, principalmente na Itália, pelo desenvolvimento da teoria dos 'elementos da ação' ou *tria eadem*, de origens romanas, mas fortemente adaptada ao direito positivo daquele país, e alterada conforme as alterações da lei apresentadas (MACHADO, 2015, p. 49).

A noção acima colacionada demonstra formas de identificação do objeto litigioso do processo, e já fornece elementos suficientes para demonstrar que a sua conceituação não consiste em tarefa simples. Para Rinaldo Mouzalas, a função de delimitar o objeto litigioso é *antiga e tormentosa*, tanto que nem os tribunais guardam consenso quanto ao conceito deste *objeto*. Já Daniel Raichelis Degenszajn destaca que o cenário é ainda *pior* na esfera doutrinária:

¹⁰ Esta possibilidade também é ventilada por Fredie Didier Jr. ao comentar o art. 2º do Código de Processo Civil: "O art. 190 do CPC, que consagra o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, impõe uma nova compreensão da regra do impulso oficial. É que, agora, é possível que as partes reestruturarem negocialmente o andamento do processo. Nessa reestruturação, é possível que as partes limitem a atuação oficial do órgão julgador" (DIDIER, 2016, p. 5).

¹¹ Em sua obra sobre causa de pedir e pedido, Ricardo de Barros Leonel assim destaca: "Os processualistas brasileiros não são, em geral, afetos ao estudo do problema do objeto litigioso do processo, como demonstram ser com relação ao enfoque dos três elementos da ação. A razão disso é facilmente compreensível: decorre de que a tradição do direito processual brasileiro se avizinha mais à doutrina italiana" (2006, p. 80).

Quanto à doutrina, o desacordo em torno da delimitação do objeto litigioso do processo é ainda mais intenso e explícito. Em Brasil, por exemplo, predominam seis teorias, que adotam os seguintes parâmetros de delimitação: (a) pedido; (b) causa de pedir e pedido; (c) lide; (d) ação de direito material; (e) ação de direito material, defesa e/ou exceção apresentadas pelo réu; (f) ação processual (2010, p. 55).

É possível identificar distintos conceitos para o objeto litigioso do processo na doutrina brasileira, inclusive, com distinções entre as expressões *objeto do processo* e *objeto litigioso do processo*¹².

Apesar de serem por vezes tratadas como sinônimas¹³, parte da doutrina diferencia as expressões, classificando o objeto litigioso do processo como o aspecto material do objeto do processo, como a relação jurídica de direito material posta na demanda. O objeto processual ou formal (do objeto do processo), por sua vez, consistiria em “todas as questões que se oferecem ao conhecimento do órgão jurisdicional e que não digam respeito ao mérito” (MARIOTTI, 1994, p. 129-139).

Em outras palavras, o objeto processual do processo consiste em toda a matéria que será objeto de cognição pelo magistrado, como pressupostos processuais¹⁴, por exemplo, ao passo em que o objeto litigioso do processo representaria os pedidos efetivamente formulados pelas partes ou terceiros em caráter principal¹⁵, junto de sua fundamentação, ou seja, o *mérito*.

Ainda sobre a expressão *mérito*, merece destaque a pontual diferenciação entre *mérito periférico* e *mérito nuclear* feita por Rodrigo Reis Mazzei, a qual se contextualiza dentro do estudo do *objeto litigioso do processo*, senão vejamos:

É comum tratar a prescrição como “preliminar de mérito”, expressão que – embora consagrada – não é de perfeita técnica, é cria espaço para se tratar a

¹² Esta diferenciação, assim como grande parte da teoria do objeto litigioso, não é pacífica na doutrina. Ao trabalhar com a delimitação deste objeto, Fabio Peixinho Gomes Corrêa expõe a posição de dois grandes nomes do direito processual civil brasileiro: “Arruda Alvim critica o emprego da expressão ‘objeto do processo’ para designar o objeto que constitui alvo o provimento esperado. No seu entender, a expressão deve ser utilizada para designar o fenômeno conhecido como objeto litigioso. [...] Enquanto Arruda Alvim faz uma separação entre objeto litigioso e objeto do processo, Cândido Rangel Dinamarco distingue o objeto do processo que corresponde ao mérito e o objeto do conhecimento do juiz composto pelas questões que constituem a matéria lógica a ser analisada pelo juiz na preparação do julgamento da causa” (CORREA, 2009, p. 27-28).

¹³ Sidney Sanches pontua que “muitos autores consagrados, nacionais e estrangeiros, quando falam no pedido, como objeto do processo, objeto da demanda, objeto da causa, na verdade querem se referir ao objeto litigioso do processo” (SANCHES, 1979, 31-47).

¹⁴ Pontua-se que, com o Código de Processo Civil de 2015, não cabe mais falar em condições da ação, ainda que os antigos requisitos mínimos de provocação da Jurisdição ainda existam. Agora, contudo, a legitimidade e o interesse processuais passaram a ser pressupostos (arts. 17 e 485, inc. VI), e a possibilidade jurídica do pedido passou a integrar o mérito (art. 487).

¹⁵ Bruno Silveira de Oliveira chama o objeto processual do processo de objeto cognitivo: “Para chegar e decidir sobre a procedência ou a improcedência dos pedidos formulados, deve o juiz conhecer e resolver inúmeras outras questões, logicamente anteriores àquelas concernentes quer à admissibilidade daquele julgamento, quer a seu sentido. Ao conjunto dessas questões costuma-se denominar objeto de cognição judicial, ou, abreviadamente, objeto cognitivo” (OLIVEIRA, 2011, p. 31).

questão como hipótese de falso de mérito ou de questão processual (preliminar) de maior potência. Optamos pelo uso da terminologia de mérito periférico, que posiciona a prescrição topograficamente no mérito da causa, mas em seu liminar, ou seja, nas suas primeiras camadas (a periferia). Tal percepção é útil, inclusive, para efeito da cronologia da cognição, pois a resolução do mérito deve passar por uma sequência lógica cognitiva até alcançar os temas tratados pelo mérito em seu núcleo (mérito nuclear). Mais ainda, a expressão (mérito periférico) permite compreender que, existem matérias (como é o caso da prescrição) em que a decisão (embora com resolução de mérito) não implica em rejeição do pedido (tema reservado para o mérito nuclear), mas de solução outra, tomada a partir das primeiras camadas do mérito (2007, p. 573-575).

A relevância da diferenciação entre mérito e pressupostos processuais, já ventilada acima, é também destacada por José Rogério Cruz e Tucci, para que se evitem confusões entre os termos *objeto do processo* e *objeto litigioso do processo*:

É por isso, ou seja, para evitar equívocos, que se deve preferir a locução *objeto material*, para indicar o *meritum causae*, distinguindo-a de objeto formal do processo, relativo aos pressupostos processuais e às condições da ação (2001, p. 92-93).

A definição do objeto do processo e a sua divisão entre aspectos material e processual (*formal*), com base em seu conteúdo, podem ser melhor identificadas, pelo conceito fornecido pela doutrina referente ao objeto litigioso do processo, com a definição de seus elementos de identificação e de sua natureza. Neste ponto, a maior divergência doutrinária reside nos elementos que compõem o objeto litigioso, com diferentes posições no que diz respeito ao seu conceito, as quais podem ser sintetizadas em dois grupos: (i) apenas o pedido representa o objeto material do processo; e (ii) identificação deste objeto na junção do pedido e da causa de pedir.

Em artigo destinado especificamente à análise do objeto do processo e do objeto litigioso do processo, Sidney Sanches, *filiado* ao segundo grupo, conclui:

Não nos animamos a assumir integralmente a posição de Schwab, elo menos em face do ordenamento jurídico-processual brasileiro. Parece-nos que a *causa de pedir* (fatos e fundamentos jurídicos do pedido) *se junta ao pedido* para com este formar, em nosso sistema, o objeto litigioso do processo, pelo menos na maioria dos casos (1979, p. 46).

Também pela definição mais ampla do objeto litigioso do processo, Lilian Patrus Marques entende que este objeto é delimitado pelo pedido e pela causa de pedir, justificando seu posicionamento da seguinte forma:

Nada obstante algumas teorias sobre o tema, formuladas por autores alemães, terem se preocupado em construir a tese de que o objeto litigioso do processo corresponderia à pretensão processual (*Anspruch*), e que esta seria demarcada apenas pelo pedido do autor, foi impossível prescindir da 'causa petendi' na delimitação do objeto do processo, justamente porque ela é a principal responsável pela exposição do direito substancial violado (2014, p. 33-34).

A delimitação do objeto litigioso do processo é tão controversa quanto importante, pois será em torno dela as discussões sobre os limites da sentença, bem como sobre eventual formação de litispendência e dos limites da coisa julgada.

Após analisar as duas possibilidades de conceituação e delimitação do objeto litigioso do processo, entende-se, aqui, ser mais adequada a teoria de que este objeto material é representado pela *combinação* do pedido com a causa de pedir, ou seja, pelo pleito de determinado direito acompanhado de sua violação. Isso porque a causa de pedir delimita o pedido e os contornos do provimento jurisdicional que é buscado pela parte que se sente prejudicada – tanto na petição inicial, como na defesa do réu, conforme já mencionado neste trabalho.

Além da discussão apresentada acima, existem posicionamentos pela equiparação do objeto litigioso do processo ao mérito da causa, entendimento que parece superar (ou ao menos deixar de lado, *temporariamente*) a discussão sobre os elementos que compõem o objeto.

Ao discorrer sobre o conceito de mérito no processo civil, Cândido Rangel Dinamarco assim esclarece:

É fácil inferir também que o objeto do processo é, em outras palavras, o mérito da causa (*meritum causae*). [...] Para quem vê na demanda o objeto do processo, é nela que reside o *meritum causae*. Em uma primeira aproximação já se vê que o mérito da causa (ou o objeto do processo) reside em algo trazido de fora, que dá motivo à formação do processo e que dependerá de um pronunciamento do juiz (2001, p. 306).

Posição semelhante é assumida por Arruda Alvim em seu manual:

O conceito de *mérito* é congruente ao de *lide*, como ao de *objeto litigioso*, na terminologia alemã. Já o disse Liebman: é o pedido do autor que fixa o mérito. Nesse sentido, em obra clássica do Direito alemão, se esclarece que o pedido (usa palavra pretensão: "Anspruch") é o mesmo que mérito (usa a palavra objeto litigioso: "Streitgegenstand"). [...] A nossa doutrina denomina de *fundo de litígio*, *mérito* ou *lide* aquilo que os alemães chamam de *objeto litigioso* (2005, p. 372-384).

Nesse contexto, diante da terminologia *mérito*, infere-se que este (aqui entendido como *mérito periférico* e *mérito nuclear*, conforme leciona Rodrigo Reis Mazzei – 2007, p. 573-575) seria o objeto litigioso (ou material) do processo, enquanto as *questões de mérito* seriam o objeto processual ou formal do processo.

Constata-se, portanto, que apesar das diferenças identificadas na doutrina, a utilização da expressão *mérito* para denominar objeto litigioso pode ser considerada um ponto em comum. E o Código de Processo Civil de 2015 assim parece entender, uma vez que utiliza a expressão *mérito* muito mais do que o faz com o termo *lide*¹⁶.

¹⁶ Em números, a palavra *lide* aparece 9 (nove) vezes no corpo do atual diploma processual, na medida em que a expressão *mérito* pode ser encontrada 66 (sessenta e seis) vezes, ainda que em ambas as ocasiões os

Pretensão de direito material ou instituto de Direito Processual?

O estudo do objeto do processo revela a busca pela solução de problemas relacionados à afinidade entre *relação jurídica material e processo* – preocupação esta que também pode ser vislumbrada na doutrina da ação¹⁷.

O objeto litigioso do processo está intrinsecamente relacionado ao direito de defesa e ao provimento jurisdicional, que analisará qual das partes possui razão em sua(s) demanda(s). Por esta razão, o objeto litigioso é tão relacionado com o direito substancial quanto o é a sentença (BEDAQUE, 2011, p. 38).

Ora, se as sentenças possuem ligação com o direito material a partir das alegações substanciais feitas por autor (e réu) no curso da demanda, outra conclusão que não o reconhecimento da importância do direito material na pretensão¹⁸ não seria possível – o que, mais uma vez, implica na relevância da causa de pedir na composição do *mérito*. E é justamente a *existência* e a *relevância* do direito material na pretensão das partes que se pretende analisar.

Com enfoque na relação *direito e processo*, a evolução da teoria do objeto litigioso do processo passou por algumas mudanças, principalmente na doutrina alemã, em que se identificam (ao menos¹⁹) três distintas fases relacionadas à natureza deste objeto.

Esta evolução pode ser resumida por (i) uma compreensão do objeto litigioso como pretensão de direito material; (ii) a identificação de tal objeto como conceito meramente processual; e (iii) atualmente, o reconhecimento de que o objeto litigioso do processo é um instituto de direito processual, diretamente relacionado com a situação substancial discutida.

Daniel Raichelis Degenszajn, após analisar as fases sintetizadas acima, tanto sob a ótica alemã, quanto sob a ótica italiana, assim conclui:

É possível identificar uma sucessão histórica sobre o entendimento acerca do objeto do processo. Inicialmente havia uma identificação do objeto do processo com a própria pretensão processual. Logo foi verificado que não havia essa relação, pois poderia haver casos em que o processo não teria sequer objeto (demandas declaratórias negativas e, nessa qualidade, todas as demandas improcedentes), que culminaram na teoria ultra-processualista concebida por Karl H. Schwab. [...] Ulteriormente, verificou-se que há uma indissociável relação entre o direito processual e o direito material, onde o processo é o meio de efetivação dos postulados contidos no ordenamento jurídico material. No próprio

termos não estejam precisa e corretamente ajustados ao significado em estudo.

¹⁷ Ao discorrer sobre a evolução e a involução do conceito de ação, J. J. Calmon de Passos, com fundamento em SATTI e LIEBMAN, menciona que “a ação é um poder distinto do direito mas que dele é indissociável” (CALMON DE PASSOS, 2014, p. 25).

¹⁸ Ainda que as considerações doutrinárias apontem para o significado de pretensão enquanto pedido, a utilização da expressão no texto acima não deve implicar imediatamente nesta conclusão.

¹⁹ Apesar de análise dessas fases da teoria do objeto litigioso do processo estarem, aqui, delimitadas entre a doutrina de Friederich Lent (visão material) e Karl Schwab (visão processual), Marcelo Pacheco Machado lembra o trabalho de Windscheid de 1856, em que “a primeira tentativa de delimitação do objeto litigioso do processo partiu do conceito de pretensão”, ou seja, o objeto não era identificado pelo direito substancial naquele cenário (2015, p.50).

processo discutem-se questões jurídicas de direito material, reconhecendo que o processo civil somente poderá ser compreendido, corretamente interpretado e aplicado se for considerada essa relação de complementariedade existente entre o direito civil material e processual. As teses que reconhecem a importância do direito material para identificação do objeto do processo são denominadas de teses materialmente orientada (2010, p. 49-50).

A fase atual, definida acima como *materialmente orientada*, é, de fato, mais adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, em linha com os entendimentos de que o processo é instrumento do direito material e precisa estar a ele adequado.

A mais recente posição sobre a natureza do objeto litigioso pode ser *abreviado* na doutrina de Paulo Henrique dos Santos Lucon, como uma *pretensão processual ligada a uma situação de direito material*:

Os autores divergem sobre a natureza material ou processual da pretensão e também sobre a relevância da causa de pedir na configuração do objeto litigioso. [...] Ocorre, na verdade, uma 'processualização' da pretensão, na medida em que o pedido (imediate) de tutela jurisdicional é dirigido ao Estado-juiz, consubstanciando-se em algo diverso (embora na medida do possível equivalente) ao que deveria ter sido cumprido espontaneamente (2016, p. 50).

Sob o enfoque conferido por este posicionamento mais atual da natureza do objeto material do processo, é possível concluir que o objeto litigioso do processo é um instituto de direito processual, que comporta uma pretensão de direito material, a qual orientará a elaboração de sua defesa pela parte contrária e, também, o provimento jurisdicional a ser concedido. Ou seja, o objeto litigioso do processo deve ser, ao menos, *iluminado pela causa de pedir*, por ser ela a principal responsável pela apresentação do direito material violado no âmbito da demanda.

Objeto litigioso do processo, demanda e tutela jurisdicional

Independentemente de ser composto por *causa de pedir* e *pedido*, ou só *pedido* (*iluminado* – ou não – pela *causa de pedir*), é certo que o objeto material do processo representa a vontade da parte de fazer valer determinado direito violado, em alguma ação judicial²⁰, a qual orientará a defesa da parte adversa e a prolação de decisão pelo magistrado.

Ou seja, a vontade do autor da demanda de fazer valer um determinado direito transgredido, implica na resposta do réu sobre as alegações e o pedido, sendo a ele facultada

²⁰ O objeto litigioso do processo não será analisado sob a ótica da arbitragem neste estudo.

a apresentação de defesa, bem como de pedido contraposto²¹ ou de reconvenção²², ainda nos *limites da demanda*.

Nesse cenário, tanto a petição inicial quanto a defesa do réu (algumas delas, ao menos) consistem em demandas, no sentido em que se entende como *toda postulação que as partes dirigem ao juiz* – seja autor, réu ou terceiro, como ocorreria na oposição, por exemplo. Apenas estas postulações podem estabelecer o mérito do processo (defini-lo e amplia-lo), e impor os limites às manifestações das partes e à atividade jurisdicional.

Isso porque, além de vincular o réu, na medida em que o direito de defesa deverá ser exercido nos moldes da demanda proposta, o objeto litigioso do processo vincula, também, as decisões a serem prolatadas pelo magistrado – com o Código de Processo Civil de 2015, a máxima *iuria novit curia* deve ser relida à luz da garantia constitucional do contraditório.

Neste último aspecto, em especial, as sentenças, afinal, seu conteúdo deverá estar em conformidade com o conteúdo das demandas movidas pelas partes no curso do processo, não sendo permitido ao magistrado decidir *menos, mais* ou *diferente*, como já mencionado neste trabalho.

É possível inferir, portanto, a importância da identificação e da observância do objeto litigioso do processo desde a propositura da demanda até a satisfação do direito pleiteado, uma vez que estes contornos orientam a postura do réu, com base no princípio do contraditório, e a conduta do magistrado, pela correlação.

Considerações sobre a estabilização da demanda

Apesar de o Código de Processo Civil de 2015 não ter trazido modificações no sistema preclusivo em relação à estabilização da demanda, diante de outras normas previstas no citado diploma, entende-se possível a homologação de acordo com matéria que extrapola os limites da demanda. Esta possibilidade pode ser vislumbrada tanto em relação ao direito material discutido, quanto à ampliação ou à modificação da causa de pedir, mesmo após o saneamento, por meio de negócio jurídico processual a ser homologado pelo magistrado.

A crítica à falta de flexibilidade e excesso de formalismo no que diz respeito à estabilização da demanda, nos moldes expostos neste trabalho, é pontualmente feita por Hermes Zaneti Júnior em seu trabalho “A Constitucionalização do processo”, elaborado à luz

²¹ O pedido contraposto deve ser entendido como uma espécie de demanda simplificada do réu, uma vez que está restrita aos fatos já alegados pelo autor – admitida exceção para pedido indenizatório em ação possessória. Ainda que o Código de Processo Civil de 2015 tenha reduzido as diferenças entre pedido contraposto e reconvenção, entende-se que tais institutos permanecem distintos, uma vez que apenas a reconvenção possui requisitos próprios e, também, apenas ela sobrevive de forma independente à extinção da demanda do autor por ausência de condições da ação, por exemplo.

²² Com a reconvenção, o réu pode aproveitar o processo já iniciado para mover uma nova demanda contra o autor, desde que observe os requisitos de admissibilidade, listados por Marcelo Abelha Rodrigues como *interesse processual, legitimidade, conexão, e competência*. (2016. p. 497-500)

do Código de Processo Civil de 1973 – assunto pouco (e não significativamente) alterado pelo diploma de 2015:

Vale ressaltar a tendência atual do direito processual comparado, que demonstra uma crescente preocupação dos ordenamentos internos em valorizar a adequação para garantir maior efetividade e economia processual, por exemplo possibilitando a alteração da demanda em seu curso (e. g., §§ 263 e 264 da Ordenança Processual alemã, § 235, 3 da Ordenança Processual austríaca, § 94 da Ordenança Processual Berna, bem como o art. 273, incisos 1 ao 6, do Código de Processo Civil de Portugal); ao contrário, no Brasil, *ex vi* do artigo 264 do Código de Processo Civil, após realizada a citação, fica estabilizada objetiva e subjetivamente a demanda, só podendo ser alterada com a expressa concordância da parte adversa; fica vedada ainda qualquer alteração no pedido e na causa de pedir após o saneamento, e com isso perde o debate judicial parte de sua racionalidade em prol de formalismo não justificado (2014, p. 173).

Ainda que a obra acima destacada tenha sido redigida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o *formalismo não justificado* permaneceu no Código de Processo Civil de 2015, que se limitou a ampliar a possibilidade de modificação da demanda até o saneamento, desde que a parte adversa concordasse.

Em outras palavras, mesmo diante da possibilidade de alterar o racional já presente no antigo diploma, o Código de Processo Civil atual optou por manter o sistema de preclusões e estabilização da demanda, sendo válido lembrar, também, a tradicional adoção da regra da eventualidade, combinada com a preclusão, que impõe aos litigantes a obrigação de apresentar, em um único momento (inicial ou contestação) todos os meios de ataque e defesa de que dispõem, ainda que contraditórios entre si, sob pena de não mais os poderem alegar²³.

Contudo, a crítica ao formalismo e à rigidez não diz respeito à possibilidade de as partes lançarem mão de seus argumentos e pedidos em *conta gotas*, prolongando injustificada e maliciosamente a marcha processual quando seu pleito for rejeitado pelo fundamento anterior. Para estes casos, entende-se que a regra do art. 329 do Código de Processo Civil deve prevalecer inalterada.

Critica-se a impossibilidade de flexibilização no atual diploma processual no que diz respeito às hipóteses em que as partes, de comum acordo, optam por ampliar o objeto litigioso do processo, após o saneamento – atrasando, sim, o andamento da causa já existente, mas evitando nova ação, a ela conexa.

O racional sugerido estaria, inclusive, em conformidade com um dos objetivos do atual diploma processual, “qual seja, o processo com o maior rendimento possível (passagem

²³ Neste ponto, em especial, apesar de o Código de Processo Civil ter postergado a apresentação da contestação para o momento posterior à audiência de conciliação ou mediação do art. 334, para que se possa tentar uma composição amigável do litígio antes de os sujeitos se armarem, o mesmo racional não se aplica ao autor da demanda, que será obrigado a apresentar todos os fatos e argumentos quando do ajuizamento de sua ação, sob pena de não mais podê-lo fazer sem consentimento do réu após a citação para a citada audiência (art. 329, inc. I). Em outras palavras, buscou-se desarmar o réu para tentativas de acordo, mas não se desarmou o autor para este mesmo ato/momento, como se observa dos artigos 329 e 334 do Diploma Processual.

do formalismo exacerbado para o formalismo valorativo)" (BUFULIN, BONOMO JÚNIOR, SANTOS, 2016, p. 20), do qual emerge o princípio da primazia do julgamento do mérito, além de favorecer a economicidade e a racionalidade das decisões diante de *uma mesma situação*.

Inclusive, o próprio diploma processual admite a alteração do objeto litigioso em certas circunstâncias de autocomposição, seja para *incluir sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica não deduzida em juízo* (art. 515, § 2º), seja para *estipular mudanças no procedimento a fim de ajustá-las às especificidades da causa* (art. 190), sendo esta última hipótese a maior *porta de entrada* para a modificação do objeto litigioso de comum acordo entre partes – estes dispositivos serão melhor exemplificados no tópico seguinte deste estudo.

Ainda que o Código de Processo Civil de 2015 não tenha previsto esta possibilidade ao cuidar da estabilização da demanda, parece correta a afirmação de que outras regras do mesmo diploma excepcionam a rigidez demonstrada pelo art. 329 e viabilizam a ampliação do objeto litigioso do processo após o saneamento, desde que não violadas outras máximas do ordenamento.

Fora das possíveis alterações por superveniência fática ou jurídica, ventila-se, aqui, uma hipótese em que autor e réu, após estabilizada a demanda, entenderiam por bem incluir no *mérito* em discussão novos pedido e causa de pedir, relacionados ao objeto litigioso já fixado, para que se evite a instauração de nova ação, por meio de uma *convenção processual*²⁴.

Ora, se o magistrado pode provocar terceiro, alheio ao processo, para que promova demanda a ele relacionada (art. 792, § 4º, do Código de Processo Civil), e se pode, também, homologar acordo que envolva *sujeito estranho ao processo e verse sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo* (art. 515, § 2º), não há fundamento apto a justificar a impossibilidade de homologação de convenção processual, com intuito de conferir *duração razoável* à crise de direito como um todo.

Em outras palavras, os princípios da duração razoável do processo e da economia processual teriam de ser compreendidos de forma *ponderada* e *completa*, ou seja, prorrogar-se-ia a duração de determinado processo e esticar-se-ia o seu trâmite, para que fosse evitada a propositura de nova demanda, a qual pode ser solucionada no âmbito de uma ação já instaurada.

Objeto litigioso do processo e coisa julgada

A temática da coisa julgada possui estreita ligação com a teoria do objeto litigioso do processo, inclusive com a sua definição, uma vez que os elementos do *mérito* são discutidos

²⁴ Por convenção processual, adota-se o conceito de Antonio do Passo Cabral, para quem: "Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determina a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento" (2016. p. 68).

e debatidos, também, com base no argumento do que é *protegido* pela *imutabilidade* da coisa julgada.

O encadeamento lógico que assim justifica a relação entre os institutos em estudo é feito por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes:

O objeto do processo é definido pela demanda do autor, podendo ser ampliado por demanda do autor, podendo ser ampliado por demanda do réu (reconvenção, denunciação da lide...) ou de terceiro que apresente intervenção (oposição, intervenção litisconsorcial voluntária...). Ao traçar o objeto do objeto do processo, a demanda apresenta ao juiz a crise de direito material que deverá ser solucionada no julgamento da causa e, em consequência, determina o objeto da sentença. O encadeamento lógico é concluído com referência à função da coisa julgada de impedir o novo julgamento de uma causa já decidida, que circunscreve os limites objetivos da coisa julgada ao objeto da sentença (2010, p. 196).

Busca-se, então, ainda que de forma breve diante da profundidade do tema, delimitar o alcance da autoridade da coisa julgada material, e *o que* na decisão de mérito é por ela tornada imutável e indiscutível. Neste contexto, é imperioso destacar a lição de Alexandre Senra sobre o *instituto* da coisa julgada:

A concepção da coisa julgada como uma situação jurídica caracterizada pela imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão judicial insere-se no grupo das ditas "teorias processuais da coisa julgada"; entendendo-se essa expressão como o designativo de um grupo de teorias cuja característica em comum é a compreensão da coisa julgada como um impedimento de revisão do quanto decidido, indiferente de seu conteúdo (2017, p. 329).

No que diz respeito ao conteúdo *imutabilizado*, para Marcelo Abelha Rodrigues, apenas "o objeto litigioso será acobertado pela imutabilidade extraprocessual da coisa julgada" (2016, p. 688-689.), entendendo por *mérito* somente *aquilo que foi pedido pela parte*.

Esta é, também, a opinião de Cleanto Guimarães Siqueira: "os fatos do processo, componentes ou não da causa de pedir, e as questões sobre eles porventura existentes serão apreciados e resolvidos na motivação da sentença, não ficando, destarte, acobertados pela imutabilidade decorrente da coisa julgada" (SIQUEIRA, 2008, p. 128).

Neste trabalho, contudo, procura-se traçar a necessidade de ampliação da abrangência dos limites objetivos da coisa julgada, pela teoria do objeto litigioso – reforçando que o *mérito* é aqui compreendido como *pedido* e *causa de pedir*.

Como defendido por Lilian Patrus Marques, os contornos da coisa julgada são traçados por questões de política legislativa, o que "não se coaduna com o forte interesse público que norteia o instituto. Sob essa ótica e considerando o princípio da economia processual, é desejável que a coisa julgada possa imunizar uma parcela maior da sentença e não apenas o dispositivo" (2014, 126-127) ²⁵.

²⁵ A exceção que seria feita à imutabilidade da causa de pedir ocorreria em relação a fatos supervenientes ao trânsito em julgado, para que se evitem injustiças com a imutabilidade de questões nunca apreciadas

A conclusão parece lógica especialmente quando analisada, sob a vertente dos precedentes judiciais, pois a *ratio decidendi*, enquanto normas utilizadas na fundamentação da decisão, também deve ser levada em consideração quando da aplicação prática da teoria do precedente a determinado caso concreto.

Esta ressalva é extraída da lição de Hermes Zaneti Júnior, ao discorrer sobre a aplicação racional e democrática das sumulas: “A aplicação será por analogia, obtida da razão de decidir, e não só pelo enunciado da súmula, que serve apenas como guia e fórmula sintética, jamais como regra abstrata” (2014, p. 240).

Infere-se, portanto, que a *causa de pedir* (elemento do objeto litigioso) e a fundamentação da decisão que a aprecia e julga (objeto da sentença) devem ser consideradas quando da análise dos limites objetivos da coisa julgada²⁶. Isso porque, além de versar o assunto sobre questões de política legislativa, como apontado por Lilian Patrus Marques, cuida-se, adicional e essencialmente, de segurança jurídica em relação à tutela jurisdicional prestada e transitada em julgado.

Nos dizeres de Celso Neves, citado por Fábio Peixinho Gomes Corrêa, a coisa julgada “destina-se a realizar a segurança extrínseca das relações jurídicas e subordina-se ao princípio da congruência entre a pretensão e jurisdição exercidas” (2009, p. 96)²⁷.

Em apertada síntese, adota-se a premissa de que o objeto litigioso do processo é composto tanto pelo pedido e quanto pela causa de pedir, a qual delimita os contornos do provimento jurisdicional esperado pelos litigantes, e, com isso, alcança-se a conclusão de que a autoridade da coisa julgada torna *imutável* não só o dispositivo da decisão, mas, também, a sua fundamentação.

Conclusão

Buscou-se, com o presente trabalho, analisar a teoria do objeto litigioso do processo, no âmbito do processo civil, bem como a sua importância em alguns de seus reflexos em outros institutos processuais.

pelo Judiciário. Nesse sentido, destaca-se um precedente do Superior Tribunal de Justiça: “Para analisar se há litispendência, necessário se faz confrontar as partes, causas de pedir e pedidos presentes desta demanda com os do MS 7.289 e do MS 20.682. Em relação ao tema, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ressaltam que “as alegações e defesas que se consideram preclusas com a formação da coisa julgada são unicamente aquelas que concernem ao mérito da causa. O art. 474, CPC, não pode alcançar jamais causas de pedir estranhas ao processo em que transitada em julgado a sentença de mérito. Apenas as questões relativas à mesma causa de pedir ficam preclusas em função da incidência da previsão do art. 474, CPC”. (MS 20.647/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016)”.

²⁶ Este entendimento é defendido, também, por Fábio Peixinho Gomes Corrêa, amparado nas noções de Ada Pellegrini e Enrico Tullio Liebman (2009, p. 93).

²⁷ Esta citação sintetiza a mesma conclusão que se alcança com a análise neste estudo, com fulcro na previsão do art. 502 do Código de Processo Civil, bem como com base naquilo que se traçou como elementos conceituais do mérito – noções agregadas ao relevante norte de segurança jurídica.

Analisou-se as divergências doutrinárias sobre a conceituação deste *objeto* e os elementos que o compõe, concluindo pelo acerto da corrente que entende ser objeto litigioso do processo composto por *pedido* e *causa de pedir*, e perfazer o *mérito* da demanda, analisado tanto na pretensão do autor, como na do réu.

Por fim, para atender à finalização e, de certa forma, ao início do estudo do conceito de objeto litigioso do processo, passou-se à análise de sua influência nos limites objetivos da coisa julgada, para entender qual parte da decisão de *mérito* é tornada *imutável e indiscutível* com a autoridade da *res iudicata*.

Assim como na definição dos elementos que compõem o objeto litigioso do processo, ao analisar os limites objetivos da coisa julgada, infere-se, também, pela importância da *causa de pedir*, para estabelecer um critério de maior segurança jurídica no que diz respeito à congruência entre pretensão e jurisdição exercida

Referências

- ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. v. 1. 9. Ed. São Paulo: RT, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Malheiros: São Paulo, 2011.
- BUFULIN, Augusto Passamani; BONOMO JÚNIOR, Aylton; SANTOS, Katharine Maia dos. Breve análise do vício processual de inexistência jurídica em face do novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado. vol. 68. ano 17. p. 17-36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. A ação no direito processual civil brasileiro. Salvador: JusPodium, 2014.
- CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. O objeto litigioso no processo civil. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa petendi. São Paulo, 2010. 196 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, 2010.
- DIDIER Jr, Fredie. Comentários ao Capítulo I do Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1-41.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. "O conceito de mérito no processo civil", in Fundamentos do processo civil moderno. vol. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001,
- _____. A instrumentalidade do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral no Novo Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

- LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido: o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Relação entre demandas. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. xiv.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. A correlação no processo civil: Relações entre demanda e tutela jurisdicional. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MARQUES, Lilian Patrus. Contribuição crítica ao estudo dos limites objetivos da coisa julgada. São Paulo, 2014. 146p. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2014.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Reforma do CPC 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 573-575.
- MAZZEI, Rodrigo Reis; GONCALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/2015. Revista Forense, v. 421, p. 191-213, 2015.
- MOUZALAS, Rinaldo. Delimitação do objeto litigioso do processo: Análise das principais teorias difundidas no Brasil. Revista de Processo, v. 228, p. 123-140, 2014.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O juízo de Identificação de demandas e de recursos no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SANCHES, Sydney. "Objeto do processo e objeto litigioso do processo", in Revista de Processo. n. 13. Ano 4. Janeiro-Março 1979. p. 31-47.
- SENRA, Alexandre. A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Salvador: JusPodium, 2017.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Cognição e execução no sistema de tutela jurisdicional civil brasileiro: identificação e tratamento do objeto litigioso em sede executiva. São Paulo, 2016. 394 p. Dissertação (Livre Docência), Universidade de São Paulo, 2016.
- SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. A defesa no processo civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: RT, 2002.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Interdisciplinaridade e história da litigiosidade

A responsabilidade dos juízes da sociedade tradicional à atualidade

Adriana Pereira Campos¹

João Vitor Sias Franco²

Resumo: A responsabilidade dos juízes é tema relevante na atualidade brasileira e remete ao desenvolvimento histórico desse instituto. No mundo medieval, o direito era marcadamente jurisprudencial, com atribuição aos chefes das corporações o poder de dizer o direito (justiça de juízes), não havendo qualquer sistema de responsabilização desses juízes. Esse modelo de responsabilidade foi rompido com a formação dos Estados Nacionais ibéricos, em que o rei passa a ser o titular da justiça e, sendo seu poder justificado divinamente, não erraria, responsabilizando os juízes caso promovessem injustiças, além de se utilizar do direito para controlar o poder dos juízes (justiça das leis). Com o desenvolvimento das ideias iluministas, como o princípio da separação de poderes para impedir a pressão sobre a atividade jurisdicional, torna-se exceção a responsabilização dos magistrados, somente possível em caso de fraude e erro doloso, modelo esse que vige no Brasil até hoje. Com a judicialização da vida cotidiana (ativismo judicial), e diante da preocupação com essa influência dos juízes e o reduzido campo de sua responsabilidade, o Projeto de Lei do Senado n. 280/2016 pretende alterar esse paradigma.

Palavras-chave: Responsabilidade de juízes; Justiça de juízes; Justiça de leis; Projeto de Lei do Senado n. 280/2016.

Introdução

A ideia de responsabilidade dos juízes é tema que se discute cada vez mais no Brasil em meio às investigações de corrupção promovidas pelos agentes públicos contra os agentes políticos julgadas pelos juízes, em especial em razão das operações investigativas da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, como a operação Lava-Jato, que desmantelam organizações criminosas de poderosos agentes políticos que tentam de todas as formas retalhar os responsáveis por essas investigações e pelos magistrados que os julgam e punem.

¹ Doutora em História Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, docente permanente dos Programas de Pós-Graduação em História e Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, pesquisadora do CNPQ (nível 2) e coordenadora da pesquisa Opinião Docutorum (FAPES).

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade Getúlio Vargas e mestrando no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo.

Entretanto, esse debate não pode ficar vinculado à ideia de represália ao combate da corrupção, sendo assunto de grande relevância no plano da separação e equilíbrio dos poderes. A discussão da responsabilidade dos juízes envolve análise dos limites de sua atuação, suas prerrogativas, seu papel constitucional e ainda os requisitos para se poder responsabilizar um juiz no exercício da função jurisdicional.

A temática da responsabilidade dos juízes será abordada no presente trabalho sob uma perspectiva histórica, a partir da Idade Medieval, e situada espacialmente na sociedade ibérica e no seu desenvolvimento no Brasil a partir da tradição jurídica portuguesa, passando pela Idade Moderna até o cenário atual.

O modelo de responsabilidade ibérico no Medievo

No mundo tradicional, a ordem jurídica tinha como fundamento e pretensão a manutenção da ordem pré-existente, decorrente dos valores religiosos intrinsecamente presentes naquela sociedade, de tal modo que a ordem jurídica precedia os direitos subjetivos, ou seja, o Direito não era mutável de acordo com a vontade e as necessidades dos indivíduos. Era, na realidade, um dado apriorístico, que servia justamente para manter os valores e a ordem já estabelecida anteriormente. Alejandro Agüero (2007), ao comentar o modelo de ordem jurídica existente nessa época, define que o Direito era declarado e não construído, indicando, com isso, que os institutos, a hierarquia social e os direitos subjetivos eram estabelecidos por uma ordem pré-existente, sendo as sociedades do mundo tradicional regidas pelo direito comum, marcadamente jurisprudencial.

Antes da completa centralização dos Estados na Europa, as pessoas se agrupavam e se organizavam de acordo com a corporação a que pertenciam ou a posição ocupada dentro dessas corporações. Não havia espaço para individualidades, apenas os agrupamentos sociais importavam e esse fato conferia a principal característica dessa sociedade: a estamentização. A cada chefe do grupo social cabia o poder de governo (*iurisdictio*) sobre os demais integrantes do grupo. Este poder conferia a autoridade de dizer o direito aplicável à categoria, fosse por meio da resolução de conflitos entre as partes, fosse por meio da definição dos direitos e deveres internos à corporação e já pré-existentes (não se pode perder de vista que as corporações eram uma estrutura do mundo tradicional).

Não havia nessas sociedades, contudo, um sistema de responsabilização desses juízes em caso de injustiças, até mesmo porque eram eles que exerciam o poder de governo sobre as localidades, apesar de eventualmente existir um príncipe ou um rei. Como informa Homem, “uma das principais diretivas da razão de Estado católica é constituída pela ‘conveniência’ de o príncipe delegar o exercício da justiça a magistrados e de não realizar pessoalmente” (HOMEM, 2003, p. 53). Nas monarquias modernas, com fraca centralização, os juízes possuíam elevada discricionariedade para tomar suas decisões, com ampla liberdade para criar o direito. Nas palavras de António Manoel Hespanha, competia aos juízes dizer o direito

diante de poucas regras que regiam a sociedade e, por vezes, regras que se contrapunham aos costumes vigentes:

A regra mais geral de conflitos no seio desta ordem jurídica pluralista não é, assim, uma regra formal e sistemática que hierarquize as diversas fontes do direito, mas antes o arbítrio do juiz na apreciação dos casos concretos (*arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est*, fica ao arbítrio do juiz aquilo que não está definido pelo direito). É ele que, caso a caso, ponderando as consequências respectivas, decidirá do equilíbrio entre as várias normas disponíveis (HESPANHA, 2005, p. 11).

Homem (2003, p. 254) adverte que Tomás de Aquino definiu que a função dos juízes se encontrava com a dos reis, pois o “juiz é a Justiça animada e o rei é o guardião do justo”. Isso equivalia considerar os príncipes e os juízes como mediadores entre as ordens jurídicas supra positivas e o direito positivo.

Entretanto, ainda nessa sociedade, surgiu o fundamento para início da responsabilização dos magistrados, o paradigma do juiz perfeito, que seria o modelo de magistrado apto a exercer o poder jurisdicional, que retira a razão de suas decisões dos valores existentes na sociedade perpetuados por uma ordem divina. A conduta do magistrado devia ser guiada pelo temor a Deus, o que não lhe permitia promover qualquer injustiça. Se considerado, porém, injusto, a mácula o excluía do ofício por ser indigno do poder jurisdicional sob sua tutela, devendo ser, assim, responsabilizado pela deturpação dos valores da ordem pré-existente (GARRIGA, 2007).

A responsabilização dos magistrados na Idade Moderna

Com a passagem desse sistema de governo da monarquia feudal para a monarquia absolutista e, conseqüentemente, com a formação dos Estados nacionais e a integração jurisdicional do espaço político, a autoridade e o poder de julgar passaram para o domínio do monarca, a quem caberia, sob sua autoridade, julgar todos os conflitos para promover a paz social.

O incremento da idéia de regular as relações jurídicas por meio de normas gerais, e não de regras válidas caso a caso, coincide com o aumento da autoridade do rei, sobretudo em desfavor dos privilégios do clero e da nobreza. O soberano passa da função de árbitro dos dissídios, de fonte de decisões, para o papel de chefe do governo e chefe do Estado: diante dele não estão mais pessoas qualificadas pela tradição, pelos títulos, senão súditos, embora ainda não súditos abstratos e cobertos pela igualdade jurídica. O príncipe se comunica com os seus vassallos – e só o rei tem vassallos – por meio do regulamento, que ao reconhecer os direitos fixos do estamento, delimita-os. Leis para quase-funcionários, aptas a ressaltar a supremacia real e capazes de organizar, por meio de cargos e privilégios, a ordem política do reino (FAORO, 1998, p. 64).

O rei é visto como *princeps*, detentor de todo o poder e soberania sobre seus súditos, a quem é atribuído um poder absoluto, não submetido a qualquer lei ou ordem, representando

um juiz supremo, detentor de todo o poder jurisdicional, por escolha divina (GARRIGA, 2007). O desafio, contudo, constituía-se em transformar a antiga ordem jurídica diante do novo quadro de centralização política (LEITE, 2006).

Rompe-se, assim, com o modelo tradicional no qual os juízes possuíam amplos poderes, inclusive para inovar o ordenamento jurídico, uma vez que suas interpretações das leis e dos costumes não possuíam limites. Valoriza-se a ideia de centralização legislativa, passando o papel da interpretação das leis a ser exercido com exclusividade pelo rei. Inegavelmente a figura do juiz perde força, tornando-se ele uma figura inanimada, a quem cabe exclusivamente a subsunção da lei ao caso concreto, não lhe sendo permitida qualquer margem interpretativa, devendo realizar uma interpretação autêntica do texto legislativo, ou seja, ao juiz cabe tão somente reproduzir a lei. A célebre frase do barão de Montesquieu representa com clareza o pensamento vigente à época sobre a função dos juízes: “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei” (MONTESQUIEU, 2000).

A lei passa a exercer papel predominante no sistema jurídico dos estados nacionais. Passou-se a considerar o subjetivismo das interpretações dos juízes a causa das injustiças e incertezas, por tornar o juiz suscetível a corrupções e desmandos. Nesse cenário promoveu-se a redução do poder dos governos locais e, com o pretendido controle sobre o poder interpretativo das autoridades judiciais, deixam de existir também os direitos locais, dando lugar a um direito nacional, aplicável a todas as pessoas que viviam no país.

Essa mudança de perspectiva da ordem jurídica é a característica do fim da ordem jurídica tradicional e do surgimento da ordem jurídica moderna, em que a justiça deixa de ser vista como justiça de juízes e passa a ser vista como uma justiça das leis (HESPANHA, 1990). A ordem jurídica moderna, ou ordem constitucionalista, tem como característica a visão do indivíduo como sujeito de direitos e como fundamento último e razão de ser do Estado, sendo o papel desse assegurar os direitos naturais do indivíduo.

A partir daí surge a obrigação dos juízes de motivar suas decisões, a fim de que possam ser controladas pelo rei para evitar injustiças. Com esse aumento de mecanismos de fiscalização da função jurisdicional, os recursos judiciais são institucionalizados (inclusive o recurso extraordinário ao rei, para que exerça o seu poder jurisdicional diretamente e decida o que deve valer no conflito social). Passa também a ser prevista a possibilidade de responsabilidade pecuniária e administrativa (afastamentos, censuras e perda do cargo) dos juízes quando praticassem injustiças, ainda que sem dolo de prejudicar ou beneficiar qualquer das partes, por simples erro de apreciação. Podemos definir esse como o marco inicial da responsabilização processual dos magistrados na Modernidade.

No caso do Estado Nacional português, as Ordenações Manuelinas atribuíram ao Corregedor o exercício da função fiscalizadora do trabalho dos juízes a fim de verificar se alguma injustiça estava sendo promovida para subsidiar a sua responsabilização (AZEVEDO, 2000).

As medidas de responsabilidade já passam a ser previstas nas Ordenações Manuelinas, em especial no Livro I, título XLIV, seja na sua primeira parte, em que se obriga o juiz a realizar inquirições dentro do prazo sob pena de ser afastado por dois anos e pagar multa, seja na

segunda parte, em que, mais direta e explicitamente, prevê-se a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados na determinação e na realização de devassas.

A ruptura do modelo de uma justiça de juízes ecoou ainda mais fortemente no Estado de Portugal com as reformas promovidas em meados do século XVIII por Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal, que ficaram conhecidas como reforma pombalina.

A edição da Lei da Boa Razão, em 18 de agosto de 1769, representou um marco da ruptura com a ordem jurídica tradicional e do desenvolvimento da ordem jurídica moderna em Portugal. A referida lei rompe com o saber jurídico tradicional, arraigado no direito canônico e no Direito Romano, exclusivamente amparado pelas tradições e pelos costumes, voltado para a manutenção de uma ordem moral pré-existente. A Lei da Boa Razão coloca o indivíduo como sujeito de direitos, traz a preponderância das leis escritas como fonte do direito, sendo o soberano, portanto, o detentor desse monopólio da edição do Direito, criticando e minando o arbítrio e excessivo poder dos juízes e o seu poder de criar o Direito (TELLES, 1865).

A reforma pombalina e a lei da boa razão trouxeram, assim, fortes ataques às funções e aos poderes dos magistrados, retirando, em tese, desses o poder de interpretar as leis, exigindo-se a submissão dos juízes à soberania do rei representada pelas leis e Códigos. Pode-se dizer que a pretensão da centralização política correspondeu ao controle da atividade jurisdicional, criminalizando as autoridades pelo desvio de condutas reprováveis pelo poder central.

Nesse sistema, o monarca era o titular da soberania, nomeando juízes para atuarem em seu nome. A fim de impedir que houvesse injustiças praticadas em seu nome, havia a possibilidade de as partes, insatisfeitas com as decisões dos juízes, apresentarem recurso extraordinário diretamente ao rei, para que apreciasse a matéria. Além disso, o monarca exercia forte influência política sobre os juízes, os quais, em razão da ausência de independência, ficavam suscetíveis a essas pressões, uma vez que o rei poderia, se insatisfeito com qualquer decisão ou procedimento adotado pelo juiz, promover a sua remoção para outro local ou mesmo exonerar o magistrado de sua função.

Assim, o despotismo esclarecido promovido pelas reformas pombalinas transformou a função dos juízes da época, limitando o seu poder jurisdicional, atrelando-o à vontade do monarca instrumentalizada nas leis.

Sendo o Brasil colônia de Portugal, inegavelmente, que a nova concepção da ordem jurídica foi incorporada no exercício do poder jurisdicional do Brasil, em especial após a criação do Casa de Suplicação na América portuguesa, momento no qual o Direito passou a ser aplicado com rigor e de forma profissional na colônia (WEHLING, 2013).

Esse novo paradigma do direito português teve aplicação no Brasil não só porque o país fora colônia portuguesa durante vários séculos, e naturalmente influenciada por toda a tradição jurídica desenvolvida até a independência, mas também porque os juristas do Brasil eram formados em Coimbra, não havendo, à época, curso de Direito no Brasil, de modo que essa influência se perpetuou mesmo após a independência (OLIVEIRA, 2013).

No primeiro reinado no Brasil, instituído a partir de 1822 com a decretação da Independência, o papel do Judiciário manteve-se combalido, em especial com a forte interferência do Poder Moderador, bem como pela impossibilidade de, em tese, realizarem interpretações de lei, cujo papel cabia ao imperador, sendo a atuação do magistrado limitada à subsunção da lei ao caso concreto (SLEMIAN, 2011).

A questão da responsabilização dos juízes pelos erros que cometessem em sua atuação profissional teve um aprofundamento de seus fundamentos na Constituição brasileira de 1824, com a exigência de fundamentação das suas decisões.

Uma das decisões do governo, divulgadas logo após a outorga da Constituição de 1824, previa que todos os juízes deveriam declarar circunstanciadamente as razões das sentenças 'conforme o liberal sistema ora abraçado'. Ou seja, deveriam eles prestar esclarecimentos de seus atos, pelos quais, na lógica do novo regime, poderiam ser responsabilizados. [...] A defesa de que todos os agentes do Estado deveriam ser responsáveis por seus atos passaria a ser fundamental como ponto de legitimidade aos novos regimes constitucionais. No Brasil, ela entraria na pauta dos trabalhos legislativos logo após a abertura da Câmara dos Deputados, sendo que uma das propostas para sua efetivação era um projeto de lei que inclui os delitos e penas para todos empregados em geral. No entanto, também por razões que envolveram as disputas políticas no Primeiro Reinado, a lei de responsabilidade, aprovada em 15 de outubro de 1827, previa a cobrança da mesma apenas aos ministros e secretários de Estado. Para o caso dos agentes judiciários, ela estava inscrita na Constituição (artigo 156) mas não haveria uma lei específica para a mesma, e sim procedimentos previstos no Código do Processo em seus regulamentos (SLEMIAN, 2011, p. 238-239).

Entretanto, com o passar dos anos e com o desenvolvimento das ideias liberais, esse modelo foi alterado substancialmente em razão da defesa de uma separação dos poderes para se assegurar um exercício pleno da função jurisdicional aos juízes, sem as pressões e ingerências dos governantes.

A superação do modelo de responsabilidade da Idade Moderna e a atual conjuntura do debate no Brasil

Deve-se registrar que o desenvolvimento dos ideais iluministas tivera relevante participação na superação desse modelo, especialmente em razão da defesa do princípio da separação de poderes, com afastamento da influência e ingerência dos governantes sobre os demais poderes, de modo a permitir que os juízes exercessem suas funções sem sofrer pressões ou ter que se submeter às vontades do governante.

O modelo de responsabilidade até então vigente foi considerado impróprio e ultrapassado porque deixava os juízes infensos a pressões políticas dos governantes, que tinham na possibilidade de aplicação de penalidades aos magistrados um poder de barganha para conseguirem determinar o entendimento a ser seguido no desempenho da atividade jurisdicional.

Nesse sentido, em nome de uma independência no exercício da função jurisdicional, houve um exacerbado abrandamento das responsabilidades dos magistrados no exercício de suas funções, de modo a somente ser a ele imputável qualquer responsabilidade nos casos de cometimento de fraudes, conluíus e quando se verificasse erro doloso. Ou seja, pretendeu-se permitir aos magistrados condições de desenvolver de forma plena e livre sua função, sem os receios de ingerências de governantes sobre a sua atividade interpretativa.

Além disso, a fim de afastar qualquer influência externa sobre o exercício da função jurisdicional, a fiscalização da atuação dos magistrados era realizada por Corregedorias vinculadas ao próprio Tribunal a que estivesse vinculado o magistrado, circunstância que se verificou propensa ao corporativismo e fez minguar os casos de responsabilização de juízes (SMELIAN, 2011).

Esse é o modelo de responsabilidade dos juízes vigente no Brasil. As penalidades constitucionais previstas para os magistrados, a exemplo da pena máxima de aposentadoria compulsória caso o magistrado já tenha completado o período probatório de dois anos, mostraram-se sobremaneira frágeis.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 iniciou o processo de mudança desse sistema, com a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão externo e composto não-exclusivamente por juízes, encarregado de fiscalizar e penalizar os magistrados que incorressem em faltas administrativas e disciplinares em razão do descumprimento de suas obrigações previstas na Lei Orgânica da Magistratura (lei complementar n. 35/1979) e no Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 2015 não alterou o referido modelo de responsabilidade, mantendo a responsabilização dos juízes limitada aos casos de fraude, erro doloso ou omissão ou demora injustificada no desempenho de suas funções, sendo, ainda, salvaguardado que essa responsabilidade civil pelos danos causados será sempre subsidiária.

O Projeto de Lei do Senado n. 280/2016, entretanto, busca alterar esse modelo de responsabilidade, incluindo novas hipóteses e circunstâncias que atraem a responsabilidade dos magistrados e demais servidores públicos no exercício de suas funções. O que pretendem os senadores que defendem o referido projeto é mudar o paradigma da responsabilidade hoje vigente, para não haver ampla e plena discricionariedade dos magistrados, limitando-se a liberar a interpretação dos magistrados (semelhante ao modelo de justiça de juízes). Por sua vez, aqueles que se opõem ao referido projeto entendem que representa ele um retrocesso, por tentar implantar modelo de responsabilidade próprio daquele que vigeu na Idade Moderna, de uma justiça das leis, com pressões políticas interferindo na função jurisdicional e violando a separação de poderes.

O referido projeto de lei tipifica como crime algumas condutas de magistrados e demais autoridades públicas que decorrem de erros no exercício de suas funções, trazendo consequências concretas e objetivas para a incorreta apreciação das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto pelo magistrado.

Entretanto, algumas disposições desse projeto de lei são controversas, principalmente porque podem levar a um engessamento da atividade jurisdicional e um controle-imposição

sobre a figura do juiz, o que levaria a um rompimento do princípio constitucional da separação dos poderes.

A principal controvérsia sobre o referido projeto que altera o modelo de responsabilidade dos magistrados está no dispositivo que permite uma responsabilização criminal dos juízes pela interpretação que esse venha a fazer da regra jurídica, ou seja, institui o crime de hermenêutica, o que afasta a liberdade de atuação do juiz, apequena a função jurisdicional, e amordaça o Judiciário.

A fim de afastar os pontos controvertidos do referido projeto, e amenizar as alterações no modelo de responsabilidade dos agentes públicos, foi apresentado, em paralelo, o Projeto de Lei do Senado n. 85/2017, com contribuições do Ministério Público Federal, que entre outras medidas proíbe a responsabilização criminal do magistrado pela interpretação do texto legal.

Resta saber qual modelo de responsabilidade dos juízes resultará desse processo legislativo e qual paradigma será seguido, o de uma justiça de leis ou o de uma justiça de juízes, ou se superaremos essa dualidade já antiquada e ultrapassada.

Conclusão

A questão da responsabilidade dos juízes vem sendo desenvolvida ao longo da história com a oposição de dois modelos: um paradigma de "justiça de juízes", que vigeu durante a Idade Média, especialmente na Península Ibérica, em que não havia que se falar em responsabilidade de juízes, pois eram eles que falavam o que era o direito, não havendo quem controlasse sua função, até mesmo pela falta de um balizamento para controle desse poder; e outro referente a uma justiça das leis, em que a responsabilidade dos juízes é utilizada como forma de controle e submissão da função jurisdicional ao poder do governante.

Referida dualidade, entretanto, está superada pelas ideias de separação de poderes e Estado de Direito, em que se reconhece inegavelmente que os juízes não podem sofrer influências e pressões do governante na função jurisdicional, devendo exercer sua função de forma livre e com isenção, entretanto de forma vinculada ao sistema jurídico vigente, ou seja, deve o juiz exercer suas atividades de acordo com a lei, sendo essa uma garantia constitucional de segurança jurídica dos jurisdicionados.

Assim, entendemos que o debate que se faz em torno dos Projetos de Lei do Senado n. 280/2016 e n. 85/2017 não podem ser marcados pela dualidade dos modelos de responsabilidade - justiça de juízes x justiça das leis -, devendo ser amplamente debatidos para se chegar a um paradigma consentâneo com a ordem constitucional vigente, harmonizando-se com os princípios constitucionais e com a própria ideia de Estado Democrático de Direito.

Referências

- AGÜERO, Alejandro. "Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional", In: LORENTE, Marta. De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870 (Org), Madrid: CGPJ, 2007, p. 21-58.
- ANDERSON, Perry. A linhagem do Estado absolutista. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1974.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. O reinado de D. Manuel e as ordenações manuelinas. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v. 95. p. 19-32. 2000.
- BRASIL. Emenda a Constituição n. 45, de 30.12.2004. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 08 ago. 2017.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16.03.2015. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 ago. 2017.
- BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14.03.1979. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.
- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Ordinária n. 280, de 05 de julho de 2016 que define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg_getter/documento?dm=4790078&disposition=inline>. Acesso em: 04 ago. 2017.
- CORREGEDOR. In: GRANDE Enciclopédia Portuguesa e Brasileira. Lisboa; Rio de Janeiro: Editorial Enciclopédia. 1935-60. p. 741-742, v. VII.
- FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998, v. 1.
- GARRIGA, Carlos. ¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y punto de vista. PolHis, V, 10 (2012): 89-100. Disponível em: <<https://www.academia.edu/23872807/>>. Acesso em: 04 ago. 2017.
- HESPANHA, António Manoel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. Comunicação apresentada no Encontro Brasil-Portugal: sociedades, culturas e formas de governar no Mundo Português – sécs. XVI a XVIII, Departamento de História e Linha de Pesquisa História Social da Cultura/PPGHIS, UFMG, Belo Horizonte, 2005. Disponível em <www.hespanha.net>. Acesso em: 01 ago. 2017.
- HESPANHA, António Manuel. Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução. In: CLÁVERO, Bartolomé; GROSSI, Paolo, e TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Hispania: Entre derechos propios y derechos nacionales, Firenze, 1990, I, p. 135-204. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/biblioteca/034/0139.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.
- HOMEM, António Pedro Barbas. Judex perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820. Lisboa: Almedina, 2003.
- LEITE, Rosimeire Ventura. Organização judiciária nas Ordenações Manuelinas. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 101. jan/dez 2006. p. 1021 - 1044.

- LE GOFF, Jacques. A civilização do ocidente medieval. Vol. II. Lisboa: Estampa/Imprensa Universitária, 1984.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824). *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro. v. 48, n. 3. p. 611-654. 2005.
- MACIEL, Lizete Shizue Bomura; SHIGUNOV NETO, Alexandre. A educação brasileira no período pombalino: uma análise histórica das reformas pombalinas do ensino. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 465-476, Dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022006000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 Aug. 2017.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. Confronto de poderes: Carta constitucional de 1824 já nasceu polêmica: arbítrio da Coroa ou modelo inovador de governo representativo? *Revista História da Biblioteca Nacional*. Rio de Janeiro. n. 98. p. 66-75. 2013.
- PESSANHA, José Américo M.; e LAMOUNIER, Bolívar. Os Pensadores - Montesquieu - Vida e Obra. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- PORTUGAL. Ordenações Manuelinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l1p290.htm>>. Acesso em 02 ago. 2017.
- RAMIRES, Maurício. Aspectos da relação entre a independência judicial e a responsabilidade disciplinar dos juízes por suas decisões – os casos português e brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. 2012, n. 9, p. 5437 - 5481. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/09/2012_09_5437_5481.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.
- SLEMIAN, Andréa. A administração da Justiça nas primeiras décadas do Império do Brasil: instituições, conflitos de jurisdições e ordem pública. *R. IHGB*. Rio de Janeiro. v. 452. p. 225-272. jul./set. 2011.
- SOBOUL, Albert. Dictionnaire historique de la Révolution française. 2. ed. Paris: PUF, 2006.
- SODRÉ, Elaine Leonara de Vargas. As primeiras normas jurídicas do Brasil Independente (1822-1832). *Revista do corpo discente do programa de pós-graduação em História da UFRGS*. Rio Grande do Sul. n. 4, v. 2. p. 179-188. nov. 2009.
- STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: BARBAS HOMEM et al (Org.). *O perfil do Juiz na tradição Ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009.
- TELLES, José Homem Côrrea. *Commentário Crítico á Lei da Boa Razão, em data de 18 de agosto de 1769*. Lisboa: Typographia de Maria de Madre de Deus, 1865.
- WEHLING, Arno. Uma transição na Justiça luso-brasileira: da Casa da Suplicação ao Supremo Tribunal de Justiça (1808-1829). *R. IHGB*. Rio de Janeiro. v. 461. p. 119-134. out./dez. 2013.

Interdisciplinaridade e história da litigiosidade

Código de Procedimiento Civil venezolano “de 1990” y el Código de Processo Civil brasileño de 2015: eventuales aportes del ordenamiento jurídico brasileño al proceso venezolano

José Angel Cornielles Hernández¹

Resumen: El CPC venezolano es uno de los pocos instrumentos previos de la Constitución de 1999, que aún permanece en vigor. Esta vigente desde 1990, sin embargo, el código actual se remite esencialmente al CPC de 1873 (reformado en 1897, 1894, 1916, 1986 y el último, reformado en 1990). Este contexto coloca el código en una fase metodológica superada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Lo habitual son los procesos que se extienden a lo largo de los años. El proceso totalmente escrito y excesivamente técnico, que disminuye la posibilidad de promover medios adecuados para la resolución de conflictos y prohíbe la actividad probatoria del juez. El proceso civil venezolano permanece en una era de relaciones jurídicas y sociales superadas, lo que exige ser actualizado. Venezuela debe observar la experiencia de Brasil, que tiene un CPC de 2015, elaborado sobre la base de un sistema abierto y flexible; preocupado por la protección de los derechos de las personas adecuada, tempestiva y efectiva, a través de un proceso justo en el Estado de Democrático Constitucional, que defiende la primacía del juzgamiento del mérito, el deber de incentivar la autodeterminación y autonomía de la voluntad, la prohibición de decidir sin audiencia y cooperación para el proceso.

Palabras clave: CPC-2015, CPC venezolano, proceso civil; ordenamiento jurídico; Brasil; Venezuela.

Introducción

En Venezuela el CPC es uno de los pocos instrumentos jurídicos anteriores a la Constitución de 1999, que aún permanece vigente; las demás competencias (procesal penal, procesal laboral, protección de niños y adolescentes, contencioso administrativo) cuentan con regulaciones más recientes adaptadas al marco constitucional. El CPC venezolano vigente es del año 1986, con reformas parciales en los años 1987 y 1990 (Gaceta Oficial n° 4.209 del 18 de septiembre); sin embargo, el código esencialmente se remonta al Código de Procedimiento

¹ Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bolsista OEA/PAEC/CAPES.

Civil de 1873 (reformado parcialmente en los años 1897, 1894 y 1916, este último, reformado en 1986 y aún vigente en sus instituciones fundamentales). Ese contexto ubica al código en una fase metodológica superada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos que también han avanzado en sus modelos de Estado (Estado Social, Estado Liberal, Estado Democrático Constitucional).

El código diseña un proceso ordinario dividido en espacios para la admisibilidad, conocimiento y ejecución; y ocho procedimientos especiales que normalmente tienden a seguir las normas del procedimiento ordinario. Lo habitual son los procesos que se extienden durante años. El proceso es totalmente escrito y excesivamente técnico; se desarrolla bajo el principio dispositivo y aunado a la posibilidad de recusación del juez, la posibilidad promoción de medios adecuados a la resolución de conflictos es mínima. Se prohíbe la actividad probatoria del juez, salvo el "auto para mejor proveer" que se puede dictar únicamente en determinados casos y en estado de sentencia.

Lo resultante es un proceso civil que se mantiene en una época superada de relaciones jurídicas y sociales, que precisa con urgencia ser actualizada para un sistema de tutela de los derechos de las personas adecuada, tempestiva y efectiva mediante el proceso que es instrumento para la realización de la justicia, para así afirmar la existencia de un Estado Democrático Constitucional.

Venezuela, que desarrolla un proyecto para un nuevo código procesal civil (aprobado en segunda discusión por el legislativo nacional), debe observar la experiencia de Brasil, que cuenta con el CPC de 2015 (Ley 13.105 del 16 de marzo de 2015), elaborado con base en un sistema flexible construido sobre el paradigma de la colaboración, preocupado por la tutela de los derechos de las personas, que propugna la primacía del juicio de mérito, el deber de estímulo a la autocomposición y la autonomía de voluntad para la celebración de negocios procesales, la prohibición de decidir sin audiencia de las partes, la buena fe objetiva y la cooperación en el proceso, la gestión racional del tiempo en los procesos e os casos repetitivos y los precedentes normativos formalmente vinculantes.

Proceso civil venezolano

El CPC venezolano de 1986 que permanece en vigencia, con reformas parciales en los años 1987 y 1990, por su diseño remite al Código de Procedimiento Civil venezolano de 1873 (reformado parcialmente en los años 1897, 1894 y 1916, este último, reformado en 1986). Tal como se ha realizado en otras áreas en Venezuela (*penal, laboral, protección de niños y adolescentes, contencioso administrativo*), el proceso civil debe ajustarse a los postulados constitucionales de 1999 para abandonar las prácticas que mantienen a la justicia civil en un espacio únicamente deseado por los litigantes que apuestan a los largos procesos cuya sentencia ideal es aquella que no resuelve el mérito de los asuntos.

Dentro de los problemas más complejos del CPC venezolano vigente se encuentra lo relativo al procedimiento para la práctica de las citaciones que incluye la citación personal, por correo o mediante publicación en diarios empresas; la citación del demandado en principio es personal y se entiende agotada una vez cumplido el tercer intento fallido por parte del funcionario judicial. Seguidamente se podrá pasar a la fase de publicación de avisos en los diarios impresos (dos veces en con intervalo de tres días entre uno y otro) en conjunto con un cartel que fija el secretario del tribunal en el domicilio del demandado. La citación por correo físico resulta aplicable únicamente en el caso de las personas jurídicas. Este procedimiento es una fuente de retardo y un incentivo para la corrupción.

El juzgamiento del mérito no es prioritario. La discusión sobre la admisibilidad cuando resulta en la extinción del proceso es el mejor ejemplo de una buena práctica judicial bajo el diseño del proceso civil actual. El modelo obedece a las llamadas cuestiones previas que están diseñadas para que el juzgamiento del mérito sea un tema excepcional.

Tampoco es considerado como un asunto relevante la promoción de los medios adecuados a la solución de conflictos. En el CPC de 1986 existen disposiciones que regulan los medios de autocompación procesal, no obstante, dentro del modelo procesal actual no se encuentra una fase procesal exclusiva para la promoción de los medios adecuados para la resolución de conflictos. Ciertamente, en el marco del principio dispositivo que domina el esquema procesal civil venezolano, no está vedada la posibilidad de acuerdo entre las partes, sin embargo, el escenario y las herramientas para propiciar el dialogo adecuado de los sujetos procesales no están a disposición bajo el sistema del CPC vigente en Venezuela.

En efecto, actualmente el nuevo CPC venezolano se encuentra en desarrollo y en el año 2015 fue aprobado un proyecto en segunda discusión por la Asamblea Nacional (Poder Legislativo Nacional). Sin embargo, la situación de inestabilidad institucional de los recientes años ha desviado la atención de estos temas y el debate se centra en la situación de desacato institucional en la que se encuentra la Asamblea Nacional (declarado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia), el Estado de Excepción decretado en 2015 que permanece vigente y la Asamblea Nacional Constituyente, también sustentada en una sentencia de la Sala Constitucional. A todo evento, será consultado ese proyecto de CPC a los fines de observar el diseño que se propone respecto de la organización judicial.

Organización de la justicia civil en Venezuela.

El primer problema que se debe anotar sobre la organización judicial de Venezuela es que los cargos de jueces son ocupados por jueces provisorios, esto es, no son funcionarios que resultaron ganadores de un concurso público para optar al cargo de juez titular, son funcionarios designados por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia para ocupar esos cargos. Eso no significa que se trate de profesionales sin meritos para ejercer esas funciones o que no reúnan los requisitos de ley para ser jueces. Los concursos para elección de jueces no son habituales desde hace algunos años en Venezuela y la regla son las

designaciones provisorias, aunque la Constitución y la ley indican lo contrario. En ocasiones se realizan "concursos" en los que es un criterio de evaluación la experiencia judicial (que solo poseen los jueces provisorios). Es una realidad ampliamente conocida en el país que se extiende para la mayoría de los cargos de la Administración pública.

Por otra parte, el CPC venezolano vigente (reforma de 1986), establece la conformación judicial de los juzgados de municipio, los juzgados de primera instancia, los juzgados superiores civiles y la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia; todos son órganos unipersonales salvo la Sala de Casación Civil que es un órgano colegiado integrado por cinco Magistrados y un juzgado de sustanciación. La competencia civil comporta los asuntos civiles en sentido general (estado y capacidad de las personas, familia, contratos, bienes), los asuntos mercantiles y los casos de tránsito. Otros asuntos civiles, por ejemplo, los relativos a niños y adolescentes, corresponden a tribunales diferentes regidos por leyes especiales.

El juzgado de municipio conoce en primer grado asuntos determinados por la cuantía de la demanda (y transitoriamente, desde 2010 ejercen además competencias contencioso administrativas). El juzgado de primera instancia civil en ningún supuesto funciona como superior jerárquico del tribunal de municipio. El tribunal de segundo grado común de esos juzgados es el superior civil (que desde 1976 actúa además como juzgado de primer grado en lo contencioso administrativo). La máxima instancia judicial en la materia es la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que le corresponde conocer el recurso de casación civil y resolver conflictos de competencia entre tribunales con competencia civil ordinaria (es decir, que el conflicto no resulte entre tribunales de diferente competencia y que no se refieran a la materia constitucional).

Como ya se indicó, los juzgados civiles son órganos judiciales unipersonales, esto es, integrados por un juez que dirige todas las fases del proceso en conjunto con un secretario y otros funcionarios judiciales. Actualmente en el proceso civil venezolano no existe una fase para la mediación o conciliación, a diferencia del proceso laboral o en el proceso de protección de niños y adolescentes, por ejemplo, que disponen una fase para ello e incluso se creó un órgano judicial específico con esa función, son los denominados juzgados de primera instancia en funciones de mediación. Véase que el legislador venezolano en materia laboral y de protección de niños y adolescentes, ha dispuesto que las funciones de mediación y decisión sobre el mérito del asunto recaigan en jueces diferentes, como una forma de disminuir los casos de adelanto de opinión que podrían afectar la imparcialidad del juez y generar eventuales recusaciones.

Esa forma de funcionamiento, con jueces de primer grado con diferentes funciones (mediación y juicio) aparece en el proyecto de CPC venezolano de 2015, ya que incluye jueces de mediación y jueces de juicio ambos de primera instancia, como se regula en Venezuela en el proceso laboral según la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de 2002 (Gaceta Oficial nº 37.504 del 13 de agosto) y el proceso de protección de niños y adolescentes según la Ley Orgánica de Protección del Niño y Adolescente de 2007 (Gaceta Oficial nº 5.859 del 10 de diciembre, reformada en 2015).

La excepción a esa tendencia de separar jueces por sus funciones (mediación y juicio) en las leyes procesales posteriores a la Constitución de 1999, se encuentra en el proceso contencioso administrativo que incluye oportunidades para la mediación en sus procedimientos, pero delegó esas funciones al mismo juez encargado de decidir sobre el mérito de los asuntos. Eso puede deberse a que *-paradójicamente-* la solución de los asuntos contenciosos administrativos en la mayoría de los casos es la sentencia que resuelve el mérito, dadas las amplísimas prerrogativas del Estado que siempre lo ubican en una posición ventajosa indiferentemente de si el dispositivo de la sentencia le es o no favorable. Pueden existir otros motivos por los cuales no fue una preocupación en el Contencioso Administrativo dividir los jueces de acuerdo a sus funciones y conceder esas tareas al mismo juez.

Conviene precisar que tampoco la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010 (Gaceta Oficial nº 39.451 de 22 de junio) ordenó la creación de órganos multidisciplinarios para la mediación en esa competencia especializada, lo que significa que esa función fue otorgada al juez. Otro punto sería el relativo a la facultad limitada de los abogados que representan al Estado en juicio, quienes conforme a la ley precisan autorización expresa de la Procuraduría General de la República, de la Procuraduría de los estados o del Alcalde y del legislativo municipal, en el caso de la República, los estados y los municipios, según sea el caso.

Bien, en la actual justicia civil venezolana la salvedad sobre los órganos judiciales unipersonales se encuentra en la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, un órgano colegiado integrado por cinco Magistrados que además posee un juzgado de sustanciación (como es habitual es los órganos colegiados en Venezuela) para organizar las funciones de trámite y de juzgamiento dentro del tribunal. El pronunciamiento sobre la admisibilidad de las demandas y en su oportunidad, el pronunciamiento respecto de la admisibilidad de las pruebas, la distribución de las ponencias, la preparación de notificaciones y citaciones, fijación de oportunidad para la realización de audiencias entre otros actos de esa naturaleza, son realizados por los juzgados de sustanciación. Lo relativo al mérito del asunto (y la decisión sobre las medidas cautelares planteadas), corresponde a la Sala de Casación propiamente que se expresa mediante el ponente designado.

Como ya se indicó, el proyecto de CPC venezolano de 2015 propone un nuevo diseño de organización judicial en el que se dividen las funciones de mediación y decisión de mérito entre dos jueces de primer grado. Así, el juez a quien corresponde propiciar los medios adecuados para la resolución de conflictos será diferente de aquel a quien corresponde el juzgamiento del mérito del asunto, ambos se insiste, en el mismo grado (primera instancia).

Nótese que el proyecto de nuevo CPC venezolano usa la denominación "medios alternativos" para la resolución de conflictos, lo cual no es solo un tema de denominación, ello también deja ver que el modelo propuesto mantiene en un espacio excepcional o *alternativo* a las formas diversas de atención y tratamiento de los asuntos judiciales. Tanto es así que se confían las funciones de mediación a los jueces que no son especialmente formados para esa función. La división de funciones en primer grado de jurisdicción denota

la concepción que tiene el proyectista sobre medios adecuados para solución de conflictos y evidencia la insistencia en la figura de la recusación que mantiene las mismas reglas de los códigos anteriores.

Resulta conveniente explicar que la recusación dentro del ordenamiento jurídico venezolano (no solo en el proceso civil) es una forma de forzar el desprendimiento inmediato del expediente del juez que viene conociendo, con base en alguna de las causales que esencialmente se sustentan en la parcialidad del juez (con sanciones mínimas para su uso indebido); no es extraño el uso de este mecanismo para otros fines. Por las partes para retrasar el proceso o para trasladar un asunto hacia un juez diferente con criterio ajustado a los intereses del recusante (y será así mientras no sea adoptado el sistema de precedentes), o un juez con el que tienen algún vínculo o interés, todo ello con la intención de obtener una decisión favorable por cualquier vía. Por parte del juez (que intencionalmente adelanta su opinión) para desprenderse de asuntos difíciles o de relevancia política.

El proyecto de CPC venezolano de 2015 mantiene las mismas premisas, efectos y procedimiento de la recusación. Ello se mantuvo en otras competencias con leyes posteriores a la Constitución de 1999, no se ha incluido un mecanismo diferente en los demás procesos (laboral, protección de niños y adolescentes, contencioso administrativo) y ellos normalmente remiten al Código de Procedimiento Civil reformado en varias ocasiones, pero con raíces en un modelo superado por la mayoría de los Estados constitucionales.

Eventuales aportes del ordenamiento jurídico brasileño al proceso venezolano: organización de la justicia civil conforme el CPC brasileño de 2015

El CPC brasileño de 2015 (Ley 13.105 del 16 de marzo de 2015), fue elaborado con base en un sistema flexible construido sobre el paradigma de la colaboración, cuyo interés principal es la tutela de los derechos de las personas y la justicia. El CPC de 2015 propugna la primacía del juicio de mérito (art. 4), el deber de estímulo a la autocomposición y la autonomía de voluntad para la celebración de negocios procesales (arts. 3 y 190), la prohibición de decidir sin audiencia de las partes (art. 10), la buena fe objetiva y la cooperación para el proceso (arts. 5 y 6), la gestión racional del tiempo en los procesos e los casos repetitivos (arts. 12, 928, 976 a 987, 1.036 a 1.041) y los precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 489, § 1º, V y VI, 926 y 927).

Venezuela debe observar la experiencia de Brasil, cuyo CPC fue ampliamente influenciado por la doctrina más experimentada del país que se mantiene en constante dialogo con la doctrina internacional. No solo para su formación, desde su entrada en vigencia la doctrina mantiene un intercambio de ideas constante sobre el código con sus operadores principales. La producción académica incluso de los jueces es extensa y respetada. La participación de las universidades es valorada mediante la producción académica que es obligatoria dentro de los programas de maestría y doctorado. Un ejemplo de ese encuentro entre la doctrina y las instituciones del Estado se observa en el Foro Permanente de Procesalistas Civiles que se

reúne periódicamente para debatir todos los artículos del código y aprobar *-por unanimidad-* enunciados que son agregados a los códigos como una especie de comentarios para colaborar con la implementación adecuada de las disposiciones por los operadores de justicia o promover futuras modificaciones.

Es solo uno de los espacios de participación democrática promovidos por las instituciones de procesalistas que permite la participación de abogados y estudiantes de todo el país con diversas ideas y especialidades. También desde el Poder Judicial se ha promovido un encuentro similar, con las jornadas de Derecho Procesal Civil del Centro de Estudios Judiciales del Consejo de Justicia Federal, un escenario que no solo incluye a los jueces y también aprueba enunciados sobre los artículos del CPC 2015 desde la óptica de los funcionarios judiciales entre otros actores procesales como, por ejemplo, el Ministerio Público.

El CPC brasileño de 2015 se sustenta en el paradigma de la colaboración como un derivado de buena fe objetiva y propugna la primacía del juicio de mérito para la tutela de los derechos de las personas para alcanzar un proceso justo. El código contiene reglas específicas y diseña un escenario idóneo para materializar el deber de estímulo a la autocomposición y la autonomía de voluntad para la celebración de negocios procesales. La primacía del juzgamiento del mérito, la prohibición de decidir sin audiencia de las partes y la cooperación en el proceso, son algunos de los temas contenidos en el código. Es una constante que todos los principios con los que comienza el CPC brasileño de 2015, están diluidos en el código a los fines de crear mecanismos y herramientas que hacen posible su materialización.

La experiencia brasileña no solo aportaría elementos positivos al proceso civil, en general sus institutos resultarían adecuados en otras disciplinas (laboral, protección de niños y adolescentes, contencioso administrativo), dada la distribución de competencias por materias con leyes particulares que identifica al ordenamiento jurídico venezolano.

Mediación y organización de la justicia civil conforme el CPC brasileño de 2015.

Brasil al igual que Venezuela divide los tribunales por materias. Sin embargo, la justicia civil ordenada en el CPC es principalmente aplicada en todos los procesos incluso en aquellos en que el Estado es parte toda vez que Brasil no asumió propiamente un contencioso administrativo, sino que cuentan con juzgados especiales dentro de la justicia civil regulada como se indicó, por el CPC 2015. También fue así en Venezuela, sin embargo, la necesidad de adaptación a la Constitución de 1999 fue separando a las demás competencias para las que se crearon instrumentos propios; así, cada disciplina (laboral, protección de niños y adolescentes, contencioso administrativo) actualmente cuenta con tribunales o circuitos judiciales separados de la justicia civil y progresivamente se reducen las remisiones a las reglas del proceso civil.

La organización judicial civil brasileña incluye jueces unipersonales y colegiados; que conocen materia ordinaria o especial en el ámbito federal o estatal. El CPC 2015 para tratar lo relativo a los métodos adecuados a la resolución de conflictos, ordena la creación de

los centros judiciales de solución consensual de conflictos como uno de los auxiliares de justicia. Es decir, este sistema no concibe la separación de funciones de mediación y juicio entre jueces diferentes de primer grado, a diferencia de lo establecido en Venezuela en los tribunales del trabajo y en los de protección de niños y adolescentes, así como en el proyecto de nuevo CPC venezolano.

Así, esas tareas de mediación y conciliación están confiadas a funcionarios especialistas en la materia. Los jueces tienen el deber de promover el uso de mecanismos de autocomposición procesal, sin embargo, las sesiones y audiencias de mediación y conciliación, las realizan estos auxiliares de justicia. También se ofrece a las partes la posibilidad de hacer uso de las cámaras privadas de conciliación y mediación, que deben estar incluidas en el registro nacional y en el registro de los tribunales. Las partes pueden escoger, de común acuerdo, el conciliador, mediador o la cámara privada que atenderá su asunto.

Según esa concepción de organización judicial, la dirección de los actos tendentes a la solución adecuada de conflictos está confiada a personas especialmente preparadas para asumir las funciones de mediación y conciliación; por su parte, los jueces (y los demás sujetos que intervienen en el proceso) en un ambiente colaborativo (cooperativo, coparticipativo), deben promover estas formas de solución.

Conclusiones

Venezuela precisa de un nuevo proceso civil y debe observar la experiencia brasileña (que no es perfecta, pero ha sabido afrontar problemas aún más complejos que los presentes en Venezuela). El nuevo CPC venezolano no puede ser construido dejando de lado el CPC 2015 de Brasil y toda la doctrina producida con ocasión de su entrada en vigencia. No se trata de trasladar institutos para imponerlos en Venezuela sino de dialogar con otras situaciones jurídicas y debatir considerando otras formas de solución de controversias con la disposición de asumir nuevos paradigmas. Véase por ejemplo que dentro de los principios del proyecto de CPC venezolano de 2015, pese a ser un instrumento reciente, no aparece la colaboración, la buena fe objetiva, la primacía del juzgamiento del mérito, la prohibición de la decisión sorpresa ni se incluyen reglas específicas sobre los negocios procesales. Además, mantiene institutos del CPC antiguo que se rehúsan a siglos de evolución de los ordenamientos jurídicos. Desde esa perspectiva, es positivo que el proceso legislativo relativo al proyecto de CPC venezolano se encuentre paralizado.

Por ejemplo, con la concepción de la organización judicial brasileña (que no incluye jueces de mediación sino auxiliares de justicia para la mediación y conciliación), Venezuela se evitaría problemas relativos a los jueces provisorios (concursos para cargos de jueces) y a la recusación de jueces por adelanto de opinión en las sesiones o audiencias de mediación.

Efectivamente, existen institutos que en Venezuela no podrían estar incluidos en el CPC. Tal es el caso del trámite de las demandas o cuestiones repetitivas incluido en el CPC brasileño

de 2015, el procedimiento incidental establecido para el control difuso de la constitución y los precedentes. En Venezuela, esos institutos podrían incluirse en el contencioso administrativo o en la justicia constitucional, ya que las bases para ello están dispuestas en la Constitución venezolana de 1999.

Con el CPC 2015 en Brasil el proceso se construye sobre un nuevo paradigma: la colaboración de los sujetos intervinientes para el proceso. El resultado se debe al trabajo de muchas personas durante varios años. Indudablemente, es una experiencia que debe ser observada con detenimiento, es momento de un encuentro entre los ordenamientos jurídicos de Brasil y Venezuela, que aún mantiene vigente un código antiguo pero que suplica nuevos rumbos para la tutela adecuada de los derechos de sus ciudadanos.

Referencias

- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, p. 213, ago./2011.
- MADUREIRA, Claudio; ZANETI, Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*. vol. 272/2017, p. 85 – 125. Out / 2017 DTR\2017\5931.
- _____. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ZANETI, Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2º Edição, Editora Atlas, S.A., São Paulo 2014.

O acesso transnacional à justiça no cenário da harmonização jurídica internacional

Paula Soares Campeão¹

Gabriela Galimberti de Souza Pimenta²

Resumo: A partir da mudança paradigmática desenvolvida pela constitucionalização do direito processual civil internacional, empreendeu-se a normatividade dos princípios. A novel perspectiva principiológica possui o condão de alçar os princípios jurídicos à condição de elo normativo no processo de harmonização jurídica transnacional. Nesse cenário, importa destacar os Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS), que estabelecem padrões mínimos para garantir o acesso à justiça, sem discriminação por nacionalidade ou residência. O instrumento em voga promove uma ruptura com os ditames formalistas, preconizando a flexibilização da aplicação e da interpretação de seus vetores. Intenta estimular esforços multilaterais dos Estados no aprimoramento de técnicas de cooperação e de apoio internacionais. Assim, consagra-se o escopo de construção de um espaço de justiça sem fronteiras, no cenário da harmonização jurídica transnacional, em prol da salvaguarda dos interesses fundamentais da comunidade internacional.

Palavras-chave: Constitucionalização; Processo Internacional; Harmonização; Princípios.

Introdução

Vive-se, hoje, em um mundo globalizado, no qual as relações jurídicas ultrapassam as fronteiras dos Estados, não mais se circunscrevendo a um único ordenamento jurídico interno. Diante das transformações sociais decorrentes do fenômeno da globalização, os limites territoriais não podem configurar óbices à atuação estatal e ao exercício de direitos, tendo em vista que o Estado possui o dever de promover o pleno acesso à Justiça, em escala transnacional, como direito fundamental da pessoa humana.

A partir da mudança paradigmática desenvolvida pela constitucionalização do direito processual civil, empreendeu-se a assunção da normatividade dos princípios. A novel perspectiva principiológica possui o condão de alçar os princípios jurídicos à condição de elo normativo no processo de harmonização jurídica transnacional.

A busca pela harmonização dos sistemas jurídicos internacionais introduz desafios no sentido de se estabelecer uma relação de identidade entre os Estados. A novel dinâmica do

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo- UFES, Espírito Santo (Brasil).

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo- UFES, Espírito Santo (Brasil).

cenário da aldeia global conduz à reflexão sobre a necessidade de se construir, no plano internacional, relações de confiança, pautadas na incorporação, pelas nações, de valores fundamentais comuns, capazes de orientar o exercício da solidariedade nas interações transfronteiriças. O movimento de universalização dos direitos humanos nasce, nessa seara, como propulsor de um padrão de convergência valorativa no plano normativo e como terreno fértil para legitimar a confiança mútua das relações transnacionais.

Parte-se do pressuposto de que a comunidade internacional compartilha de um mínimo universalizável de valores básicos. Tais valores constituem tema de legítimo interesse internacional e encontram alicerce no ideal de direitos humanos, que transcende e extrapola o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, em prol da promoção e da proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2015, p. 71).

Dessa forma, pretende-se alcançar a harmonia jurídica transnacional, de modo a assegurar a continuidade e a uniformidade de valoração das situações plurilocalizadas. Para tanto, mister se faz promover e garantir a estabilidade do fenômeno jurídico multifacetado, por meio da unidade valorativa entre os diversos sistemas processuais interessados, adequando seus métodos processuais ao conjunto de princípios de direitos fundamentais.

Harmonização jurídica transnacional e os direitos humanos

A busca pela harmonização dos sistemas jurídicos internacionais introduz desafios no sentido de se estabelecer uma relação de identidade entre os Estados e de fomentar o intercâmbio cooperativo. A novel dinâmica do cenário da aldeia global conduz à reflexão sobre a necessidade de se construir, no plano internacional, relações de confiança, pautadas na incorporação, pelas nações, de valores fundamentais comuns, capazes de orientar o exercício da solidariedade nas interações transfronteiriças.

O movimento de universalização dos direitos humanos nasce, nessa seara, como propulsor de um padrão de convergência valorativa no plano normativo e como terreno fértil para legitimar a confiança mútua das relações transnacionais.

À luz dessa concepção, infere-se o vetor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais como princípios constitucionais adequados às exigências de justiça e dos valores éticos que conferem suporte axiológico para a harmonização jurídica internacional. A primazia da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador da prática jurídica de conexão mundial, devendo ser adotada como parâmetro de valoração orientador da interpretação e compreensão do sistema de valores fundamentais, em âmbito processual transnacional.

O auge dos direitos humanos de dimensão internacional, inseridos no contexto dos Estados Constitucionais, propiciou a preconização do acesso à justiça como princípio

fundamental e o conseqüente reconhecimento da obrigação de os Estados cooperarem juridicamente entre si com o escopo de realização e de proteção dos direitos humanos, em especial do direito de acesso à justiça em escala transnacional.

O atual cenário mundial se depara com a consagração de recentes instrumentos de *Soft Law*, dentre os quais se destacam os Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS)³. As linhas fundamentais deste instrumento apontam para a elevação da ideia de cooperação jurídica internacional ao patamar de princípio geral do processo civil internacional. Ademais, o aludido princípio é revestido por uma abordagem de viés obrigatório, compelindo os Estados a empreenderem esforços em prol da realização da justiça nos litígios privados de caráter transnacional.

Os Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS) estabelecem padrões mínimos para garantir o acesso à justiça, sem discriminação por nacionalidade ou residência. Segundo preconiza seu preâmbulo, são firmados com fulcro no direito internacional dos direitos humanos em consonância com os princípios consagrados pelas constituições modernas. Para tanto, desempenham a função de articular os poderes dos Estados em uma relação de coordenação e cooperação com o escopo de conquistar uma justiça transnacional eficaz.

O instrumento em voga promove uma ruptura com os ditames formalistas, preconizando a flexibilização da aplicação e da interpretação de seus vetores. Intenta estimular esforços multilaterais dos Estados no aprimoramento de técnicas de cooperação e de apoio internacionais.

Resta demonstrada, sob essa ótica, a tendência da prevalência da coordenação interjurisdicional em detrimento do paradigma da soberania estatal. Assim, consagra-se o escopo de construção de um espaço de justiça sem fronteiras, no cenário da harmonização jurídica transnacional, em prol da salvaguarda dos interesses fundamentais da comunidade internacional.

Acesso à justiça e adequação dos métodos processuais

Nesse passo, a conjuntura de harmonização dos sistemas jurídicos internacionais torna cogente o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos, especialmente aqueles processuais, que verdadeiramente propiciem o acesso à justiça em escala transnacional.

Afinal, a própria harmonização dos sistemas visa, em primeira instância, garantir a aproximação e a comunicação entre os diferentes sistemas jurídicos, de modo que os atos processuais praticados no âmbito doméstico possam reverberar, ser aproveitados e produzir efeitos em outros ordenamentos jurídicos, especialmente naqueles em que se pretende a tutela jurisdicional específica ao caso.

³ Instrumento aprovado pela Assembleia Geral da ASADIP, na reunião realizada em Buenos Aires, no dia 12 de novembro de 2016.

Nesse contexto, não basta simplesmente garantir o acesso à justiça dentro de um Estado/Nação, segundo seu ordenamento jurídico doméstico, sem que a tutela jurídica alcance os sujeitos e os objetivos aos quais se destina. De que adiantaria, por exemplo, a execução de um devedor no Brasil se todos os seus bens penhoráveis estivessem situados no exterior? É nesse ponto que a harmonização jurídica transnacional pretende atuar enquanto propulsora do acesso à justiça em escala transnacional, com vistas de alcançar não somente um pronunciamento judicial inócuo, mas sim uma tutela jurisdicional efetiva, que seja capaz de verdadeiramente tutelar o bem da vida pretendido por aquele que recorre à Justiça.

Dessa forma, e tendo em vista os passos largos com os quais caminha a globalização, a garantia do acesso à justiça em escala transnacional não pode ser entendida como opcional, sob pena de entraves importantes ao desenvolvimento político, econômico e social dos Estados que assim procederem. Como consequência, a harmonização dos sistemas jurídicos internacionais é medida que se impõe hoje, de maneira global e irretroatável.

Tal panorama possibilitou a incorporação, à codificação processual civil brasileira de 2015, de novos princípios jurídicos de teor constitucional, revelando uma postura protetiva dos sujeitos de direito envolvidos na relação processual. A recente realidade permitiu uma maior aproximação principiológica entre o sistema do Novo Código de Processo Civil e o espírito axiológico constitucional, canalizando a concreção dos direitos e garantias fundamentais.

O Capítulo I do Novo Código de Processo Civil elenca os eixos normativos que devem reger o processo civil, orientando sua interpretação, aplicação e estruturação conforme as linhas mestras das normas fundamentais da Constituição Federal. Nesse sentido, a ideia de Estado Constitucional apresenta-se como próprio fundamento do Código de Processo Civil, erguendo as balizas do modelo constitucional do processo civil.

O Estado Democrático de Direito repousa suas bases na Constituição, sustentando um núcleo principiológico a partir do qual o direito processual deve se reformular. O direito processual civil passa a se inspirar nos ditames do espírito constitucional e ser interpretado à luz dos princípios cardeais encartados constitucionalmente. O núcleo axiológico do processo civil revela a necessidade de a disciplina ser estudada a partir da perspectiva dos princípios de índole constitucional que a fundamentam.

A partir de uma dinâmica constitucional, o direito processual civil deve ser concebido como uma realidade sócio-cultural, cuja compreensão só é possível mediante referência e cognição dos valores que o fundamentam e o legitimam. Nesse sentido, padrões pré-determinantes do ordenamento jurídico tornam-se prescindíveis, cedendo lugar a vetores constitucionais direcionadores do direito (PERLINGERE, 2002), amparados pelo paradigma do *telos*: o direito deve estar voltado para atender a seus fins, tendo como escopo precípua a dignidade da pessoa humana.

Breve fechamento

O presente ensaio, com o escopo de atender à proposta de renovação dos estudos do direito processual civil de âmbito internacional, traçou fundamentos no paradigma da constitucionalização do direito processual civil, a fim de alçar o princípio do acesso à justiça ao patamar de direito fundamental em escala transnacional.

Retomou-se o curso da história, a partir da perspectiva da humanização ou repersonalização das relações processuais civis multifacetadas.

Sob a égide da eficácia social do processo civil transnacional, demonstramos que novos mecanismos jurídicos foram introduzidos como instrumentos em prol da efetivação da justiça substancial e da primazia da pessoa humana.

Para melhor compreender a tendência cooperativa no cenário internacional, realizamos uma abordagem acerca das contribuições empreendidas pelos Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS) e seus reflexos na ruptura com a perspectiva processual formalista. Destacamos a prevalência da novel perspectiva de fomento dos ditames cooperativos entre os Estados e dos esforços interjurisdicionais no sentido de salvaguardar valores fundamentais da pessoa humana na comunidade internacional.

Destarte, concluímos depositando nossa expectativa no paradigma da primazia da pessoa humana como sustentáculo de uma justiça solidária sem fronteiras.

Referências

- ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. de Marcos Augusto Maliska e Eise Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- KERAMEUS, Konstantinos. *L'harmonisation procédurale dans le monde contemporain*, DeCita, *Direito do Comercio Internacional, Litigio Judicial Internacional*, 2005.
- MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Coleção Fórum ANAPE. v. 2.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual, e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Faces do Multiculturalismo: Teoria - Política - Direito*. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

- PERLINGERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (Org.). Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.
- TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- ZANETI 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.

Famílias arco-íris transnacionais na sociedade internacional da contemporaneidade

Uriel Marcos Martins Loures¹

Resumo: O reconhecimento transnacional das relações familiares no tocante aos parceiros de mesmo sexo nos obriga a uma releitura do Direito Internacional Privado na esfera do desenvolvimento transfronteiriço das relações humanas na sociedade global da contemporaneidade. A crescente mobilidade humana implica diretamente numa maior mobilidade das relações jurídicas e conseqüentemente na maior conexão destas relações jurídicas a elementos de estraneidade. Estas relações pluriconectadas esbarram muitas vezes em obstáculos, especialmente no que tange as relações jurídicas concebidas numa jurisdição, mas que repercutem – ou visem repercutir – conseqüências em território de jurisdição diversa. Evidentemente que a regulamentação e incorporação das distintas situações familiares está intimamente ligada à legitimação dos direitos das minorias sexuais, que conjugado com a perspectiva de liberdade fundamental e mobilidade da pessoa na sociedade da contemporaneidade reflete a necessidade de internacionalização das relações familiares transnacionais nas suas distintas feições. Nesse contexto, a internacionalização da vida privada cotidiana faz com que cada vez mais a realidade dos casamentos e uniões entre pessoas do mesmo sexo se aproximem dos outros ordenamentos por meio dos quais diversos elementos de conexão se tocam, culminando em um terreno de imprecisões sobre aplicação e amplitude da proteção e regulamentação dessas relações.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado; Processo Internacional Privado; Harmonização do Direito Internacional Privado; Reconhecimento; União homoafetiva.

Introdução

Romeu e Julieta, uma estória de amor proibido. Uma estória de como a sociedade pode determinar como e quando uma pessoa pode expressar seu amor por outro. Uma estória de nomes e terminologia. Presos em uma ordem social além de seu controle, Romeu e Julieta precisam combater o poder, política e relações familiares.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos grupos de pesquisa: "O Direito Internacional e o Labirinto da Codificação" e "Núcleo de Estudo de Arbitragem e Processo Civil Internacional".

Meu inimigo é apenas o teu nome. Continuarias sendo o que és, se acaso Montecchio tu não fosses. Que é Montecchio? Não será mão, nem pé, nem braço ou rosto, nem parte alguma que pertença ao corpo. Sê outro nome. Que há num simples nome? O que chamamos 'rosa', sob uma outra designação teria igual perfume (SHAKESPEARE, 1998, p. 130).

Muito embora escrito no fim da década de 1590, Romeu e Julieta nos lembra do impacto sempre presente das normas sociais na natureza mais privada e íntima das relações entre casais. A desaprovação social pode até literalmente culminar na morte da relação. Todavia, Shakespeare vai mais além, e questiona se realmente é o amor que se despreza ou simplesmente o nome que atribuímos a ele. O amor proibido descrito por Shakespeare é onipresente e evidente na atual – e dita liberal – ordem social.

O reconhecimento dos direitos humanos das pessoas LGBTI somente veio a ser objeto de discussões nas últimas décadas após uma história milenar de invisibilidade e perseguição histórica². O que significa dizer que a condição de LGBTI, ao longo da história, foi objeto de violência inclusive por parte da comunidade científica e do Estado. Ainda é possível constatar a persistência do preconceito e discriminação que proscreve a comunidade LGBTI à marginalidade social reforçada pela negativa de reconhecimento de seus direitos. (RIOS, 2008)

A homossexualidade, uma vez descrita como "O Amor, que não ousa dizer o seu nome"³, se libertou das amarras da repugnância e lutou as normas sociais dominantes. A Dinamarca se tornou o primeiro país do mundo a conceder reconhecimento legal a casais de mesmo sexo em 1989. Desde então, outras jurisdições ao redor do mundo têm seguido o modelo. Pela primeira vez na história, casais do mesmo sexo podem se casar civilmente.

O comportamento das minorias sexuais, constituem "manifestações" diferentes da orientação heterossexual, mas têm uma natureza análoga – se não idêntica – a este último enquanto capacidade de cada pessoa a experimentar uma profunda atração emotiva, afetiva e sexual, de modo que não pode ser considerada diferente se direcionado a uma pessoa do mesmo sexo ou de sexo diferente.

No entanto, a existência de normas jurídicas negativas tem consolidado ao longo do tempo preconceitos sociais atrelados à homossexualidade, que ao se inverter essa lógica – como já registrado em algumas jurisdições – e atribuindo ao sujeito de direito proteção legal

² A prática da homofobia e transfobia também perpassam sob a forma de discriminação institucional, vale dizer, as formas pelas quais instituições e pessoas, mesmo conscientemente contrárias à discriminação, discriminam pessoas em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Ver, RIOS, Roger Raup. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. A expressão "homofobia" é de uso corrente para definir a atitude de hostilidade contra pessoa LGBTI, mas também se pode falar em homofobias específicas e suas respectivas implicações peculiares: em gayfobia (homofobia contra gays); lesbofobia (homofobia contra lésbicas); bifobia (homofobia contra bissexuais); e, por fim, transfobia (homofobia contra pessoas trans). Ver, BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010. De toda sorte, os direitos das pessoas LGBTI têm tido avanços limitados por ordenamentos jurídicos internos vis-à-vis reação religiosa conservadora contra o reconhecimento dos direitos sexuais e a dificuldade de afirmar o Estado laico.

³ Título de poema de Oscar Wilde, trad. de Oliver Cavalcanti, 1876.

positiva, tem a potencialidade de desencadear um mecanismo a nível social, destinadas a parar, ou até mesmo a apagar, as raízes do preconceito contra as minorias sexuais.

A proteção e respeito do estrangeiro no contexto internacional de relações só foi possível na medida da evolução do estudo do Direito Internacional Privado e sua implicação nas relações jurídicas pluriconectadas⁴. No contexto das famílias transnacionais da sociedade atual, uma releitura contemporânea do conteúdo do Direito Internacional Privado ainda é necessária, sobretudo a partir de uma análise dos diversos fenômenos jurídicos acarretados pelos múltiplos fluxos sociais contemporâneos. (RIBEIRO, ALMEIDA, 2011, p. 18).

Compreender materialmente o direito estrangeiro e o direito nacional, em uma era em que a vida e as atividades humanas estão em constante mobilidade, propõe o estudo da pessoa humana na sua dimensão internacional, posto que a defesa de seus direitos além de seu habitat normal evoca uma série de fenômenos de natureza jurídica que devem ser enfrentados não somente na circunstância isolada dos Estados, mas principalmente pelas entidades regionais e internacionais no plano coletivo (DOLINGER, 2012, p. 8).

Breve panorama da (não) proteção legal à vida familiar da pessoa LGBTI – norma jurídica homofóbica?

As regras de conexão aplicáveis aos casamentos e uniões entre pessoas do mesmo sexo merecem considerações especiais tendo em vista que o reconhecimento legal dos relacionamentos homoafetivos consiste em fenômeno ainda bastante recente, seus precursores – o crescente, porém ainda pequeno grupo de Estados que os admitem – foram deveras cautelosos na regulamentação das regras de conexão aplicáveis nos referidos casos, porque o direito material da grande maioria dos países ainda não reconhece tais situações.

Segundo relatório anualmente divulgado pela Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais (ILGA⁵), com relação ao reconhecimento de direitos, 22 nações permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁶, enquanto em outros 27 países⁷, os casais homoafetivos contam com o reconhecimento de suas uniões civis,

⁴ No decurso histórico, o Direito Internacional Privado evoluiu-se à análise das regras para solução de conflitos de leis no espaço, envolvendo situações permeadas por algum elemento de estraneidade. Ver DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

⁵ Sigla em inglês para “International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association”. Disponível em: <https://www.ilga-europe.org/>. Acesso em: 7 mar 2017.

⁶ Até a presente data, a lista de países inclui a Holanda (2001), Bélgica (2003), Espanha e Canadá (2005), África do Sul (2006), Noruega e Suécia (2009), Portugal, Argentina e Islândia (2010), Dinamarca (2012), Brasil, Uruguai, Nova Zelândia e França (2013), Inglaterra, País de Gales, Escócia e Luxemburgo (2014), Finlândia, Irlanda e Estados Unidos (2015).

⁷ Os estatutos legais de união civil, parceria civil, união de facto, parceria registrada, parceria não-registrada e coabitação não-registrada estão disponíveis para casais do mesmo sexo, até o presente momento, em: Andorra, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Brasil, Chile, Chipre, Colômbia, Croácia, República Checa, Equador, Eslovênia, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Israel, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Nova Zelândia, Eslovênia, Suíça, Reino Unido e Uruguai. Esses tipos de uniões também estão disponíveis em algumas partes do México e Estados Unidos.

com direitos similares aos casais heterossexuais. A adoção de crianças por casais homossexuais é admitida em 25 nações⁸ em igualdade de condições que os casais heterossexuais – entre elas o Brasil.

A opção de casamento igualitário não é apenas a expressão mais elevada em termos de proteção concebível para um casal do mesmo sexo, mas uma etapa na evolução do direito da família, que mais cedo ou mais tarde vai ser alcançado por todas as legislações.

O casamento surgiu originalmente como uma instituição patrimonial, através do qual as grandes famílias perpetuavam seus bens e propriedade, uma instituição de regulamentação do patrimônio em que o pai-marido exercia o seu poder sobre a mulher e sobre os seus filhos, e por muito tempo, foi somente uma instituição religiosa com a exclusão dos incrédulos e até mesmo determinados profissionais, como artistas, para, enfim, tornar-se uma instituição civil na qual se fez alterações significativas nas últimas décadas⁹.

No decurso histórico, o tratamento legal discriminatório em razão da orientação sexual pode ser apreendido dos mais diversos textos legais, como exemplo, quando em 1988, na Inglaterra, a seção 28 da Lei de Governo Local afirmou que os casais do mesmo sexo são “famílias de mentira”¹⁰, termo que pendurou no ordenamento inglês até sua completa revogação em 2003.

De semelhante sorte, o tratamento homofóbico com vestes de rigor legal resta patente vis-à-vis o fracasso das leis nacionais de imigração dos estados europeus para reconhecer os casais de mesmo sexo como famílias, erigindo obstáculos à livre circulação de cidadãos e seus parceiros no direito comunitário. Falham ainda as leis de imigração dos Estados Membros ao considerar as reivindicações de requerentes de asilo de pessoas lésbicas e gays de fora da UE, o que culmina no absurdo de forçar esses indivíduos a retornar aos seus países de origem, onde arriscam sofrer persecução criminal pela sua ‘atividade homossexual’.

Da mesma forma, em países que permitem que indivíduos não casados adotem crianças, legislação ou políticas que excluam indivíduos lésbicas e homossexuais dessa oportunidade podem ser concebidos como homofóbicos, como expressamente declarado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *EB v France* (2008), que considerou (por 14 votos a três) que esta forma de exclusão legislativa é uma discriminação que viola o artigo 14.º da CEDH (proibição de discriminação), combinado com o artigo 8 (respeito à vida privada e familiar).

⁸ Até o presente momento, Holanda (2001), África do Sul (2002), Suécia (2003) Espanha, Inglaterra e País de Gales (2005) Bélgica e Islândia (2006), Israel (2008), Noruega, Escócia e Uruguai (2009), Argentina, Brasil e Dinamarca (2010), Canadá (2011), França, Nova Zelândia e Irlanda do Norte (2013), Andorra e Malta (2014) Colômbia, Irlanda, Luxemburgo e Estados Unidos (exceto Mississipi) (2015), Portugal, Áustria e Groelândia (2016), Finlândia (2017).

⁹ A introdução do divórcio, o reconhecimento de direitos às mulheres na perspectiva da igualdade entre cônjuges, a evolução do direito a uma infância com o fim da distinção entre filhos legítimos e naturais, prova de que o direito de família é uma das instituições legais mais sujeita a mudanças, porque a regulação de uma relação sexual e emocional entre duas pessoas, mais do que em outros âmbitos, impõe a adequação no que diz respeito à evolução social.

¹⁰ Tradução do inglês de ‘pretended families’. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/9/section/28/enacted>. Acesso: 23 jun 2017.

A mensagem enviada pelo Tribunal aos Estados Membros é clara: uma pessoa que pretende adotar não pode ser prevenida de tal forma, apenas com base na sua homossexualidade. Não se pode mais recusar a adoção à uma pessoa, nem ao menos retirar a sua responsabilidade parental, apenas com base em sua orientação sexual.

De uma perspectiva sociológica ou antropológica, embora mecanismos de discriminação operacionais na sociedade tenham sido bem identificados e descritos, nem sempre é fácil falar abertamente sobre a “discriminação” esculpida nos sistemas legais. Tanto os políticos como os operadores do Direito são influenciados pela sociedade em que cresceram e vivem. Por isso, podem incorporar (às vezes criticamente) estereótipos, preconceitos e até mesmo estigmas sociais em relação a certos grupos. O mais difícil e importante desafio talvez seja evitar que esses fatores (pouco conhecimento direto, ou medo ou preconceito contra o grupo) influenciem o seu julgamento e trabalho. Além do pensamento potencialmente discriminatório desses atores individuais, a dificuldade, da análise do Direito, é determinar quando um Estado está violando seus deveres constitucionais e internacionais de não discriminação, igualdade de tratamento e respeito pela dignidade humana. (TRAPPOLIN et. al, 2012).

Embora seja claro que os mecanismos de discriminação funcionam a nível social, às vezes é mais difícil conceituar a discriminação pela lei. No entanto, as decisões coletivas dos membros de uma legislatura para aprovar novas leis discriminatórias, recusar-se a revogar as existentes, ou se recusar a proibir a discriminação por parte de atores públicos e privados, dificilmente podem ser descritas como algo diferente de “discriminação legal”.

A contundente questão do reconhecimento legal de casais de mesmo sexo na União Europeia

Quanto a análise dos aspectos volitivos do procedimento de reconhecimento legal das relações entre casais, sabe-se que há, muitas vezes, a necessidade de registro do casamento ou da união civil – a constar de certidões que devidamente comprovem a situação familiar *de facto* – no banco de dados de uma nação. Há situações, contudo, em que o reconhecimento do casamento ou da união *per se* não é exigido, mas é *condição* para invocar direito ulterior que depende necessariamente do prévio reconhecimento da relação.

Tais direitos, no contexto da comunidade europeia, por exemplo, incluem o direito de livre circulação, englobando o direito de entrada e residência de membros familiares de nacionais europeus em outro Estado-Membro.

Em que pese o procedimento de reconhecimento *per se*, as normas de direito internacional privado são aplicadas, abrangendo convenções internacionais, fontes de direito comunitário e a legislação pátria do Estado-Membro.

Na hipótese de cônjuges, companheiros ou conviventes que desejam conjuntamente ingressar outro Estado-Membro e ali residir, não é necessário submeter a união a um prévio procedimento de reconhecimento – este, normalmente, é parte do procedimento administrativo do pedido de residência. O reconhecimento legal neste caso, portanto, assume

caráter de questão preliminar a ser resolvida pelo órgão de administração do Estado-Membro antes que um registro ou autorização de residência seja emitido ao cônjuge do mesmo sexo ou companheiro e convivente devidamente reconhecido.

Como bem dispõe Toner (2004), confirmando a previsão apresentada na problemática deste artigo, a priori, o reconhecimento depende de previsão legal no ordenamento do Estado-Membro que os acolhe, o que significa que as situações mais difíceis podem surgir em países sem modelos análogos de união estável ou parcerias civis.

No que diz respeito a situação de cônjuges no direito comunitário, verifica-se que a Diretiva 2004/38/CE carece de qualquer orientação específica quanto à inclusão de cônjuges de mesmo sexo em seu texto legal, muito embora, assim como “cônjuge” em português, o termo “spouse” tenha conotação de gênero neutra, não podendo ser invocado como obstáculo a proteção do cônjuge de mesmo sexo.

Mais ainda, a Diretiva também não especifica se há uma diferença entre os cônjuges que se casaram na União Europeia ou fora dela. Por ora, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) foi chamado a decidir somente quanto à extensão da definição de casamento a incluir também a união estável¹¹, mas ainda não foi provocado a decidir se um casamento entre pessoas de mesmo sexo contraído num Estado-Membro deve ser reconhecido em outro.

Ainda assim, esta é a tarefa que o TJUE terá que executar a menos que a Diretiva seja alterada para tornar a questão clara. Os argumentos a favor de tal interpretação têm sido amplamente desenvolvidos por Rijpma e Koffeman (2014), que argumentam que se o TJ interpretar o termo “cônjuge” – no âmbito da Diretiva – de forma autónoma, de modo a incluir apenas os parceiros de sexos diferentes, isto deixaria casais de mesmo sexo privados de reconhecimento do seu estado civil nos termos da legislação da EU, e poderia deixar um número considerável de casais sem reconhecimento.

Quanto às uniões e parcerias civis, uma série de questões precisam ser esclarecidas. Em primeiro lugar, se a possibilidade de união entre casais de mesmo sexo está disponível no Estado-Membro acolhedor; e em segundo lugar, em caso afirmativo, se o modelo de união é equivalente ao casamento.

Todavia, o sentido do termo “equivalente ao casamento” não é claro. Ainda não está definido se as uniões devem conter todos os direitos reconhecidos aos cônjuges, ou se o modelo de união, mesmo ante a ausência de direitos assegurados aos cônjuges, pode ainda ser considerado equivalente ao casamento. Esta questão continua a ser objeto de interpretação judicial nos tribunais nacionais, o que significa que somente o litígio pode indicar uma resposta.

Um exemplo de uma pergunta que os tribunais enfrentariam é se um casal, originalmente de um Estado-Membro com diminuta proteção legal à união estável, que se mudou para um Estado-Membro com as leis mais protetivas manteria seus direitos após o retorno ao Estado-Membro original. Da mesma forma, persiste a dúvida quanto aos companheiros que,

¹¹ Ver caso Corte Europeia de Justiça, Comissão vs. Anton Pieter Roodhuijzen, C T-58/08.

registrados num modelo de união equivalente ao casamento, posteriormente, mudando-se para um país com leis restritivas experimentaríamos uma degradação da sua união. Além disso, a Diretiva não dispõe de qualquer referência às uniões registadas fora da UE e se elas devem ou não ser tratadas de forma diferente do que as uniões registadas na UE.

Nesse contexto de incerteza, uma política generalizada de recusa de autorização de entrada ou residência para casais de mesmo sexo violaria a Diretiva.

Rijpma e Koffeman (2014) também salientam que, no caso *Comissão vs. Germany*¹², o Tribunal reconheceu que “a possibilidade de um cidadão da UE de ser acompanhado por seu companheiro, independentemente do estatuto legal de seu relacionamento, é fundamental para a livre circulação de pessoas”. Caso o reconhecimento dependa inteiramente do Estado-Membro acolhedor, a livre circulação das famílias arco-íris seria seriamente restringida”.¹³

Ora, o reconhecimento das relações familiares não é necessário somente para garantir o exercício efetivo dos direitos de livre circulação, independentemente do sexo dos parceiros, mas também para garantir o respeito do direito à vida familiar garantido pelo artigo 8.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH), com muito mais razão, destaca-se o fato de que os casais do mesmo sexo gozam da proteção desta disposição, como confirmado no caso *Schalk e Kopf vs. Austria*¹⁴ e reiterado na *Vallianatos e outros vs. Grécia*¹⁵, delineando os contornos da proteção a fim de garantir o respeito da proibição de discriminação em razão da orientação sexual codificadas no artigo 21(1) da Carta dos Direitos Fundamentais.

O reconhecimento de relacionamentos do mesmo sexo também estaria em perfeita harmonia com o princípio do reconhecimento mútuo dentro da UE. Tryfonidou (2014) argumenta que, embora os Estados-Membros sejam livres para recusar o reconhecimento legal de relações do mesmo sexo em situações de ordem puramente interna, eles não são livres para fazê-lo em caso de relações do mesmo sexo dos cidadãos migrantes da União, pois isso pode elevar-se a uma violação da lei comunitária europeia. Guild, Peers e Tomkin (2014), no entanto, indica a posição do Conselho, em que as disposições de direito da família atuais do Estado-Membro acolhedor são os únicos competentes para tal reconhecimento, caso contrário, o problema da “discriminação inversa” poderia surgir.

Superados os pressupostos iniciais do artigo, verifica-se que, no contexto europeu, o reconhecimento da união de casais de mesmo sexo tem evoluído a partir de diretrizes fixadas pelo Direito Comunitário, o que exige, portanto, a análise casuística de jurisprudência europeia de modo que se possibilite sopesar a que passo está a harmonização dos ordenamentos nacionais face a construção legislativa internacional.

¹² Corte de Justiça Europeia, *Comissão vs. Alemanha*, C 249/86

¹³ Corte de Justiça das Comunidades Europeias CJEU, *Gerardo Ruiz Zambrano vs. Office national de l'emploi*, C-34/09.

¹⁴ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Schalk and Kopf vs. Austria*, Aplicação No. 30141/04.

¹⁵ Corte Europeia de Direitos Humanos, *Vallianatos e outros vs. Grécia*, Aplicação No. 29381/09 and 32684/09.

Tribunais italianos contra o reconhecimento: rigor técnico à dogmática jurídica interna?

No tocante a mobilidade internacional das famílias arco-íris, os tribunais italianos podem auxiliar ao leitor a compreender como os empecilhos à garantia dos direitos da pessoa LGBTI têm sido armados frente ao reconhecimento de uniões homoafetiva. As leis italianas sobre a livre circulação e o reagrupamento familiar, que formalmente implementam as diretrizes da UE, excluem os casais homossexuais afastando de modo absoluto qualquer tipo de reconhecimento da parceria entre pessoas do mesmo sexo. A resistência a aceitar a homossexualidade como um estado “normal” para um indivíduo é ainda mais clara nas decisões de refugiados do Tribunal de Cassação italiano, que rejeitam a existência de legislação criminal sancionatória para aqueles que “agem de maneira homossexual” como motivo suficiente por pedir proteção internacional.

Limitar o direito fundamental da livre circulação e do reagrupamento familiar de todos os cidadãos da UE, direta ou indiretamente, com base na sua orientação sexual, pode ser encarado como uma forma de homofobia. Embora nenhuma regra legal limita explicitamente os direitos à liberdade de circulação, reunificação familiar ou asilo com base na orientação sexual (uma regra explícita seria uma violação clara e direta da Constituição italiana, artigo 3, princípio da igualdade), em muitas situações, o exercício desses direitos é impedido ou dificultado para casais de mesmo sexo.

Em que pese a insistente negativa de reconhecimento de casamento entre pessoas de mesmo sexo, o Tribunal de Cassação italiano fundamenta as suas decisões em dois principais argumentos, quais sejam, (i) o casamento ou a união celebrada carece de requisitos constitutivos essenciais – segundo a constituição italiana, as partes (‘marido e mulher’) são entes de sexo oposto –, e desta sorte, a união civil ou o casamento entre pessoas de mesmo sexo inexistem juridicamente; e ainda o argumento de (ii) violação da ordem pública caso reconheçam a união ou o casamento entre partes de mesmo sexo.

Muito embora sejam argumentos dissemelhantes, foram muitas vezes invocados juntos. Ora, se o status *persona* não existe (isto é, nunca foi adquirido pelas pessoas a que se referem), obviamente não pode produzir nenhum efeito; somente se o status pessoal existe (ou seja, foi realmente adquirido pelas partes concernentes), ele pode produzir efeitos que violariam o princípio da ordem pública do Estado. Destarte, ambos os argumentos não podem ser cumulados: ou o status *persona* existe e fere a ordem pública interna, ou ele não existe de forma alguma.

Ressalte-se tamanho contrassenso, posto que ambos os argumentos partem de pontos distintos na percepção do conflito de leis no direito internacional privado. Ao entender que a união homoafetiva realizada no exterior inexistente, os tribunais italianos o fazem na perspectiva que a *lex fori* deve ser a lei aplicada ao casamento ou a união, e tendo em vista que a *lex fori* determina que as partes sejam de “sexo oposto”, a união entre casais de mesmo sexo falha no preenchimento de seu requisito de existência, e, portanto, nunca existiu ou produziu efeitos.

De outra sorte, ao negar o reconhecimento do casamento com base na violação da ordem pública interna do Estado, o tribunal nacional o faz entendendo que a lei estrangeira é aplicada à união, e, portanto, a união existe, mas deve ser desconsiderada e esvaída de efeitos na perspectiva interna posto que estes feririam princípios fundamentais do Estado do foro.

De fato, há no contexto jurídico italiano verdadeiro obstáculo¹⁶ ao exercício da livre circulação de casal homossexual com casamento celebrado no estrangeiro. De forma kafkiana, a *Corte di Cassazione* italiana¹⁷ decidiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não pode ser entendido como “inexistente” – pois confrontaria diretamente entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mas de toda sorte, se perfaz incapaz de produzir efeitos dentro da ordem jurídica italiana.

A própria Constituição italiana, imporia ao legislador o dever de intervir, tendo em vista que, apesar do fator da não discriminação com base na orientação sexual não ser constitucionalizado – e também não o é no Brasil – pode-se argumentar que este fator da não discriminação se enquadra nas “circunstâncias pessoais” do art. 3 da Constituição italiana, sendo, portanto, um dever constitucional que permanece não executado pelo legislador.

Além disso, a política de não discriminação com base na orientação sexual é regulamentada na Itália apenas para órgãos administrativos ou regiões de governos locais e municípios. Ante a ausência de uma regulamentação abrangente a nível nacional, é equivalente a definir o detalhe de uma estrutura, que, no entanto, ainda não foi totalmente construída, de modo que em um nível mais substantivo de proteção em termos de direitos, se trata de formas de pressão para que o legislador nacional intervenha no campo.

O tratamento da pessoa LGBTI nos modelos legais

A questão dos casais do mesmo sexo e seus status perante os tribunais serve como um marco privilegiado para avaliar o raciocínio, o escopo, as potencialidades e limites da atividade judicial, especialmente no que diz respeito ao papel dos juízes quando enfrenta questões que estão repletas de implicações culturais, religiosas, sociais, e num sentido amplo, implicações políticas.¹⁸ Ademais, é notável que algumas jurisdições são tão sensíveis ao tema que mantêm

¹⁶ Importante destacar que as construções tradicionais ou religiosas devem ser afastadas em favor da proteção de direitos da pessoa humana, não sendo posta em discussão qualquer “modelo” de família, mas de outra sorte, a proteção da pessoa somente visa enfatizar a dignidade de cada indivíduo, dos quais a orientação sexual é uma expressão.

¹⁷ Corte di Cassazione. Julgado de 12 de março de 2012. Processo n° 4184. Esse julgado demonstra uma clara intenção em desenhar uma sofisticada (mas inexplicável) distinção entre um casamento “inexistente” e um casamento que não produz efeitos jurídicos. Em outras palavras, segundo a Corte di Cassazione, uniões homoafetivas ainda não possuem lugar no ordenamento jurídico nacional italiano.

¹⁸ Nesse sentido, analisar a relação entre tribunais superiores e legislações como discutido em ZAGREBESKY Gustavo. Princípi e voti. La corte costituzionale e la politica. 1ª Ed. Torino: Einaudi, 2005. A este respeito, a jurisprudência examinada mostra claramente a existência de diferentes tipos de comportamento judicial: desde uma interpretação deferente e/ou autocontida da lei, a uma abordagem resiliente, flexível ou mesmo ativista.

uma visão de que a mera questão da formação de família LGBTI, suscitada mesmo que de forma incidental, conflita de modo sobrenatural com a ordem pública interna de seu país.

É questionável se a veemente negação dos desenvolvimentos jurídicos na seara do direito da família é realista e justa para os interesses legítimos das partes e de terceiros envolvidos. Frise-se que uma negação tão rigorosa conflitaria com a ideia básica das regras de conflito de direito internacional privado, direito este descrito pelo lendário advogado argentino-alemão Werner Goldschmidt (1974) em sua obra como "direito de tolerância". Resta dizer, e com referência a uma antiga tradição, o digo: a negação total é problemática, tendo em conta a cooperação necessária entre as diferentes jurisdições.¹⁹

Compete à Comissão Europeia a tomar medidas nesta área. A União Europeia tem um compromisso louvável para garantir os direitos humanos fundamentais para todos os seus cidadãos, e acima de tudo entre estes é o direito à igualdade perante a lei. Deixar de agir enfraqueceria este compromisso. A Comissão Europeia deve primeiro esclarecer sem ambiguidade que o termo "cônjuge", quando e onde ele é usado, de fato incluem cônjuges do mesmo sexo. Deve, além disso, codificar princípio do Estado-Membro de origem, em que unidades familiares LGBTI não podem ter o seu estatuto jurídico e proteções de qualquer maneira reduzida na eventual mudança para um país com leis de união civil menos favoráveis. Esta abordagem da Comissão também deve especificar que os casais que se deslocam de regimes jurídicos menos favoráveis a Estados com regimes jurídicos mais benéficos possam ter o seu estatuto reforçado, sob risco de que essas pessoas sejam presos em regimes desfavoráveis simplesmente por acidente de nascimento.

De toda sorte, aparentemente qualquer progresso em relação a estas questões será lento e alcançado apenas através de medidas parciais. Provavelmente, a partir da cooperação internacional pela simplificação dos procedimentos quanto ao reconhecimento de documentos, em primeiro lugar na área comercial e econômica. Um exemplo é a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à promoção da livre circulação de cidadãos e empresas, simplificando a aceitação de certos documentos públicos na União Europeia e que altera o Regulamento (UE) n.º 1024/2012 (COM / 2013/228). A proposta afirma explicitamente que o reconhecimento só diz respeito ao documento – não o conteúdo – a partir do qual os direitos legais são derivados.

O avanço da história civil da Europa ocorre não somente como a instituição que "governa a economia", mas também como a instituição que orienta a política dos direitos civis dos Estados-Membros; mais cedo ou mais tarde, para nunca mais ser a retaguarda na Europa, os demais Estados-Membros serão forçados a legislar - em termos de proteção jurídica - sobre os muitos aspectos que dizem respeito à orientação sexual de uma pessoa. Em última análise, considerando a posição adotada nesta pesquisa, pode-se concluir, em suma, que a proteção jurídica de pessoas LGBTI é uma questão de igualdade.

¹⁹ Nesse mesmo sentido, é possível supor que as regras de direito internacional privado perpassam um longo caminho de respeito ao conflito de normas que competem na complexa sociedade da contemporaneidade. Harmonia é a unidade das diversidades.

Conclusão

Assim, da mesma forma que as regras materiais do Direito de Família devem realizar e preservar certos valores, também no Direito Internacional Privado aplicado às entidades familiares, a eventual preferência de uma lei estrangeira deve significar a opção pela defesa da diversidade, da igualdade e do respeito às liberdades fundamentais em detrimento à um ordenamento discriminatório frente à orientação sexual dos indivíduos, sem que isso represente qualquer diminuição da sua dignidade ou de seus entes queridos. Evidentemente que a regulamentação e incorporação das distintas situações familiares está intimamente ligada à legitimação dos direitos das minorias sexuais, que conjugado com a perspectiva de liberdade fundamental e mobilidade da pessoa na sociedade da contemporaneidade reflete a necessidade de internacionalização das relações familiares transnacionais nas suas distintas feições.

Com efeito, quanto à aplicação das regras de Direito Internacional Privado – calcado em um contexto social no qual se busca a realização da diversidade, da tolerância e do respeito às diferenças – às entidades familiares, a eventual preferência de uma lei estrangeira significará a opção pela defesa da diversidade, da igualdade e do respeito às liberdades fundamentais em detrimento à um ordenamento discriminatório frente à orientação sexual dos indivíduos, sem que isso represente qualquer diminuição da sua dignidade ou de seus entes queridos.

Por certo que a união entre pessoas do mesmo sexo está envolta numa equívoca problemática na conjuntura legislativa atual, o que obscurece ainda mais a aplicação das regras de Direito Internacional Privado do ordenamento jurídico brasileiro, que, reitero, pressupõe tratamento de mesma sorte para as questões das relações homoafetivas internacionais que possam vir a se vincular a algum elemento jurídico nacional.

Urge-se, portanto, não só desmedidos esforços jurisprudenciais, nem tão somente atenção do ponto de vista da atualização legislativa, mas sobretudo, relevante ponderação doutrinária acerca da aplicação, reconhecimento e amplitude da lei material estrangeira para a proteção da dignidade humana e do direito fundamental à liberdade de orientação sexual no contexto internacional da sociedade contemporânea.

Referências

- ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos. Regime de bens no direito internacional privado brasileiro e seus efeitos na sucessão: análise do RESP 123.633 do STJ. In: Del'olmo, Florisbal; KAKU, William Smith; SUSKI Liana Maria Feix. Cidadania e Direitos Humanos: tutela e efetividade internacional e nacional. Rio de Janeiro: GZ Editora.
- BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.
- DOLINGER, Jacob. Direito internacional privado: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia. Buenos Aires: El Derecho, 1974.
- GUILD, Elspeth; PEERS, Steve; TOMKIN, Jonathan: The EU Citizenship Directive. A Commentary. London: Oxford University Press, 2014.
- RIJPMA, Jorrit; KOFFEMAN, Nelleke: Free Movement Rights for Same-Sex Couples Under EU Law: What Role to Play for the CJEU? In: GALLO et al. (eds), Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions, Springer-Verlag, 2014.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. A Cinemática Jurídica Global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo. Rio de Janeiro: Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 1, 2011.
- RIOS, Roger Raup. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SHAKESPEARE, William. Romeu e Julieta. Trad. Beatriz Viégas-Faria, Porto Alegre: Col. L&PM Pocket.
- TONER, Helen: Partnership Rights, Free Movement, and EU Law, Hart Publishing, 2004.
- TRAPPOLIN, Luca; GASPARINI, Alessandro; WINTEMUTE, Robert. Confronting Homophobia in Europe – Social and Legal Perspectives. Oxford and Portland: Hart Publishing Ltd., 2012.
- TRYFONIDOU, Alina. EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: The Case for Mutual Recognition. Columbia Journal of European Law, 2014.
- ZAGREBESKY, Gustavo. Principi e voti. La corte costituzionale e la politica. 1ª Ed. Torino: Einaudi, 2005.

A Cooperação Jurídica Internacional no CPC/2015 e a Harmonização do Direito Internacional Privado

Valesca Raizer Borges Moschen¹

Pâmela Rhavene Costa²

Resumo: A centralidade do indivíduo no moderno direito internacional privado impõe a necessidade de conciliação entre a aplicação do direito estrangeiro e as diferentes percepções dos direitos humanos, na busca de decisões justas e da harmonização jurídica internacional. A cooperação jurídica internacional, instrumento de colaboração principalmente entre Estados, representa uma via facilitadora do acesso à justiça e da promoção da efetividade de decisões e pedidos de um ordenamento jurídico a outro (RAMOS, 2015, p. 4). No direito brasileiro a cooperação já era usualmente praticada, amparada por algumas disposições presentes na Resolução n. 9/05 do STJ, leis dispersas, regulamentos, regimentos e tratados, e que é facilmente percebível nas vastas decisões judiciais. O CPC de 2015, rompendo com a codificação anterior brasileira, promoveu a consolidação de princípios e regras aplicáveis à cooperação jurídica internacional. Um novo regime é proposto pelo texto processual. Nesse, a cooperação jurídica institucionaliza-se a partir de um capítulo específico, composto de princípios fundamentais, inovando e solidificando a temática da cooperação, respondendo por um grande avanço para o sistema jurídico nacional nas suas relações transfronteiriças. Dentre as inovações propostas está a determinação da primazia da aplicabilidade dos Tratados Internacionais em matéria de cooperação jurídica internacional, ocasionando o respeito aos pactos e consensos logrados nas esferas multilaterais, regionais e, inclusive bilaterais, em que o Brasil faz parte frente à Comunidade Internacional (ARAÚJO, 2015).

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional; CPC 2015; Direito internacional privado; Tratados internacionais.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1990), Master em Economia e Finanças Internacionais (1996) e Doutora em Direito e Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona (2000). Professora Associada do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, atuando nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Professora permanente do Programa de Mestrado em Direito Processual da UFES. Membro Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro da Comissão de Pesquisa e Pós-graduação da OAB-SP. Membro da Associação Americana de Direito Internacional Privado ASADIP. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Internacional no Brasil e nos Foros Internacionais e do Projeto de pesquisa interinstitucional sobre "Judgments Projects" da Conferencia de Haia de Direito Internacional Privado e a modernização dos sistemas domésticos de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa Labirinto da Codificação do Direito Internacional Privado (CNPq).

² Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisadora acadêmica nas áreas de: Direito Internacional Privado, Processo Civil Internacional, Direito Civil, Processo Civil e Direito Comparado. Pesquisadora acadêmica do Grupo de Pesquisa O Labirinto da Codificação do Direito Internacional Privado (UFES). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/UFES 2015/2016), com bolsa de pesquisas da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES).

Introdução

Considerando a variedade de conflitos no âmbito internacional, pois hoje se vive em um mundo globalizado e instantâneo. Onde as pessoas físicas e jurídicas não mais circunscrevem as suas relações às fronteiras de um único Estado, e do ponto de vista das atividades comerciais e pessoais essas fronteiras são, por vezes, irrelevantes. E diante da pluralidade de sistemas jurídicos e conflitos acerca da lei de qual Estado deve ser aplicada, e a corte competente para julgar, uma vez que pode ser regulada por mais de um ordenamento. Percebe-se a necessidade de uma codificação com objetivo principal de unificar o Direito Internacional Privado, o que foi mudado pelo Brasil, a fim de que haja plena cooperação no âmbito internacional, dando proteção às expectativas jurídicas legitimamente concebidas pelos indivíduos e a proteção da segurança jurídica internacional em benefício dos cidadãos brasileiros, e deveras, dos cidadãos estrangeiros.

Assim, o processo de globalização no qual estamos envolvidos requer uma profunda integração e aproximação cultural, social, econômica e política. A fim de adaptar-se a essa demanda global, os Estados Nacionais tiveram que reconsiderar os clássicos conceitos de soberania, flexibilizando-a e abrindo-se a novas formas de cooperação.

Influência da Conferência de Haia na Cooperação Internacional

O Direito Internacional Privado é ramo do direito público interno, ou seja, podendo cada Estado, no exercício de sua soberania, ditar as regras de solução de conflitos de lei no espaço que entenderem mais consentâneas ao seu ordenamento e aos ditames políticos valorativos que desejarem a ele imprimir. No entanto, isso tem se tornado cada vez mais incompleta em uma época de crescente interdependência (RODAS, 2007, p. 15).

Como consequência da crescente circulação de pessoas, bens e serviços, as relações tipicamente de direito interno passaram a conter elementos de estrangeiria, seja pelos sujeitos possuírem nacionalidades diferentes, seja por não ser o foro de contratação o mesmo da prestação do serviço. O fenômeno da globalização afetou, por certo, não somente o comércio e a economia internacional, mas também exerceu reflexos nas relações jurídicas. Fato é que as relações jurídicas de Direito Internacional Privado requerem dos Estados auxílio para o exercício efetivo da tutela jurisdicional. A cooperação jurídica entre os Estados nacionais torna-se, destarte, área de grande desenvolvimento nos dias atuais (Secretaria Nacional de Justiça, 2008. 412 p.).

Sendo a Conferência de Haia uma das organizações mais importantes para a harmonização dessa problemática da codificação internacional (BASSO, 2013, p. 54), estando a serviço da cooperação internacional judiciária e administrativa em matéria de direito privado, notadamente no âmbito da proteção da infância. Ao longo dos anos vem promovendo a elaboração de instrumentos internacionais voltados à proteção da

infância, de grande importância e utilidade para a comunidade internacional. A Conferência obteve grande sucesso na uniformização de práticas que facilitam a cooperação jurídica internacional, através de um conjunto de convenções de cunho processual. É de se notar que cabe à Conferência da Haia o mérito de ter criado o sistema de autoridades centrais, que promovem a cooperação administrativa entre os Estados, na convenção de notificação judicial. É um instituto cada vez mais ágil com os novos meios de comunicação internacional, e provou sua grande utilidade pelo sucesso que várias convenções que as utilizam obtiveram, inclusive em outros fóruns. Ressalte-se que as convenções processuais afetam todas as áreas da cooperação jurídica internacional, seja no campo do direito de família, quanto no campo contratual (ARAUJO, 2012, p. 189).

A Conferência de Haia é dedicada ao estudo de diversos problemas relacionados ao Direito Internacional, composta pela reunião de setenta e um Estados membros. Suas deliberações possuem natureza de fomentar a criação de diplomas internacionais recomendações a serem seguidas, pelos Estados-membros da organização. Todavia, não basta a análise isolada de uma das fontes imediatas do direito internacional para que se possa construir a norma jurídica aplicável ao caso. Ao contrário, a análise deve sempre se reportar a todo o sistema jurídico vigente. Sendo a jurisprudência, entre as várias espécies de normas que a organização internacional pode emanar: de um lado, as normas de vocação meramente interna e, de outro, as normas que excedem os limites da organização, que amparou a tomada daquelas decisões.

Quanto à participação do Brasil na Conferência de Haia, este ratificou o estatuto da Conferência em 1971. Durante cinco anos (até 1977), foi membro efetivo da conferência, inclusive, participando das negociações da elaboração de novas convenções. Tendo dela se retirado posteriormente com a promulgação do Decreto nº 80.102, de 08 de agosto de 1977. Vale salientar que nesse período de retirada da Conferência, que se deu entre os anos de 1977 a 1988, segundo o doutrinador Dolinger (DOLINGER, 2003, p. 86) houve um isolacionismo do Estado brasileiro, especialmente em relação aos círculos acadêmicos europeus e à experiência prática do Direito Internacional Privado. E somente em 1988, após lúcido trabalho de intermediação feito pelo Ministério das Relações Exteriores, o Brasil, aceitou o Estatuto pela segunda vez, voltando a ser membro da Conferência de Haia.

O Brasil havia ratificado apenas quatro Convenções elaboradas pela Conferência de Haia, a saber, a Convenção relativa à Proteção de Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 29 de maio de 1993, a Convenção sobre Aspectos Cíveis e Sequestros Internacionais de Crianças, de 25 de outubro de 1980, a Convenção sobre Acesso Internacional à Justiça, de mesma data da Convenção anterior citada, e a Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil e Comercial, de 18 de março de 1970. Todavia, recentemente o Estado brasileiro ratificou sua quarta convenção, sendo a Convenção relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros, conhecido como "Convenção da Apostila de Haia", tendo entrado em vigor em 14 agosto de 2016. No entanto, os demais trabalhos das Conferências de Haia exercem influência na doutrina brasileira (RECHSTEINER, 2011, p. 53-54), sendo de grande importância essa atuação nessas Convenções

Internacionais, pois a mudança de paradigma está ocorrendo no âmbito da Conferência de Haia (FRANZINA, 2014, p. 526), ou seja, as mudanças referentes aos conflitos em matéria de Direito Internacional Privado no espaço estão sofrendo ampla intervenção desse Estatuto, tendo como exemplo as mudanças que ocorreram no Código de Processo Civil brasileiro que pela primeira vez disciplina de forma expressa sobre a cooperação internacional.

Cooperação Jurídica Internacional no Novo CPC

No direito brasileiro a cooperação internacional já era usualmente praticada no âmbito do judiciário, a qual era amparada por algumas disposições presentes na Resolução n. 9/05 do STJ, leis dispersas no ordenamento, regulamentos, regimentos e tratados, e que é facilmente percebível no vasto conjunto de decisões judiciais do STJ que amparam a Cooperação Internacional. Desta feita, o Novo CPC vem para consolidar esses princípios e regras aplicáveis à Cooperação Jurídica Internacional.

O Novo CPC traz em seu texto normativo um capítulo³ específico sobre Cooperação Internacional, trazendo princípios a serem seguidos pelos operadores do direito, a qual irá nortear os julgados, ou seja, essa inovação solidifica a temática tanto para os tribunais, quanto para o Executivo e demais partes interessadas.

O fenômeno da globalização afetou, por certo, não somente o comércio e a economia internacional, mas também exerceu reflexos nas relações jurídicas. Fato é que as relações jurídicas de Direito Internacional Privado requerem dos Estados auxílio para o exercício efetivo da tutela jurisdicional. A cooperação jurídica entre os Estados nacionais torna-se, destarte, área de grande desenvolvimento nos dias atuais (Secretaria Nacional de Justiça, 2008, p. 412). Onde verifica-se que a cooperação internacional sempre foi característica do trabalho da Conferência da Haia, e possui clara tendência para se tornar ainda mais intensa em tempos de globalização. Em regra são objetos de Cooperação Internacional os atos de comunicação e as diligências de instrução dos processos em curso, tais como as citações, intimações, coleta de provas, perícias, dentre outros. Ainda, o reconhecimento de sentenças estrangeiras também constituem importantes instrumentos de cooperação jurídica internacional constante nas mais distintas ordens jurídicas, bem como é objeto de tratativas internacionais com o escopo de simplificar a sua realização.

Verifica-se assim, que matérias atinentes a "Homologação de Sentença Estrangeira", "Cartas Rogatórias" e "auxílio direto" são instrumentos de cooperação internacional, os quais são matéria das Convenções de Haia, e muito embora não sejam matéria das Convenções já ratificada pelo Estado brasileiro, possuem forte influência nas normas nacionais brasileiras, conseqüentemente afetam as decisões proferidas pelos órgãos judiciais, assumindo o Estado brasileiro um papel importante necessário no cenário internacional atual.

³ O título II do Novo CPC "Dos limites da jurisdição nacional e da cooperação internacional", abarca em seu Capítulo II "Da Cooperação Internacional" especificidades sobre cooperação que vai do artigo 26 ao 41.

Inovações do CPC de 2015: a Carta Rogatória e o Auxílio Direto

A carta rogatória é um instrumento de cooperação entre autoridades judiciais. Enquanto o auxílio direto refere-se à cooperação realizada entre Autoridades Centrais dos Estados-parte das convenções internacionais, os quais preveem esse mecanismo de assistência mútua, ou, acordos e tratados bilaterais que tratam especificamente da temática.

Importante salientar que o auxílio direto não se particulariza somente pelo fato do seu processamento ser gerenciado por autoridades centrais, mas pelo fato do Estado estrangeiro não se apresentar na condição de juiz, mas de administrador, haja vista não encaminhar um pedido judicial de assistência, mas sim realiza uma solicitação para que a autoridade judicial do outro Estado tome as providências e as medidas requeridas no âmbito nacional.

Todavia, a carta rogatória era devidamente regulamentada nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, enquanto o auxílio direto estava previsto apenas nos acordos bilaterais e multilaterais firmados pelo Brasil sobre cooperação jurídica internacional, porém, já havia o seu reconhecimento pelos Tribunais Superiores quanto à sua legalidade e presteza.

Porém, com o advento da Lei 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil de 2015, criou de maneira inovadora, um capítulo específico à cooperação internacional. Vislumbra-se assim uma preocupação do legislador quanto o estabelecimento de diretrizes a fim orientar a cooperação jurídica.

Preocupou-se ainda de especificar o objeto da cooperação, delimitando os atos de comunicação judicial e extrajudicial, a coleta de provas e obtenção de informações, homologação e cumprimento de decisão, medidas judiciais de urgência, e qualquer outra providência judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Verifica-se com isso que o CPC de 2015 sabiamente regulamentou os dois procedimentos supramencionados, a carta rogatória e o auxílio direto, no qual estabeleceu o objeto da assistência como o critério de diferenciação entre ambos. Desta feita, será cabível a carta rogatória quando a decisão decorrer diretamente de autoridade judiciária.

Outrossim, a lei prescreve que o auxílio direto poderá ter como objeto qualquer medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira. Podendo concluir com a referida norma que o auxílio direto pode ter por objeto sim, uma decisão judicial, porém, tal decisão será de competência da autoridade judiciária do Estado requerido e não do Estado requerente, porque quando a decisão judicial emanar do Estado requerente o procedimento será a carta rogatória e não o auxílio direto.

Outro ponto importante para distinguir entre os referidos institutos refere-se a cooperação passiva, cujo objeto verse sobre matéria sujeita ao controle jurisdicional, assim, quando tratar de carta rogatória, a competência será do Superior Tribunal de Justiça, porém, quando tratar de auxílio direto, a competência será do juiz federal do 1º grau.

É possível concluir, assim, que se a matéria objeto do pedido de cooperação estiver sujeita à reserva da jurisdição segundo a legislação brasileira, como, por exemplo, a quebra de sigilo bancário e fiscal, o sequestro de bens, a interceptação das comunicações, necessária

a observância da competência do Superior Tribunal de Justiça no controle de admissibilidade da solicitação de auxílio, seja a carta rogatória ou o pedido de auxílio direto.

Todavia, se a matéria referente ao pedido de cooperação não estiver sujeita à reserva da jurisdição, como o compartilhamento de um documento, de um depoimento de testemunha, de uma prova pericial já produzida, não será necessário observar a competência do STJ, desde que o pedido tenha sido formulado com base em acordo bilateral ou tratado multilateral de que ambos os Estados sejam partes, e sem que necessariamente haja intervenção jurisdicional.

Por todo exposto, percebe-se que o legislador sabiamente regulamentou o instituto da Cooperação Internacional de forma aberta e sistemática no Código de Processo Civil de 2015, e não de forma restrita e limitada aos procedimentos por si só, como sempre ocorreu, haja vista a dinâmica que propicia a possibilidade de ampliação e adoção de novos procedimentos que não se ajusta à ideia de um modelo fechado e impermeável.

Conclusão

O Novo CPC traz em seu texto normativo um capítulo⁴ específico sobre Cooperação Internacional, trazendo princípios a serem seguidos pelos operadores do direito, a qual irá nortear os julgados, ou seja, essa inovação solidifica a temática tanto para os tribunais, quanto para o Executivo e demais partes interessadas.

Esse é apenas o começo do avanço do Estado brasileiro no cenário da Codificação Unificada do Direito Internacional, embora aparentemente tímida a adoção do Brasil de mecanismos de cooperação, vem aumentando com o passar dos anos, onde em 17 anos já foram ratificadas cinco Convenções e algumas são adotadas em normas nacionais mesmo que não tenham sido ratificadas, como é o caso das mudanças do Novo Código de Processo Civil, onde vários mecanismos de cooperação internacional foram inseridos no diploma legal. Isso demonstra que o Brasil vem criando a cada dia uma Codificação voltada para o cenário internacional e que a sua efetiva participação nas Conferências de Haia esta sendo de extrema importância para a efetivação desse avanço, podendo assim garantir a proteção às expectativas jurídicas legitimamente concebidas pelos indivíduos e a proteção da segurança jurídica internacional em benefício dos cidadãos brasileiros, e deveras, dos cidadãos do mundo.

Referências

- ARAÚJO, Nádia. Inclusão de regras sobre cooperação jurídica internacional no novo CPC: O novo sistema harmônico brasileiro. *Revista Cooperação em pauta*. n. 2, mar/2015.
- _____. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 35, São Paulo: Editora RT, 2012, p. 189.

⁴ O título II do Novo CPC "Dos limites da jurisdição nacional e da cooperação internacional", abarca em seu Capítulo II "Da Cooperação Internacional" especificidades sobre cooperação que vai do artigo 26 ao 41.

BASSO, Maristela. Curso de Direito Internacional Privado, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL, Secretaria Nacional de Justiça. Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Civil. 1a ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: parte geral, 7ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado e seus Aspectos Processuais: A Cooperação Jurídica Internacional. Direito Internacional Privado e a nova cooperação jurídica internacional/André de Carvalho Ramos e Wagner Menezes (organizadores) Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

RODAS, João Grandino. A Conferência da Haia de direito internacional privado: a participação do Brasil, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

I Tutela de direitos e novas técnicas processuais

A concentração do contraditório no cumprimento de sentença contra Fazenda Pública como forma de realização eficaz do direito reconhecido judicialmente

Carlos André Cassani Siqueira¹
Mariana Soares de Rezende²

Resumo: Até o advento do CPC/15, na fase de cumprimento de sentença, o ente fazendário sucumbente se defendia com Embargos do Devedor, os quais tramitavam em apartado por dependência aos autos principais. Assim, após longa discussão em sede de Embargos, a parte sucumbente se valia de Exceção de Pré-Executividade nos autos principais, rediscutindo-se matéria já analisada nos autos apensos. No CPC/15, em fase de cumprimento de sentença, intimado o ente sucumbente para pagamento, sua defesa se dará pelo manejo de impugnação ao cumprimento de sentença nos mesmos autos, unificando-se o trâmite do cumprimento de sentença ao do processo de conhecimento. Com isso, a dilação desnecessária do contraditório fica mitigada nesta fase processual, sendo imperioso que as partes e o magistrado laborem conjuntamente rumo à concentração dos atos processuais, a fim de evitar desnecessária dilação temporal da demanda. O fomento a tal postura é de suma importância nas demandas em que seja o ente público sucumbente, ante a ínsita burocracia para tornar eficaz o comando sentencial em favor da parte vencedora.

Palavras-chave: Contraditório; Cooperação; Fazenda Pública; Cumprimento de sentença.

Introdução

O atual Código de Processo Civil brasileiro, surgido na égide de um Estado Democrático Constitucional, instaurou a fase metodológica processual nacional do formalismo-valorativo. Esta se destaca pela proeminência das garantias fundamentais, ressaltando-se o contraditório como valor fonte do processo. Dentro deste paradigma, situa-se o modelo cooperativo de estruturação do processo, almejando um processo que, em tempo razoável, resolva a questão jurisdicionalizada de forma justa e efetiva.

Nesta seara, tendo em vista a cooperação mútua de todos os sujeitos processuais, o presente ensaio busca debater a possibilidade da concentração do contraditório na fase de

¹ Mestrando da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Mestranda da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

cumprimento de sentença quando a Fazenda Pública figurar no polo passivo da lide e for sucumbente, a fim de que o direito perseguido pelo seu credor seja satisfeito tempestivamente.

Assim, visamos mostrar que a habitual prática jurídica, acobertada pelo antigo *codex*, possibilitava ao ente público perdedor uma procrastinação processual travestida de efetivação do contraditório. Perceber-se-á que, com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, foi iniciada efetiva mudança neste quadro por meio do novo paradigma inaugurado, beneficiando a parte vencedora no gozo mais célere de seu direito judicialmente reconhecido na fase de conhecimento.

O redimensionamento do contraditório pelo formalismo-valorativo sob a égide do modelo cooperativo de processo

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) inaugurou uma nova fase metodológica, conhecida como formalismo-valorativo (MADUREIRA, p. 64, 2017) ou como Processo Civil no Estado Constitucional (MITIDIERO, p. 29, 2015). Tal fase se difere daquela vivida pelo Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), que era direcionado sob a ótica do instrumentalismo. Este período foi marcado pelo ideal do processo como instrumento do direito material, preocupando-se com as necessidades sócio-políticas de seu tempo. Assim, ao processo, seriam atinentes questões de escopo sociais, jurídicos e políticos, negando-se o caráter processual puramente técnico (MITIDIERO, p. 34-36, 2015), que já havia permeado fases anteriores do processo civil brasileiro.

Além disso, o Instrumentalismo assentou o panorama da jurisdição como polo metodológico do Direito Processual Civil. Desta forma, sob a visão instrumentalista, a realização dos escopos do processo demandaria, pela atividade dos juízes, sua conformação às determinações do direito material disposto nos textos legais (MADUREIRA, p. 27, 2017).

Outrossim, esta posição central atribuída à jurisdição na Teoria da Instrumentalidade do Processo idealiza e garante posição assimétrica do juiz em relação às partes. Nesta seara, era conferida ao julgador uma posição de superioridade no processo, passível de gerar decisões arbitrárias ou decisões das quais as partes não se convençam de sua justiça, questionando-a mesmo após o encerramento das discussões na esfera judicial (MADUREIRA, p. 29, 2017). Ademais, a função jurisdicional pautava-se na averiguação se as normas do direito material já posto no ordenamento se aplicavam ao caso concreto, não havendo, portanto, a reconstrução do direito positivado pelo intérprete (MADUREIRA, p. 31, 2017).

De outro modo, o formalismo-valorativo, que permeia o atual Código de Processo Civil, diferencia-se deste instrumentalismo ao propor um formalismo que possui, como polo central de sua teoria, o processo e, não, a jurisdição. O formalismo passa a ser visto como técnica adequada a superar a arbitrariedade das decisões judiciais, pois, sendo valorativo, assume que a atividade cognitiva realizada na esfera processual serve à reconstrução, pelos intérpretes, do direito positivo. Identifica-se, então, o processo como “ambiente de criação

do Direito” (MADUREIRA, p. 32, 2017). Em outros termos: o magistrado reconstrói o direito positivado no processo de formulação da norma judicial concreta, a fim de aplicá-la à lide, levando-se em conta as peculiaridades fáticas e valorativas que a demanda carrega consigo (MADUREIRA, p. 31, 2017).

Nesse diapasão, destacamos, como características do formalismo-valorativo, para fins desta pesquisa, o seu caráter colaborativo. Evidencia-se o justo equilíbrio entre as posições jurídicas do juiz, do autor e do réu, bem como a determinação do dever ao contraditório (direito de influência e dever de debates), inclusive imposto ao magistrado (GOMES; ZANETTI JR., p. 20-22, 2011).

O caráter colaborativo do processo desta fase metodológica estrutura o processo como uma verdadeira comunidade de trabalho em que há divisão de tarefas entre todos os atores processuais. Assim, o processo passa a ser visto de uma ótica policêntrica, sem protagonismos de quaisquer dos sujeitos partícipes (BAHIA; NUNES; PEDRON; THEODORO JUNIOR, p. 96-97, 2016).

O atual modelo de processo vaticina que todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si, a fim de que se alcance decisão de mérito justa, efetiva e tempestiva³. Nesta seara, é importante enfatizar que o mandamento cooperativo deve estar presente em todo o processo, sendo responsabilidade de todos os sujeitos processuais. Desta forma, o modelo atinge todas as relações jurídicas que compõe o processo, como a relação autor-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, dentre todas as outras (DIDIER JR., p. 127, 2015).

Neste contexto, o modelo cooperativo propõe uma “eticização” no direito processual, que se assemelha à ocorrida no direito material, por meio da consagração de cláusulas gerais, ressaltando-se a da boa fé e do abuso de direito (CUNHA, p. 151, 2012). Desta forma, conforme enunciado nº 373 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, deve ser inerente às partes a colaboração mútua, agindo de maneira ética e leal. Para tanto, às partes e aos seus procuradores, é imposta a adoção das seguintes posturas no processo: (i) a orientação da formação da decisão jurídica que resolverá o conflito; (ii) a contribuição para a razoável duração do processo; (iii) não criação de embaraços à satisfação da pretensão de seu adversário (MADUREIRA, p. 207, 2017).

Sob esta ótica, o modelo cooperativo não demandaria o dever da parte de agir contra seus interesses, mas, sim, a ideia de uma comunidade de trabalho, na qual as partes possam contribuir para a construção do pronunciamento justo, efetivo e tempestivo, juntamente com o magistrado. Desta feita, tal pronunciamento só seria legítimo quando construído em contraditório – como garantia de participação e de não surpresa – no processo (BAHIA; NUNES; PEDRON; THEODORO JUNIOR, p. 91, 2016). Assim, na falta do contraditório, estar-se-ia diante de um mero procedimento e não de um verdadeiro processo, uma vez que a proeminência do Estado-juiz em relação às partes é incompatível com o ideal de um Estado Constitucional Democrático de Direito (CÂMARA, p. 24-25, 2015).

³ CPC/2015, art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A premissa *supra* se desenvolve no entendimento de que a decisão judicial resulta do caminho percorrido para o seu alcance, incluindo-se, nesta perspectiva a dialética processual (ZANETI JR, p. 182, 2014), os debates que fomentaram a formação decisória. Neste quadro, o contraditório é visto como valor-fonte do processo constitucional (ZANETI JR, p. 182, 2014).

Ademais, o contraditório deve observar, ainda, a necessária equivalência entre as posições contrapostas (ALVARO DE OLIVEIRA, p. 31, 1993). O contraditório deve ser entendido, então, como a contingência das partes influenciarem no julgamento, por meio “do exercício de adequados instrumentos processuais, em igualdade de condições” (CÂMARA, p. 25, 2015).

Há, portanto, que se respeitar uma estrutura processual condizente com uma dinâmica simétrica, na qual esteja presente uma substancial paridade das posições subjetivas (ALVARO DE OLIVEIRA, p. 31, 1993). Deste modo, as partes estariam em situação processual isonômica, sendo-lhes oportunizada igualdade, de forma não episódica, de interferência no processo e na construção da decisão. Além disso, o magistrado deve sujeitar-se também aos ditames do contraditório (ZANETI JR, p. 182, 2014), devendo consultar as partes sempre que sentir necessidade, seja para esclarecer, auxiliar, prevenir ou dialogar com as partes (MITIDIERO, p. 86, 2015).

Neste liame, sendo proposta a demanda, com a respectiva delimitação de seus pontos essenciais, o juiz deverá conduzir o desenvolvimento regular, leal e tempestivo do processo, “assumindo, quando for o caso, os meios probatórios, nos limites objetivos da causa” (ALVARO DE OLIVEIRA, p. 33, 1993). Portanto, o Estado possui o direito de exigir lisura no manusear do processo, devendo ser ética e colaborativa a atuação dos sujeitos processuais em prol da decisão final (CABRAL, p. 202, 2011).

Portanto, veremos adiante como a transição do paradigma do instrumentalismo para o formalismo-valorativo se torna patente quando observamos seu impacto no cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública. Perceber-se-á, também, como o novo paradigma, sob a perspectiva do modelo cooperativo de processo, pode tornar mais eficaz a realização do direito judicialmente reconhecido em face da Administração Pública.

Direito intertemporal: o cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública no Código de Processo Civil de 1973

Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, observava-se que, quando o ente público requerido era sucumbente no processo de conhecimento, este passava a integrar a fase de cumprimento de sentença por meio de outro ato citatório. Nesse sentido, destaca-se que “a fase de cumprimento de sentença ocorre, única e exclusivamente, para a execução de decisões que reconhecem obrigação de pagar quantia, pois nelas não se tutela satisfativamente o direito reconhecido” (DA CUNHA, 2016, p. 333).

Ato contínuo, uma vez citada a Fazenda Pública executada, era-lhe facultada a oposição de Embargos do Devedor⁴, os quais tramitavam em apartado por dependência aos autos principais⁵. Diante deste quadro, após ver seu direito reconhecido judicialmente na fase de conhecimento, a parte exequente enfrentava novo iter processual nos Embargos do Devedor, que obedecem ao rito ordinário, possibilitando, inclusive, a realização de novas provas para a delimitação do *quantum* exequendo.

Não bastasse tal instrumento de defesa, finalizada a discussão nos Embargos do Devedor, não raro se valia o ente público executado de Exceção de Pré-Executividade nos autos principais, a fim de retardar a satisfação do direito do exequente. Sendo esta exceção, até então, instrumento processual de abrangência nebulosa, criavam-se brechas para esse tipo de manobra nos autos, cuja finalidade era por vezes procrastinatória puramente, objetivando rediscussão de matéria já enfrentada.

Como resultado, a parte vencedora suportava retardo mais largo que o necessário para gozar o direito reconhecido no processo de conhecimento, somente podendo satisfazê-lo após a resolução dos incidentes de exceção na fase de cumprimento de sentença. Isso, pois, por tratar-se de verba a ser paga por ente público, a depender do montante⁶, a satisfação do *quantum* exequendo se dá por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV) a ser processada diretamente na administração do ente público sucumbente ou por meio da requisição de Precatório ao respectivo Tribunal de Justiça, conforme trâmite estabelecido pelo artigo 100 da Constituição Federal. Registre-se que "o precatório ou a RPV somente se expede depois de não haver qualquer discussão quanto ao valor executado, valendo dizer que tal expedição depende do trânsito em julgado da decisão que julgar a impugnação" (DA CUNHA, 2016, p. 337).

Assim, vislumbra-se que este quadro é muito comum nas demandas em face da Fazenda Pública. A Administração Pública em juízo, muitas vezes, tão somente para retardar a saída de numerários dos cofres públicos, contesta o incontestável e recorre do irrecorrível, sob o suposto pretexto de resguardo do interesse público (MADUREIRA, 2016).

Diante do quadro exposto, observa-se que o anterior *codex* de ritos dava maior azo a condutas contrárias ao formalismo-valorativo, acarretando a subversão do contraditório. Isso,

⁴ CPC/1973, art. 730, *ab ovo*. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias [...].

⁵ CPC/73, art. 736, parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

⁶ ADCT, art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;

II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100.

pois, tal princípio era, por vezes, concretizado como mera ciência dos atos da parte contrária, alargando-se a marcha processual sem efetivo pronunciamento jurisdicional que concentrasse o diálogo judicial rumo ao fim do litígio tão logo que possível. Com isso, a atuação das partes se encontrava, em grande parte, deslocada dos ditames do modelo cooperativo, o qual foi encampado pelo Código de Processo Civil de 2015 e passou a permear as regras do jogo procedimental, conforme acima exposto.

A mudança de paradigma do Código de Processo Civil de 2015 e seus impactos sobre o cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve uma sensível mudança em tal sistemática. Sucumbente na fase cognitiva, o ente público requerido pode manejar impugnação dentro de 30 (trinta) dias ao ser intimado para ingressar a fase de cumprimento de sentença⁷. Tal defesa não mais ostenta natureza de ação e passa a ser processada nos mesmos autos (DA CUNHA, 2016, p. 336), o que contribui para a concentração do diálogo judicial nesta fase. Nesse contexto, uma vez que há prolongamento do procedimento da ação cognitiva, o ente público esbarra em uma limitação de rito que acaba por tolher tentativas de dilação probatória desnecessária.

Outrossim, nota-se que, nos casos de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública, o CPC/15 elencou, no artigo 535, as hipóteses que podem ser arguidas em sede de impugnação. Dessa forma, além de uma limitação formal, as manobras dilatórias do ente público em juízo passam a encontrar limitações materiais.

Ademais, destaca-se que a continuidade do procedimento nos mesmos autos impede que o executado se valha de Exceção de Pré-Executividade para reabrir discussão já superada nos autos dos antigos Embargos do Devedor. Como resultado, a defesa extemporânea ao manejo da aludida impugnação ao cumprimento de sentença só passa a ser admitida nos casos previstos no artigo 803 do CPC/15, conforme autoriza seu parágrafo único⁸.

⁷ CPC/15, art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença. [...]

⁸ CPC/15, art. 803. É nula a execução se:

I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;

II - o executado não for regularmente citado;

III - for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

Diante deste quadro, fica patente que os instrumentos processuais encampados pelo Código de Processo Civil de 2015 militam a favor da concentração do contraditório dentro do paradigma da comunidade de trabalho instaurada ao redor da relação jurídica processual. Visa-se aglutinar o diálogo judicial de forma efetiva, a fim de que as partes influenciem a decisão judicial na medida do razoável, permitindo ao Juízo o acesso claro às suas razões, contribuindo, assim, ao proferimento mais célere e qualitativo de decisão judicial (BAHIA; NUNES; PEDRON; THEODORO JUNIOR, p. 90, 2016). Com isso, visa-se alcançar a colaboração como um modelo que objetiva organizar o papel das partes e do juiz como verdadeira comunidade de trabalho na qual se privilegia o trabalho processual em conjunto (MITIDIÉRO, p. 84, 2015).

Conclusão

Por fim, concluímos “cabe ao direito ofertar uma base normativa que induza comportamento de diálogo genuíno no qual comportamentos não cooperativos sejam mitigados” (BAHIA; NUNES; PEDRON; THEODORO JUNIOR, p. 87, 2016). Nesse contexto, o magistrado assume importância, já que, a ele, é confiada a condução do rito da demanda, devendo repreender comportamentos contrários aos ditames da cooperação e do contraditório e assumindo, ele mesmo, essa nova forma cooperativa de condução do processo. Logo, caso o magistrado perceba artimanha procrastinadora realizada por alguma das partes, sendo o ato supostamente justificado pela efetivação do contraditório, deve valer-se do devido processo legal, a fim de que a intrujice seja superada.

Vê-se que o modelo colaborativo de processo almeja, também, outorgar nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo, sendo este isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões (MITIDIÉRO, p. 84, 2015). Como resultado, espera-se a mudança na cultura litigante pátria, objetivando atingir a adequada, tempestiva e efetiva tutela das pessoas e de direitos, principalmente nas demandas em face de entes públicos, cuja marcha até o gozo do crédito é naturalmente mais larga, conforme vimos.

Sendo assim, a dilação desnecessária do contraditório deve ser mitigada por meio do labor conjunto entre as partes e o magistrado perpassando pela concentração dos atos processuais, a partir de uma dialética efetiva orientada por um comportamento leal mútuo dos sujeitos processuais, operada no modelo cooperativo de estruturação do processo. Desta feita, a garantia de participação processual deve ser exercida eticamente, em conformidade com os objetivos da jurisdição estatal (CABRAL, p. 202, 2011).

Ao final, constatamos que, dentro da perspectiva do formalismo-valorativo, inserido no modelo de processo cooperativo, cai por terra a falácia do ente público acerca de sua obrigação de insurgência contra a pretensão executiva autoral em nome da defesa de suposto interesse público. Vislumbra-se que o resguardo deste interesse público se alcança por meio do cumprimento da lei, portando-se no jogo processual de acordo com as regras

acima expostas (MADUREIRA, 2016). Em outras palavras, inexistindo situação que justifique sua insurgência à satisfação do direito da parte, não há qualquer reprimenda quanto à inércia da Fazenda Pública executada, a fim de que seja expedido o competente ofício requisitório de Precatório ou de RPV para satisfazer o crédito do exequente⁹.

Portanto, com tais posturas, entra-se no espírito cooperativo do atual código de ritos, pois se diminui o tempo de duração da demanda, encurtando-se a satisfação inevitável do direito da parte, já reconhecido judicialmente. Dessa forma, percebe-se a importância das mudanças trazidas pelo CPC/15 em relação aos regramentos do CPC/73, especialmente no que tange à fase de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública.

Referências

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.
- BAHIA, A.M.F.; NUNES, D.; PEDRON, F.Q.; THEODORO JUNIOR, H. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de outubro de 1988, p. 01.
- BRASIL. Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de março de 2015, p. 01.
- BRASIL. Lei nº 5.869/1973, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 de janeiro de 2013, p. 01.
- CABRAL, A. P. Contraditório. In: GALDINO, F.; KATAOKA, E. T.; TORRES, R. L. *Dicionário de Princípios Jurídicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 193-210.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, p. 147-159, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/50132>>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: Editora Juspuvim, 2015.

⁹ CPC/15, art. 535, §3º. Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

I - expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;

II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

- FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017.
- GOMES, Camilla de Magalhães; ZANETI JR., Hermes. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 53, p. 13-32, 2011.
- MADUREIRA, Claudio. Fazenda Pública "sem juízo": notícia de um inconsciente coletivo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, v. 253, p. 301, mar. 2016.
- MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do novo processo civil brasileiro. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, Thomson Reuters, v.02, p. 83-97, jul/dez. 2015.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3 ed. São Paulo: RT, 2015.
- THEODORO JR., H.; NUNES, D.; BAHIA, A. M. F.; PEDRON, F. Q. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 3 ed. São Paulo: Forense, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A coisa julgada de questão prejudicial e a experiência norte-americana com a *issue preclusion*

Daine Gonçalves Ornellas Lima¹

Larissa de Almeida Silva²

Resumo: O novo Código de Processo Civil, em seu artigo 503, §1º inaugura um novo regime jurídico de formação de coisa julgada em relação às questões prejudiciais suscitadas no processo, dispensando, para tanto, a obrigatoriedade de propositura de uma ação declaratória incidental tal como previsto no CPC/73. Ao adotar este novo paradigma, inspirou-se o legislador na *issue preclusion* (também conhecida como *collateral estoppel*) norte-americana, instituto cujos contornos vem evoluindo consideravelmente na doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos há quase um século. Desta feita, urge estarmos conscientes dos principais desafios já enfrentados e superados pela comunidade jurídica estadunidense, e que serão aqui apresentados, a fim de que, aprendendo com a experiência deste país, não nos percamos em celeumas por lá já há muito superadas, evoluindo, resguardadas as devidas proporções quanto às diferenças existentes entre cada ordenamento, a partir do estado da arte já alcançado pelo instituto.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil; Coisa julgada de questão prejudicial; *Issue preclusion*.

Coisa julgada de questão prejudicial no CPC/15

O novo Código de Processo Civil trata a questão prejudicial de modo diametralmente oposto ao CPC/73, determinando expressamente a formação de coisa julgada a seu respeito se presentes os requisitos elencados artigo 503, §§ 1.º e 2.º, cuja detida análise não será objeto do presente trabalho.

Ao ampliar os limites objetivos da coisa julgada nos moldes realizados no CPC/15 a intenção do legislador parece ter sido possibilitar celeridade e economia processual, por um duplo aspecto: dispensando-se a propositura de uma ação incidental (considerando os custos e tempo de sua tramitação) e, ao menos supostamente, evitar a rediscussão da questão já decidida em processo posterior.

¹ Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Além disso, pretende-se proporcionar maior segurança jurídica ao jurisdicionado, que será protegido de receber duas ou mais decisões judiciais contraditórias sobre a mesma questão.

Assim, extrai-se dos parágrafos 1^a 2^o do artigo 503 que haverá formação de coisa julgada material em relação à decisão que, (i) de maneira expressa e incidental, resolver questão prejudicial, desde que: (ii) desta resolução tenha dependido o julgamento do mérito, (iii) o juízo tenha competência absoluta para resolvê-la como questão principal, (iv) tenha havido contraditório prévio e efetivo a seu respeito, (v) não tenha havido revelia, e (vi) não tenham ocorrido restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento de sua análise.

Chama atenção o fato de que tais requisitos encontram grande correspondência com aqueles erigidos pelo ordenamento jurídico estadunidense e sua *issue preclusion*, instituto que se presta ao mesmo fim naquele país, razão pela qual passa-se a sua análise.

A *issue preclusion* norte-americana

Compreensão do conceito

Deve-se esclarecer, desde logo, que o *Restatement (Second) of Judgments*, uma espécie de tratado datado de 1980 amplamente utilizado nos Estados Unidos para orientar operadores do Direito quanto aos princípios e regras da *common law*, sugere a substituição o termo “collateral estoppel” por “issue preclusion”, por se tratar de expressão mais analítica e funcional. Tal proposta foi amplamente adotada nas Cortes federais, embora ainda se verifique, mesmo em estudos mais recentes, a terminologia original. Por isso, o presente trabalho utilizar-se-á de ambas as expressões.

Como é comum no direito estadunidense, consagrou-se, ao se referir tanto à *res iudicata* quanto à *issue preclusion*, o uso da expressão “one bite at the apple”, significando que é dado aos litigantes apenas uma oportunidade de defender seus argumentos (*issues*) perante as Cortes.

Assim, propõe-se, com a *issue preclusion*, obstacularizar a litigância sobre uma mesma questão já decidida em processo anterior, partindo da premissa de que qualquer Corte é igualmente capaz de decidir qualquer matéria levada a julgamento.

Encontra fundamento nos princípios da segurança jurídica e da eficiência, este visando a evitar o emprego da máquina judicial na solução de questões já definitivamente enfrentadas e aquele objetivando impedir que os jurisdicionados obtenham soluções diversas para as mesmas questões.

Portanto, a *collateral estoppel*, na esteira da *res iudicata*, torna imutável o pronunciamento de uma Corte sobre determinada questão considerada essencial para o julgamento da controvérsia, ou seja, que tenha consistido um “necessary step” para a resolução da questão principal.

A evolução do instituto

Aponta-se a origem do *estoppel* no direito probatório inglês, cujo objetivo era impedir que uma prova utilizada fosse posteriormente controvertida (*estoppel by record*).

Anos depois, surge a *Mutuality doctrine* segundo a qual somente se poderia utilizar, num novo processo, de questão resolvida em processo anterior se estivessem presentes as mesmas partes nos polos da ação subsequente.

Esse entendimento quanto a necessidade da presença das mesmas partes para a invocação da *issue preclusion* começou a ser superado a partir da década 1940, na Suprema Corte da Califórnia, chegando à Suprema Corte norte-americana apenas na década de 1970 com o caso *Blonder-Tongue vs. University of Illinois Foundation*, no qual a *Foundation* pretendia discutir a violação de sua patente pelo laboratório *ex adverso*. Nada obstante, aduziu o laboratório, em sua defesa, a existência de decisão que invalidava a referida patente, firmada em desfavor da *Foundation* em processo anterior, sendo então acolhido tal argumento para impedir o novo litígio.

Surgia aí a *Non-mutual collateral stoppel* para permitir que terceiro que não havia sido parte no processo original, enquanto réu, utilizasse-se de uma questão já anteriormente decidida fosse utilizada como argumento de defesa, daí a ser chamada de *defensive collateral stoppel*.

As Cortes norte-americanas, ao principal argumento de que poderia incorrer em ofensa à 7ª emenda, foram durante alguns anos resistentes à utilização da *issue preclusion* como fundamento da ação movida pelo autor, isto é, aquele que não foi parte em processo anterior suscitando a existência de uma *estoppel* para obter a condenação de parte que já havia sido judicialmente responsabilizada em processo anterior, daí a ser designada de *offensive collateral stoppel*.

Há que se esclarecer, contudo, que aceitação, pelas Cortes americanas, da *offensive collateral stoppel* é mais restrita, fazendo-se necessário que sejam observados alguns requisitos adicionais além daqueles já consagrados para a utilização da *issue* (que serão vistos adiante), isto é, não se admite sua invocação quando se tenha facilitado o ingresso do demandante na ação originária ou quando sua utilização torne-se injusta para o réu.

Assim, questiona a doutrina americana se uma parte pode ter seu "dia na corte" negado com base em uma questão (*issue*) que tenha tido "oportunidade de litigar" (= contraditório) em uma ação anterior.

Concorda-se que com a utilização do *estoppel* em várias circunstâncias, mas igualmente concorda-se que há casos em que sua invocação pode representar graves danos às partes.

Assim, a Suprema Corte norte-americana firma entendimento no sentido de que a *issue* apenas pode ser utilizada para beneficiar terceiro que não tenha sido parte, jamais prejudicar, em vista das exigências do devido processo legal.

Requisitos da issue preclusion

O *Restatement (Second) of Judgments* propõe algumas condições para arguição da *issue preclusion* em processos subsequentes da seguinte forma: quando, tendo havido efetivo contraditório em torno de uma questão de fato ou de direito, sendo esta essencialmente determinante para o resultado do julgamento, o qual tenha sido proferido de modo válido e definitivo, sendo ainda determinante a questão na ação subsequente, versando sobre a mesma ou sobre outra causa de pedir.

Como já exposto, a doutrina da *issue preclusion* busca poupar recursos do Judiciário e proteger adversários de uma parte – ou mesmo daquele que não é parte – das despesas e aborrecimentos de enfrentar inúmeros processos, além de promover segurança aos jurisdicionados impedindo a coexistência de decisões contraditórias sobre a mesma questão.

Em outras palavras, a *collateral estoppel* busca prevenir que questões venham a ser re-litigadas em processos futuros se essas questões já foram devidamente decididas por um válido e definitivo julgamento.

Já para que terceiro se utilizasse do *offensive nonmutual collateral estoppel* em face de outrem, é necessário ainda: (1) que tenha havido “full and fair” oportunidade de debater a mesma questão na ação anterior; (2) a questão tenha sido efetivamente debatida na ação anterior; (3) a questão tenha sido decidida em julgamento definitivo; e (4) a parte em prejuízo da qual a questão é arguida tenha sido parte (ou “privity with a party”) na ação anterior.

Salienta-se que é fundamental, para a aplicação da *issue preclusion*, que a questão resolvida no primeiro processo seja a mesma que suscitada no segundo. Esta análise obviamente será apenas realizada pelo juízo que for julgar a segunda causa, sendo feita de modo pragmático. Além disso, também é necessário também que as técnicas processuais disponíveis nos dois procedimentos sejam as mesmas e, ainda mais importante, que os meios de prova sejam idênticos.

Como visto, é preciso decisão final para que se gere a *issue preclusion*, tendo o *Restatement (Second)* firmado que, para que se sustente a ocorrência de *issue preclusion*, julgamento final corresponderia a qualquer julgamento anterior suficientemente firme para ser considerado conclusivo.

Pontos afins e distanciamentos entre o sistema norte-americano e o adotado pelo CPC/15

Como se viu, a *issue preclusion* norte-americana permite que a autoridade da coisa julgada recaia sobre questões de fato, o que, como já apontado alhures, não encontra guarida no sistema pátrio.

Lado outro, percebe-se nitidamente que os requisitos consagrados pelo legislador pátrio para a formação de coisa julgada de questão prejudicial encontram total correspondência nos requisitos consagrados para a arguição da *estoppel*.

Ademais, muito embora tenha sido suprimida do artigo 506 a expressão para “beneficiar” presente no artigo 479, dispositivo que lhe é correlato no CPC/73, ainda é cedo para afirmar se a jurisprudência aceitará, entre nós, a adoção de algo similar ao *offensive collateral estoppel*, permitido que terceiro argua a questão prejudicial em seu benefício.

Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz. “O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes”. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins, vol. 11. São Paulo: RT, 2011. 24 p.
- CABRAL, Antonio do Passo. “Comentários aos arts. 503 e 504”. In: Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.]. São Paulo: RT, 2015. p. 1286-1298.
- CONLEY, Anne. “Promoting Finality: Using Offensive, Nonmutual Collateral Estoppel in Employment Arbitration”. UC IRVINE LAW REVIEW Vol. 5, 651, 2015. Disponível em: <http://www.law.uci.edu/lawreview/vol5/no3/Conley.pdf>
- CORR, John Bernard. “Supreme Court Doctrine in the Trenches: The Case of Collateral Estoppel”. Wm. & Mary L. Rev. Vol. 27, 1985, p. 35-89, Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol27/iss1/8>
- DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- HAZARD JR. Geoffrey C.. “Revisiting the Second Restatement of Judgments: Issue Preclusion and Related Problems”. 66 Cornell L. Rev. 564 (1981). Disponível em: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/946
- JONES, Karen. “Still fair after all these years? How claim preclusion and issue preclusion should be modified in cases of copyright’s fair use doctrine”. 58 UCLA LAW REVIEW 1071 (2011). Disponível em: <https://www.uclalawreview.org/category/print/volume-58/page/3/>
- JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2015.
- LEWIS, Kevin M. [et al.]. Recent Developments in Estoppel and Preclusion Doctrines in Consumer Bankruptcy Cases; Volume II of II: Preclusion, 67 Okla. L. Rev. 733 (2015). Disponível em: <http://digitalcommons.law.ou.edu/olr/vol67/iss4/2>
- LIBARDONI, Carolina Uzeda. Coisa julgada sob perspectiva comparatística: o que o sistema norte-americano pode nos ensinar sobre a extensão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. In: Revista de processo, n. 258. São Paulo: RT, 2016. p. 449 - 467.
- LIPIANI, Júlia. “Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente”. In: Civil procedure review, v. 4, n. 2, p. 45-72.

- LUCCA, Rodrigo Ramina de. "Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil". In: Revista de processo, n. 252. São Paulo: RT, 2016. 22 p.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. "Influência do sistema brasileiro de precedentes no interesse recursal" – texto inédito. 41 p.
- _____. "Coisa julgada sobre fato? Análise comparativa com o collateral estoppel de sua possibilidade de lege lata ou de lege ferenda" In: Revista de processo, n. 260. São Paulo: RT, 2016. p. 355-412
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e coisa julgada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 795-825
- REDONDO, Bruno Garcia. "Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC". In: Revista de processo, n. 248. São Paulo: RT, 2016. p. 43-67.
- REICHEL, Luis Alberto. "Decisão sobre questões prejudiciais de mérito e direito fundamental à intangibilidade da coisa julgada material no novo Código de Processo Civil". In: Revista de processo, n. 259. São Paulo: RT, 2016. p. 81-96.
- SENRA, Alexandre. "A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos". Dissertação de Mestrado. Vitória. 2016
- SOLDO, Linda J.. "Parklane Hoisery: Offensive Use of Nonmutual Collateral Estoppel in Federal Courts". 29 Cath. U. L. Rev. 509 (1980). Disponível em: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol29/iss2/9>
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada. São Paulo: RT, 1977.

A técnica do julgamento de casos repetitivos e o devido processo legal

Larissa de Almeida Silva¹

Daine Gonçalves Ornellas Lima²

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 consolidou no ordenamento jurídico nacional o modelo de julgamento de casos repetitivos. A técnica prestigia a um só tempo dois reclames há muito pretensos: celeridade e uniformidade da tutela, culminando numa aparente otimização da atividade judicante. Propõe-se a refletir se esta racionalidade judicial é apta a esgotar as demais concretizações do direito fundamental ao devido processo legal.

Palavras-chave: Processo Civil Brasileiro; Casos Repetitivos; Segurança Jurídica; Acesso à Justiça; Devido Processo Legal.

Introdução

A tendência globalizante que o mundo experiênciada somada aos avanços tecnológicos e à cultura de consumo fomentada pelo capitalismo estimulam o estabelecimento de incontáveis relações jurídicas que culminam em conflitos. Aliado a esta realidade, o fluxo intenso de informações permite que mais indivíduos tomem ciência dos direitos que lhes sejam aplicáveis. Demais disso, a garantia de acesso à justiça consagrada constitucionalmente subsidia institutos que facilitam a propositura de processos judiciais.

O somatório destes fatores contribui para que indivíduos busquem a tutela jurisdicional em ritmo crescente, o que culmina no alto grau de litigiosidade vivenciado pela sociedade brasileira.

Como decorrência desta realidade, os tribunais brasileiros amarguram numerário exorbitante de processos em tramitação recebendo mais demandas do que profere julgamentos, o que enseja um aumento exponencial do passivo de ações propostas. Este assoberbamento do Poder Judiciário traz consigo inconvenientes de toda ordem.

A infinidade de demandas ajuizadas resulta em uma pluralidade de posicionamentos judiciais com evidentes contradições entre si, ainda quando se trate de ações assentadas em idênticos fundamentos, além da morosidade no alcance do provimento.

Em razão deste cenário, a comunidade jurídica reclama a instituição de mecanismos que visem a otimização da atividade judiciária e contenção desta litigiosidade crescente.

¹ Mestranda em Direito Processual Civil. Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Mestranda em Direito Processual Civil. Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Nesta busca incessante e indisfarçável de contingenciamento do número de processos que chegam aos tribunais, o Código de Processo Civil de 2015 regulamentou a técnica de julgamento de casos repetitivos que compreende o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos (REER).

O sistema que se enceta consiste em instrumental profícuo ao desenvolvimento do ordenamento processual e à otimização da atividade judiciária. Todavia, as benesses de racionalidade que lhe recaem não podem ofuscar a necessidade de observar outros valores constitucionais atinentes ao devido processo legal.

O modelo de julgamento de casos repetitivos e o devido processo legal

O CPC/15 instituiu o modelo de julgamento de casos repetitivos, composto pelo IRDR e Recursos Repetitivos, atribuindo ao seu objeto de análise questões unicamente de direito – material ou processual (art. 928, *caput* e parágrafo único).

O modelo apresentado prevê que demandas que versem sobre a mesma questão de direito sejam decididas seguindo a mesma tese jurídica, o que, em princípio, otimizaria a atuação jurisdicional e entregaria solução uniforme aos conflitos.

O julgamento sistêmico de demandas permite que uma única decisão prospecte efeitos em todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, fornecendo ainda tese jurídica aplicável aos processos futuros que versem sobre a mesma questão de direito (art. 985, I, II, CPC).

O art. 976 apresenta como pressupostos necessários de cabimento a efetiva repetição de processos sobre a mesma questão de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Desta previsão legislativa se extrai que o modelo tem por finalidade alcançar a uniformidade de decisões quanto à mesma questão de direito.

A técnica retira dos juízes de piso a função de enfrentar e decidir a questão, transferindo ao tribunal a incumbência de fixar a tese, de modo que os processos que contenham a mesma questão de direito fiquem suspensos até o julgamento do Incidente.

A suspensão dos processos se justifica na busca pela concretização da isonomia na entrega jurisdicional, de modo que, julgado o Incidente, as causas em tramitação que contiverem a mesma questão de direito receberão tratamento igualitário quando da aplicação da tese firmada pelo tribunal.

Assim, equaliza a tutela jurisdicional e, via de consequência, impede que os processos subam aos tribunais uniformizadores, posto que não faria sentido que demandas continuassem a chegar aos tribunais a par da existência de posicionamento consolidado quanto à questão controvertida.

Discute-se, porém, se o procedimento para fixação da tese observa o contraditório, a ampla defesa, acesso à justiça e demais garantias constitucionais processuais, posto que o

debate acerca da questão é realizado no bojo do processo afetado, cujo poder de interferência dos indivíduos resta limitado, por razões lógicas de viabilização do trâmite procedimental.

A garantia do devido processo legal e os casos repetitivos

A garantia do devido processo legal encontra previsão expressa no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal e é compreendida pela doutrina como um direito fundamental de conteúdo complexo (DIDIER JR., 2015, p. 66). Esta complexidade que se lhe atribui decorre da circunstância de que as normas constitucionais relativas ao modelo de processo brasileiro conferem concretude à garantia ao processo devido.

Um processo será considerado devido, portanto, quando contemplar a garantia do contraditório, da ampla defesa; quando observar uma duração razoável, garantido o acesso à justiça; quando respeitar a publicidade adequada e o regramento do juiz natural (DIDIER JR., 2015, p. 66).

Vê-se, com isto, que a observância do devido processo legal pressupõe o cumprimento concomitante das demais regras e princípios constitucionais de cunho processual.

O microsistema a reger os casos repetitivos, por implantar técnica de julgamento em massa, ostenta aptidão para promover uniformização de jurisprudência e otimizar a atividade judicante.

Estes efeitos são salutares para o desenvolvimento do processo civil brasileiro. É curial, todavia, percorrer um pouco mais para examinar se os valores de celeridade e uniformidade prestigiados nestes institutos estão preterindo outros valores constitucionais.

O modelo discutido apresenta um sistema diferenciado de manifestação das partes interessadas, o que suscita questionamentos quanto à observância do contraditório efetivo e do acesso à justiça, eis que um indivíduo pode ser afetado por uma decisão sem que dela tenha participado, sem que tenha efetivamente influenciado no resultado e sem que dela tenha podido se esquivar (como no sistema *opt out*, típico de ações coletivas)

Questiona-se se a realização de audiências públicas seria suficiente a efetivar o contraditório, se a ampliação do tempo de sustentação previsto no art. 984, § 2º, CPC é apto a permitir que todos os interessados manifestem suas razões.

Estabelecer um contraditório formal não é garantir o devido processo legal, tampouco seria observada esta garantia no caso de se possibilitar demasiada abertura ao direito de participação de todos os indivíduos cujos processos terão a tese aplicada.

A previsão legislativa do CPC/15 não é suficiente e tampouco a doutrina está madura e uníssona quanto ao procedimento estabelecido. São diversas as significações atribuídas aos dispositivos normativos. Os tribunais, portanto, devem conduzir com cautela e sensibilidade estes instrumentos, pois a pretexto de concretizar garantias fundamentais pode, por interpretação ampliativa, literal ou restritiva, inviabilizá-las.

Estas são preocupações iniciais externalizadas com o propósito de suscitar discussões acadêmicas volvidas pela identificação de um equilíbrio entre as garantias fundamentais no

modelo de casos repetitivos, isto é, para o estabelecimento de contornos mínimos a um sistema que colabore para a entrega da tutela adequada, tempestiva e efetiva, das pessoas e do direito, mediante um processo justo.

Considerações finais

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, regulamentados pelo CPC/15, formam um modelo de julgamento de casos repetitivos que prospecta um cenário de uniformidade de tutela e otimização da atividade judicante quando pensados no plano dogmático.

A atuação jurisdicional deve evidenciar estes ideais e consagrar as demais garantias processuais fundamentais de um Estado Democrático Constitucional. O prestígio puro à isonomia que se olvide de observar o contraditório, ampla defesa, acesso à justiça e outros valores que dão concretude ao devido processo legal deve ser amplamente combatido quando verificado na prática procedimental de um modelo de casos repetitivos.

A interpretação do regulamento previsto para os casos repetitivos deve ser orientada pelas diretrizes constitucionais relativas ao processo. A interpretação das previsões legislativas sobre o tema deve mostrar-se consonante com o modelo constitucional estatuído, de modo cominar em um processo jurisdicional democrático, isto é, que observe o devido processo legal.

Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3.
- CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.). Grandes temas do novo cpc. Julgamento de Casos Repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 10.
- CABRAL, Antonio do Passo. Do incidente de resolução de demandas repetitivas in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CAVALCANTI, Marcos. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DANTAS, Bruno. Comentários do artigo 976 ao 987 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). Breves comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPodvm, 2017. v. 4.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. Revista de Processo. São Paulo, v. 229, p. 273-280, março, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Decisão de questão idêntica x Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários aos artigos 926 à 928 do CPC In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. In: DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords.). Repercussões do novo CPC – Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 8.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Comentários ao código de processo civil. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PINTO, Luis Felipe Marques Porto Sá. Julgamento das causas repetitivas: uma tendência de coletivização da tutela processual civil. Vitória: Edufes, 2014.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva X técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords.). Repercussões do novo CPC – Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 8.
- TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. O “novo” mandado de segurança coletivo. Série processo coletivo, comparado e internacional. GIDI, Antonio (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2013.
- ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZANETI JR., Hermes. Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 421, p. 269-276, jan./jun., 2015.

Eficácia preclusiva da coisa julgada e suas balizas sob o princípio da segurança jurídica

Gabriel Zoboli de Assis¹
Vladimir Cunha Bezerra²

Resumo: O objetivo do presente ensaio é trazer reflexões sobre a *eficácia preclusiva* da coisa julgada, também conhecida como julgamento implícito, consubstanciada no artigo 508³ do CPC, similar ao artigo 474⁴ do CPC de 1973, do qual se pode presumir que, após o trânsito em julgado, considerar-se-ão deduzidas (*res deducta*) e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia (*res deducenda*) opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido. A análise visa responder questionamentos, tais como: as alegações repelidas dizem respeito a todos os fundamentos e fatos jurídicos coligados com a causa de pedir posta em juízo, mesmo que não tenham sido pronunciados? ou eficácia preclusiva da coisa julgada abrangerá, inclusive, as causas de pedir não deduzidas pelas partes?

Palavras-chave: Eficácia preclusiva da coisa julgada; Novos paradigmas do CPC/15; *Res judicata*; Segurança jurídica; Trânsito em julgado.

Introdução: a eficácia preclusiva da coisa julgada sob a principiologia da segurança jurídica

Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao [...] da dignidade humana (DINAMARCO, 2001b, p. 54).

O artigo 508 do CPC, em similar redação ao artigo 474 do Código de 1973, dispõe que "*transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*".

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2013). Pós-graduado em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2015). Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo Assessor de Nível Superior, no Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2006). Pós-graduado em direito público Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas (2007). Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

³ Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

⁴ Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

A interpretação da norma cambaleia na doutrina. Por um lado há quem defenda uma eficácia preclusiva ampla, obstaculizando a propositura de uma nova demanda, de idêntico pedido, mesmo que fundada em causa de pedir diversa. De outra ponta, a tese restritiva que limita a eficácia preclusiva a cada causa de pedir, independente da repetição do pedido.

A relevância do tema se dá na perspectiva de que as teses se antagonizam em polos diametralmente opostos, o que dá lastro ao enfraquecimento do fenômeno da previsibilidade (segurança jurídica) e da efetividade da prestação jurisdicional.

Saber, portanto, se a legislação, a ciência da doutrina e a jurisprudência permitem que haja o ingresso de ações com pedidos idênticos desde que se modifiquem as causas de pedir é de primordial importância para o operador do direito, tendo em vista, como bem resume Teresa Arruda Alvim (2001. p. 26), que esses três âmbitos do direito formam um tripé de valores que devem ser usados na busca incessante por segurança/previsibilidade das decisões jurídicas, *verbis*:

A luta pela manutenção desses valores (*segurança/previsibilidade*) se ancora fundamentalmente no prestígio do tripé lei/jurisprudência/doutrina (e princípios aqui incorporados) como elementos de que devem brotar os padrões das decisões judiciais.

[...]

O fenômeno da *previsibilidade*, identificável com a expectativa de que os conflitos sejam resolvidos à luz de certos padrões, tem sido vivido como uma (*sic*) valor em si mesmo, já que a regularidade objetiva, como fenômeno oposto à arbitrariedade, em si mesma é capaz de gerar um certo grau de satisfação social.

Ex hypothesi, um locador ajuíza uma ação requerendo, como único pedido, a rescisão contratual com o inquilino porque houve dano em seu imóvel e sua pretensão é julgada improcedente. Questiona-se: (não) poderia o mesmo locador acionar novamente o judiciário, repetindo o pedido, mas alegando inadimplemento do aluguel mensal?

A problemática do questionamento, que será tratada ao longo do texto, serve justamente para evidenciar que a rigidez da coisa julgada – seja pela eficácia preclusiva ou por sua autoridade – não pode ser tratado como um dogma, pois, ao contrário disso, aceitar-se-ia no ordenamento a ideia da eternização de incertezas.

Embora o legislador tenha dado *status* de direito fundamental à proteção da coisa julgada, postulado extraído do art. 5º, XXXVI⁵ da CR/88, a eficácia preclusiva do artigo 508 deve ser compreendida em seus pertinentes limites, justamente para garantir a legítima confiança nos cidadãos de que suas pretensões poderão, de fato, ser analisadas pelo judiciário, em consonância com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, fulcrado no inciso XXXVI⁶, artigo 5º. Afinal, o instituto não é absoluto, como bem lembra Dinamarco (2001b, p. 54):

⁵ Art. 5º [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁶ Art. 5º [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável.

Nessa perspectiva metodológica e levando em conta as impossibilidades jurídico constitucionais acima consideradas, conclui-se que *é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada*, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo.

A leitura do artigo 508 do CPC que trata da eficácia preclusiva da coisa julgada, por sua vez, também não deve ser estreitada pela leitura *ipsis litteris* e turva do dispositivo, mas amplificada pelos valores e mandamentos constitucionais cujas diretrizes guiam o Código de Processo Civil, desde o seu artigo 1º que o declara *"ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil"*.

Tal respeito literal do *Codex à Carta Magna*, assim – além de representar um importante marco dogmático da fase metodológica processual do *formalismo-valorativo*⁷, idealizada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira da Escola Gaúcha (DA SILVEIRA ESPINDOLA, 2014, p. 18-20) -, é utilizado para demonstrar que a eficácia preclusiva da coisa julgada se ampara num *"formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição"* (MITIDIERO, 2007, p. 32). E não numa leitura míope do artigo 508 do CPC.

Diferença entre autoridade e eficácia preclusiva da coisa julgada

A coisa julgada é uma exigência política, e não propriamente jurídica, não é de razão natural, mas sim de exigência prática (COUTURE, 1999, p. 332).

Embora *"impossível pretender, na problemática da coisa julgada, uma convergência de orientações"* (MOREIRA, 1971. p. 133), a conceituação do instituto se baseará na definição jurídico-positiva⁸ dada pelo ordenamento brasileiro.

⁷ "Assim, o estudo das relações entre o processo e a Constituição revela-se como o caminho que deverá permitir o reconhecimento no processo, não somente de um instrumento de justiça, mas também um instrumento de liberdade. É oportuno frisar que são temas que têm relação com essa visão de processo: a necessária aproximação entre direito processual e direito material dentro da moldura constitucional, a judicial review, a criação da norma pela jurisprudência (judge-made law), a superação dos paradigmas de processo civil "moderno": um processo técnico, individual, privado, para um processo compreendido como fenômeno de poder, social e coletivo, a consequente valorização das tutelas diferenciadas, a necessidade de abertura para a adequação do processo em seu curso, a efetividade como corolário do acesso à Justiça e o devido processo legal substancial como forma de controle do "correto" exercício do "poder" de julgar (razoabilidade e proporcionalidade nas decisões judiciais)." (ZANETI 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. p. 8)

⁸ Cf. DIDIER JR., Fredie. Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017b.

Coisa julgada, na definição da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB⁹, é descrita como a "decisão" de que não cabe mais recurso, recebendo críticas por supostamente confundi-la com preclusão (MOURÃO, 2008. p. 55).

O Código de Processo Civil, por sua vez, define como "*a autoridade* que torna imutável e indiscutível a *decisão de mérito* não mais sujeita a recurso" (artigo 502, grifo nosso).

O termo "autoridade", acertadamente, foi incorporado ao instituto pelos ensinamentos de Liebman (1947, p. 249), que defendia que coisa julgada não poderia ser definida como eficácia da sentença em si, mas como uma qualidade que se agregava a ela após o decurso dos prazos recursais.

Embora existam inúmeras outras teorias, como 1) a coisa julgada como efeito (ou eficácia) da decisão; ou 2) a coisa julgada como uma "qualidade" dos efeitos da decisão; ou 3) a coisa julgada como uma "qualidade" do conteúdo da decisão (DIDIER JR, 2017a, p. 585), o artigo se concentrará na de Liebman.

Como explicado por Dinamarco (2001c, p. 304), não se pode confundir os efeitos da decisão com a autoridade (qualidade, atributo, predicado, característica) da coisa julgada que se traduz na *imutabilidade* e a *indiscutibilidade* conferida a ela, cujos fenômenos remontam, em sua gênese, ao Código de Hammurabi, em especial no preceito VI, § 5^o¹⁰, que prescrevia a proibição do juiz em modificar a sentença já prolatada, inclusive, sob pena de punição pecuniária e perda da função, ou à *res judicata* romana¹¹ (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 240-241).

A eficácia preclusiva da coisa julgada, ou *praeklusionswirkung* no direito alemão (ASSIS, 1988, p. 34), por sua vez, embora também esteja no âmbito dos limites objetivos da coisa julgada, não se trata de um atributo ou predicado do próprio instituto – que torna a questão decidida imutável –, mas de uma "*aptidão para produzir efeitos (=eficácia)*" (RDRIGUES, 2016, p. 688) advinda da perda de uma faculdade processual.

Isto é, enquanto a autoridade da coisa julgada se traduz no núcleo, irradiando efeitos das decisões sobre as quais houve contraditório efetivo e debate, a eficácia preclusiva é periférica, também irradiando efeitos, entretanto, sobre alegações e defesas não discutidas no processo.

⁹ Decreto-lei nº 4.657/1942 com redação dada pela Lei nº 12.376/2010:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...]

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (grifo nosso)

¹⁰ "Se um juiz julgou uma causa, proferiu a sentença (e) depositou o documento selado, se, em seguida, muda sua decisão, será provado que o juiz modificou a sentença que havia prolatado e pagará até doze vezes a quantia que motivou a causa. Ademais, publicamente, far-se-á com que ele se levante do seu assento de justiça (e) não volte mais. Nunca mais poderá sentar-se com os juízes em um processo".

¹¹ Exemplo extraído do livro XLII, Título I do Digesto: "O juiz, uma vez prolatada a sentença, deixa de ser juiz depois; e a razão é que o juiz que uma vez condenou em mais ou em menos, não pode mais corrigir sua sentença; porque já desempenhou uma vez, bem ou mal, o seu ofício".

-"Perguntado se o juiz, que houvesse julgado de forma ruim, poderia julgar outra vez no mesmo dia, foi respondido que não poderia".

-"Não está proibido de alterar as palavras do processo, enquanto subsistir o teor da sentença".

-"Após julgada uma coisa, ou de decidida sob juramento, ou feita sob direito de confissão, não se questiona nada além da Oração do Divino Marco, porque aqueles que confessaram em direito são considerados julgados". (grifo nosso)

A leitura do artigo 508 do CPC - "*considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*" - não equivale a dizer que aquilo que deixou de ser alegado pelas partes e, portanto, não foi declarado na sentença, esteja abarcado pela autoridade da coisa julgada, mas equivale a dizer que se trata de uma preclusão ou perda do direito de manifestar outras alegações e defesas, em processo posterior, que estejam relacionadas com o tema (nuclear) abarcado pela coisa julgada.

Ou seja, não se trata da proibição de se discutir sobre o objeto litigioso de um processo – característica ínsita da autoridade da coisa julgada -, pois o julgamento implícito do artigo 508 se traduz numa ficção, já que não houve debate sobre o mesmo. Não é possível, portanto, afirmar, *v.g.*, que o juiz sentenciou procedente ou improcedente o pedido do autor baseado em causas de pedir que não estavam no processo.

A par desse raciocínio, portanto, tem-se que a redação do artigo 508 do CPC, embora diga respeito a uma hipótese dos limites da coisa julgada, não pode ser confundida com efeitos da autoridade da coisa julgada.

Na ordem de considerações e análises, imprescindível abordar os limites do objeto litigioso, para, então, avançar sobre a extensão preclusiva do artigo 508.

Objeto litigioso

No que toca aos dispositivos sobre coisa julgada, tanto no CPC de 1939 (artigo 287¹²), quanto no de 1973 (artigo 468¹³), o objeto litigioso foi positivado como *lide*, enquanto o atual Código o denomina como *mérito* (artigo 503¹⁴).

De acordo com a doutrina clássica de Liebman (1947. p. 214), o objeto litigioso é circunscrito pelo conflito entre os pedidos contrários das partes, *verbis*:

Que quererá dizer "lide" e decisão total ou parcial da lide?

Essa palavra "lide" vem do latim, "lis, litis" e significa demanda, litígio. O código usa da expressão "lide" para referir-se ao mérito da causa. Querendo dar uma definição um pouco mais precisa desse conceito fundamental, porque indica o objeto do processo, **poderíamos dizer que "lide" é o conflito entre os pedidos contrários das partes.**

Conflito que o juiz pode resolver, decidindo pela procedência ou improcedência do pedido do autor (grifo nosso).

O atual Código de Processo Civil, embora não tenha sido suficiente para dirimir a divergência na doutrina acerca da extensão do objeto litigioso, permite elastecer os limites apontados

¹² Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.

¹³ Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

¹⁴ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

por Liebman, adicionando a causa de pedir ao mérito, cuja análise pode ser dogmaticamente extraída, dentre outros, do artigo 319, III e §§ 2º e 4º, do artigo 337 do CPC, *verbis*:

Art. 319. A petição inicial indicará:

[...]

III - **o fato e os fundamentos jurídicos do pedido.**

Art. 337. [...]

§ 2º **Uma ação é idêntica a outra** quando possui as **mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.**

[...]

§ 4º **Há coisa julgada quando se repete ação** que já foi decidida por decisão transitada em julgado (grifo nosso).

Compreende-se que a *causa petendi* é elemento indispensável para a individualização da própria demanda, cujo pedido é somente a ponta do *iceberg* que se sustenta sobre os fatos jurídicos postos no processo, nunca desacompanhado.

Nessa linha de raciocínio, o ordenamento considera nula a decisão que “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*” (artigo 489, inciso IV, do CPC). Isto é, não há lógica afirmar que o pedido se sustenta sozinho no processo, deixando em segundo plano a causa de pedir e seus fundamentos.

Fredie Didier (2013, p. 63), em lição complementar, afirma que, inclusive, não se pode deixar de considerar a defesa posta na contestação pelo demandado, no exercício do contraditório, como a extensão do objeto litigioso do processo.

As balizas do objeto litigioso são de extrema importância para se compreender o tema, implicando consequências diretas nos limites objetivos da repositura de demandas, seja, na incidência dos pressupostos processuais negativos da eficácia preclusiva do artigo 508, seja na própria autoridade da coisa julgada.

Limitações da eficácia preclusiva da coisa julgada

Mesmo diante das premissas e conclusões alcançadas ao longo do texto – de que o artigo 508 do CPC não deve ter uma leitura míope, mas alargada pelos valores constitucionais, sobretudo pela harmonia da segurança jurídica e o da inafastabilidade de jurisdição; de que não se pode confundir eficácia preclusiva com autoridade da coisa julgada; de que mérito é compreendido por pedido conjugado com causa de pedir -, é possível afirmar, indubitavelmente, que o dispositivo representa no ordenamento um entrave para a repositura de ações. Vale daí, então, delimitar suas fronteiras.

Pequena parcela da doutrina brasileira entende que a eficácia preclusiva se estende por todas as possíveis causas de pedir que possam embasar o pedido formulado. Trata-se da teoria ampliativa, defendida por Araken de Assis (2002, p. 145-147) e Sérgio Sahione Fadel

(1982, p. 49), que, em termos resumidos, entende que a expressão “alegações” (contida tanto no artigo 474 do CPC de 1973 como no dispositivo 508 do atual) seria, em verdade, “causas”, objetivando impedir o fracionamento da lide.

Tal teoria, como pesquisou Humberto Theodoro Júnior¹⁵, tornou-se realidade no direito espanhol com a reformulação da Ley de Enjuiciamiento Civil (CPC espanhol), editada em 2000, que passou a prever, em seu artigo 400¹⁶, a hipótese da coisa julgada implícita sobre todos e quaisquer argumentos, expressos ou não, amplificando os limites objetivos da coisa julgada para além da causa de pedir do processo ajuizado. Como se fosse um “tudo ou nada”, “oito ou oitenta”.

A justificativa para a ampliação dos limites da coisa julgada na reforma do processo civil espanhol objetivou barrar a repetição de processos e a litigiosidade superveniente sobre os fatos conexos, o que está, de acordo com o referido autor, gerando na prática muito mais problemas do que aqueles que visou solucionar.

A reforma espanhola do processo foi exagerada, ao passo que força irracionalmente os atores processuais, a todo custo, a exaurirem todos os argumentos e as causas de pedir de suas pretensões, como na problemática do despejo colocada na introdução do texto. Caso o locador escolha uma única causa de pedir – como a existência de dano em seu imóvel e tenha sua demanda julgada improcedente, em tese, não poderia propor novamente a demanda, mesmo tendo chances sob outros argumentos, como a falta de pagamento do aluguel.

Humberto Theodoro chega a afirmar que no processo brasileiro existe coisa julgada implícita¹⁷, mas deixa claro que essa preclusão *“somente se aplica sem modificar a causa petendi da demanda julgada, respeitando, portanto, o objeto real (ou atual) do processo”*.

¹⁵ “Com efeito, a grande novidade se passa no ônus da alegação instituído pelo art. 400, 1, que impõe ao demandante “invocar em sua demanda não só os fatos integrantes da causa petendi em que se apóie, mas todos os fatos e títulos ou fundamentos jurídicos que podiam ser alegados naquele momento (mesmo que a demanda não se funde neles)”. Tudo isso, sob cominação de uma grave preclusão que proíbe à parte reservar alguma alegação para um processo ulterior, mesmo que “esses fatos, esses títulos ou esses fundamentos jurídicos não alegados ou reservados pudessem integrar uma causa petendi distinta da alegada como fundamento da demanda”. Em outros termos, esclarece VAZQUEZ SOTELO, a nova LEC recobre o encargo da referida alegação da consequência de que “alegados ou não, todos esses fatos ou fundamentos ficam acobertados pela coisa julgada que se forme por meio da sentença e não poderão ser utilizados para fundamentar demanda posterior para os efeitos de litispendência todos esses fatos ou fundamentos não invocados expressamente se consideram deduzidos”. Os únicos fatos, fundamentos ou títulos que escapam ao ônus de alegação previsto na atual LEC são aqueles que à parte não foi possível argüir durante os adequados momentos processuais, por serem “posteriores ou de posterior conhecimento”, bem como os que se permite sejam introduzidos durante o processo como “alegações complementares”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da Coisa Julgada. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil 10.58, 2009. p. 18. grifo nosso).

¹⁶ Art. 400. [...]

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta ley en momentos posteriores a la demanda y contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en outro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

¹⁷ “Convém lembrar que a coisa julgada sobre o “objeto virtual” do processo, admitida pela inovação do direito espanhol, não é a mesma coisa julgada “implícita”, prevista pela doutrina tradicional, e que se encontra

Em contrapartida, entende-se - a partir de um cotejo dos artigos 503, 504, 508 do Código - que não há espaço para a coisa julgada implícita no ordenamento brasileiro, ainda mais com a clara opção legislativa¹⁸ de dar relevância ao advérbio “expressamente”, tanto no *caput* do artigo 503, quanto no seu § 1º, para efeitos de sua formação:

<p>Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.</p> <p>§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:</p> <p>I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;</p> <p>II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;</p> <p>III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.</p> <p>§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.</p>	<p>Art. 504. Não fazem coisa julgada:</p> <p>I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;</p> <p>II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.</p>	<p>Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.</p>
--	--	--

Não obstante, Humberto Theodoro, assim como Barbosa Moreira (1977. p. 103-108), afirma, acertadamente, que é possível propor nova ação deduzindo o mesmo pedido, desde que fundando em causa de pedir diversa, pois a tríplice identidade entre as ações já não mais se verifica.

Repise-se, ao fim, que não permitir que o autor ajuíze nova ação utilizando-se causa de pedir diversa – pela técnica da eventualidade – por não ter exaurido o rol de fatos constitutivos de seu direito ao veicular primeira demanda judicial, afronta, inclusive, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

expressa no art. 474 do CPC brasileiro, segundo o qual “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. É que essa preclusão clássica do processo civil somente se aplica sem modificar a causa petendi da demanda julgada, respeitando, portanto, o objeto real (ou atual) do processo. Já a preclusão ampla da nova LEC alcança o objeto atual do processo, definido pela causa petendi, e vai além, para afetar todos os fatos e fundamentos que poderiam ter sido invocados para sustentar a demanda, mesmo que configurem outra causa petendi”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da Coisa Julgada. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil 10.58, 2009. p. 18. grifo nosso)

¹⁸ “O artificialismo dessas construções pode ser superado pela constatação de que os limites objetivos da coisa julgada podem ser mais amplos do que o objeto da sentença. Delimitar a abrangência da coisa julgada é uma questão de política legislativa, que envolve a interpretação dos princípios fundamentais do processo e o sopesamento das vantagens e desvantagens de cada uma das alternativas possíveis.” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010)

Breve fechamento

Buscou-se, inicialmente, contextualizar o momento histórico em que o processo civil se encontra, dando ênfase aos imperativos constitucionais (sobretudo os da efetividade, previsibilidade e segurança jurídica) que amparam a fase metodológica do *formalismo-valorativo*.

Nesse passo, o presente estudo teve como objetivo ilustrar como o fenômeno da coisa julgada, embora tenha origens remotas, é um tema ainda muito vivo e ainda muito controverso na doutrina, sobretudo no que concerne a eficácia preclusiva do artigo 508 do CPC.

Assim, as conclusões sobre o tema perpassam a ideia de que o artigo 508 deve ser lido num contexto de constitucionalização do processo; de que não se poderia confundir eficácia preclusiva com a autoridade da coisa julgada; de que mérito necessariamente envolve pedido e causa de pedir, e; ao fim, de que as limitações desse fenômeno da eficácia preclusiva somente ocorrem sobre as alegações e defesas atinentes à mesma causa de pedir, independentemente se repetidos forem os pedidos.

Referências

- ASSIS, Araken. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. in *Ajuris*, n. 44, 1988.
- _____. *Cumulação de Ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: Red Livros, 1999.
- DA SILVEIRA ESPINDOLA, Angela Araujo; JOBIM, Marco Félix. As Escolas de Direito Processual e o Ensino Do Direito. In: *Revista Eletrônica De Direito Processual - REDP*. Rio de Janeiro, 2014. v. XIII. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 27 outubro de 2017.
- DIDIER JR, Fredie. *Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência*. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 12ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017a. v. 2.
- _____. *Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017b.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, janeiro/dezembro, 2001b.
- _____. Relativizar a coisa julgada material. In: *Meio Jurídico*, ano IV, n. 43, mar. 2001a.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001c.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 2.
- FIGUEIREDO GONÇALVES, Tiago. Ação Declaratória de Inexistência de "Sentença" baseada em "Lei" posteriormente declarada inconstitucional. In: NERY JR, Nelson, ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002.

- GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília. Limites Objetivos da Coisa Julgada no Projeto de Código de Processo Civil: Reflexões Inspiradas na Experiência Norte-Americana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 194.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- _____. Decisão e Coisa Julgada. In: Revista Forense, 1947.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, Instrumentalismo e Formalismo-Valorativo. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58879/36261>>. Acesso em: 24 abr. 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, 2016.
- MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 147f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e coisa julgada. Rio de Janeiro: s/ed, 1967.
- _____. Ainda e sempre a coisa julgada. In: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- _____. Litisconsórcio unitário. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- _____. Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 103-108.
- _____. Coisa Julgada e declaração. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: Temas de direito processual. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado: e legislação extravagante. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- NIEVA-FENOLL, Jordi. A coisa julgada: o fim de um mito. In: Revista Eletrônica de Direito Processual. 2016. v. X.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo processual civil. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

- SENRA, Alexandre. A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: Premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Juspodivum. 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da Coisa Julgada. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil 10.58, 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das Decisões Judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Org.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.
- ZANETI 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.

Liquidação e execução de sentença no processo coletivo como mecanismo de efetivação de direitos

João Pedro Sarmento Dias Turíbio¹

Jordan Tomazelli Lemos²

Resumo: No presente trabalho serão abordadas as peculiaridades que envolvem a execução de uma sentença genérica proferida em sede de ação coletiva, buscando apontar os aspectos comuns e singulares às demandas que envolvem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por meio de metodologia qualitativa, utilizando pesquisa bibliográfica, será analisada primeiro a liquidação, envolvendo assim o *quantum debeat* e, por vezes, o *cui debeat*. Após, será colocada em questão a execução propriamente dita, quando serão apontados problemas e soluções que a doutrina discorre acerca do tema. Notadamente se está diante de um tema ainda em desenvolvimento, haja vista a constante mutação do microsistema do Processo Coletivo. Assim, é proposta a abordagem de tópicos eleitos como mais relevantes para um razoável raciocínio da fase de cumprimento de sentença nas ações coletivas.

Palavras-chave: Direitos Coletivos *latu sensu*; Sentença Genérica; Liquidação e Execução; Fluid Recovery; Interesse Social.

Introdução

Formalmente, os direitos coletivos *latu sensu* estão conceituados no art. 81 do CDC, em seu parágrafo único.³ Como bem pontua Edilson Vitorelli (2016, p. 53), por pragmatismo processual, escolheu-se conceituar essa classe de maneira abrangente, a fim de evitar interpretações que impedissem a tutela jurisdicional de direitos e interesses coletivos, apesar de todas as discussões e divergências existentes entre os idealizadores do anteprojeto do CDC.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: joapedrosdt@hotmail.com.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: jordan_tl@hotmail.com.

³ Art. 81, parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Autores como Teori Zavascki (2014) defendem que apenas os direitos subjetivamente transindividuais (coletivos e difusos), indivisíveis, poderiam ser encarados como direitos coletivos. Os Direitos Individuais Homogêneos seriam simplesmente direitos subjetivos individuais que recebem tratamento coletivo (DIDIER JR; ZANETI, 2016, p. 76).

Discordando desta visão, afirmam Freddie Didier Jr. e Hermes Zaneti (2016, p. 76) que a tutela dos Direitos Individuais Homogêneos “vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano.” Destarte, a previsão do *fluid recovery*, constante no art. 100 parágrafo único do CDC, seria uma evidência da natureza coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos.

O processo coletivo é regido por um microsistema próprio, em contraponto a visão individualista do processo, o qual conta em seu núcleo o CDC, a Lei de Ação Civil Pública. Além desses diplomas basilares, o microsistema processual coletivo é composto, da mesma maneira, por leis esparsas, como a Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança Coletivo e a Lei do Mandado de Injunção Coletivo, regulando ações coletivas específicas (DIDIER JR; ZANETI, 2016, p. 53). Evidentemente, não pode olvidar a existência de uma inter-relação com a constituição e o CPC/15, no que tange a tutela dos interesses transindividuais.

Aduzem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 122) que o papel da atividade jurisdicional se presta a atingir a tutela efetiva, adequada e tempestivas dos direitos, indo além da mera busca da “pacificação social”. Nessa esteira, as ações coletivas configuram-se como uma das soluções encontradas pelo legislador (e Constituinte) para dar a população a efetivação de seus direitos.

A execução pode ser vista como o momento da concretização da tutela do direito coletivo. Contudo, após a busca, durante a fase/processo de conhecimento, pela certeza do direito, com o reconhecimento do devedor, bem como do que é devido, por vezes, será necessário o complemento da norma concreta depreendida da sentença, para que a tutela dos direitos possa ser efetivada. Nessa toada, proceder-se-á a liquidação da sentença, a fim de se obter todos os elementos pressupostos para a constituição de um título executivo judicial.

Liquidação

O Código de Processo Civil, em seu art. 509, dispõe que “quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor.” Nota-se, portanto, que para viabilizar o cumprimento de sentença, contendo, ao menos, uma decisão parcialmente ilíquida, faz-se necessário uma ampliação da atividade cognitiva realizada na fase conhecimento.

Conforme Freddie Didier e Hermes Zaneti (2016, p. 423-424), considera-se ilíquida aquela decisão que não define o valor da prestação pecuniária (*quantum debeat*) ou “que deixa de individualizar completamente o objeto da prestação (*quid debeat*).” É possível ainda que não seja possível definir quem será o sujeito ativo da execução da sentença, como

ocorre na execução de cumprimento de sentença que verse acerca de Direitos Individuais Homogêneos (DIDIER JR; ZANETI, 2016, p. 424).

Assim, a liquidação procede uma sentença genérica, produzida em fase de conhecimento, durante a qual não era possível obter ou determinar todos os elementos que devem compor uma norma concreta individual executável. Nessa mesma linha entendem os professores que “o objetivo da liquidação é, portanto, o de integrar a decisão liquidanda, chegando a uma solução acerca dos elementos que faltam para a completa definição da norma jurídica individualizada, a fim de que essa decisão possa ser objeto de execução.” (DIDIER JR; ZANETI, 2016, p. 424)

Em regra, a liquidação iniciar-se-á nos termos do art. 509, I e II do CPC, isto é, haverá uma fase de liquidação no bojo do mesmo processo que culminou na sentença (ou acórdão) genérica. Ressalte-se que o dispositivo *in fine* traz que a fase liquidatória só se dá por requerimento do credor ou do devedor.

Cumprido ressaltar que, além da liquidação-fase, há ainda o processo autônomo de liquidação, o qual será regido, por analogia, também pelas regras da liquidação-fase (DIDIER JR; ZANETI, 2016, p. 427). Essa modalidade ganha especial relevância no presente estudo, haja vista a aplicabilidade na liquidação individual de decisão definitiva referente a direitos individuais homogêneos.

Por derradeiro, o ordenamento ainda prevê a liquidação pela via incidental. O incidente pode ocorrer tanto em processo em fase de liquidação, como processo autônomo de liquidação.

Em consonância ao que assevera Luiz Rodrigues Wambier (2012), em parecer à época do CPC/73, porém ainda relevante para a sistemática atual, os institutos descritos acima foram elaborados em vista das necessidades do processo civil individual, logo, deve o intérprete adaptá-los ao microsistema dos Processos Coletivos. Disso decorre que a liquidação de sentença oriunda de processo coletivo se torna *sui generis*, haja vista que a necessidade de se determinar não só o *quantum debeat*, mas também o *cui debeat*, o destinatário da tutela.

Convém salientar ainda que, além de peculiaridades em relação ao processo individual, o procedimento liquidatório apresenta diferenças de acordo com os direitos tutelados em ação coletiva. Com efeito, os Direitos Difusos e Coletivos *stricto sensu* terão um tratamento diverso ao dos Direitos Individuais Homogêneos, no tocante a liquidação de sentença genérica ou ilíquida. Nos próximos tópicos serão pormenorizadas tais diferenças.

Liquidação de sentença relativa a Direitos Difusos e Coletivos em sentido estrito

Elton Venturi (2000) expõe que as ações coletivas de Direitos Difusos e Coletivos *stricto sensu* possuem condenações ilíquidas e não genéricas. As condenações iniciariam com objetos certos, com o *quantum debeat* já determinado. Por vezes, a condenação se converte em prestação pecuniária, diante da impossibilidade de cumprimento ou perda de necessidade/utilidade. Nesse momento tornar-se-iam ilíquidas. Dessa forma, o pedido certo

julgado procedente, converte-se, por força de fato superveniente, em pedido incerto. Seria, por exemplo, o caso de uma Ação Civil Pública com pedido de tutela inibitória de dano ambiental, caso a lesão se concretize, a tutela deverá ser convertida em perdas em danos.

Em outro sentido entende Patricia Miranda Pizzol (1998), afirmando que seria possível a existência de condenações genéricas em processos coletivos de Direitos Difusos e Coletivos *stricto sensu*, bastando que haja pedido genérico.

De fato, a regra é que os pedidos sejam certos e determinados. Todavia, há de se reconhecer a inexistência de óbice para a aplicação do art.324, § 1º do CPC/15⁴.

Quanto ao dispositivo acima quadra Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 576):

A indeterminação, contudo, nunca pode ser total ou absoluta. Na sua generalidade, o pedido há sempre de ser certo e determinado. Não se pode, por exemplo, pedir a condenação a qualquer prestação. O autor terá, assim, de pedir a condenação a entrega de certas coisas indicadas pelo gênero ou o pagamento de uma indenização de valor ainda não determinado. A indeterminação ficará restrita à quantidade ou qualidade das coisas ou importâncias pleiteadas. Nunca poderá, portanto, haver indeterminação do gênero da prestação pretendida.

No que pese abordagem ser referente ao processo individual, é possível sua aplicação em ações coletivas. Pode ser o caso de um acidente, cujos danos ainda são incertos, ou que podem se prostrar ao longo tempo ou, ainda, cujas lesões provocadas são descobertas apenas com o decurso do tempo. Justamente para garantir a tutela efetiva e adequada, deve-se aceitar uma formulação, em alguma medida, genérica do pedido.

Continuando, a sentença coletiva referente a Direitos Difusos e Coletivos em sentido estrito pode dar azo a uma liquidação coletiva ou a uma liquidação individual (DIDIER JR; ZANETI, 2016, p. 431). Na primeira hipótese, seria promovida por um dos colegitimados e ocorreria de maneira semelhante a uma liquidação em processo individual, podendo ser realizada pelo procedimento comum (art. 509 II do CPC/15). Busca-se, tão somente, a mensuração do valor devido, os demais elementos, o dever de reparar o dano e a titularidade do direito já estão definidos em sentença.

Já na segunda, ocorre o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, aproveitando a declaração do nexos de responsabilidade (RODRIGUES, 2004, p. 2) constante na sentença. Dessa forma, além de ser necessário apurar o valor devido, é mister determinar a titularidade do direito à reparação, *in casu*, estabelecer se o liquidante é realmente titular do crédito a ser liquidado. Assim, proceder-se-á de maneira análoga a liquidação de Direitos Individuais Homogêneos.

⁴ Art. 324. O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Liquidação de Direitos Individuais Homogêneos

Ao regular as ações que versam acerca dos Direitos Individuais Homogêneos, a codificação consumerista em seu art. 95 aduz que “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

Por isso, entende Luiz Rodrigues Wambier (2006, p. 371) que “não há possibilidade, diante da lei posta, de os legitimados obterem sentença que contenha condenação cujo *quantum* já esteja definido.”

É adequado o entendimento exarado por Zaneti e Didier em obra de Processo Coletivo (2016, p. 429). Em geral, a sentença terá condenação genérica, com o *quatum debeat* a ser definido em liquidação. Todavia, como apresentam os autores, há exceções a isso:

Existem casos em que o juiz poderá determinar um valor mínimo de indenização, não havendo de regra liquidação se a parte se conformar; existem casos em que o juiz poderá especificar uma fórmula a ser aplicada para determinar o valor devido; existem casos em que se tratando de obrigações de fazer ou não fazer, estas já venham determinadas na sentença para todos. Em todos esses casos a sentença será genérica, mas apta a execução.

De todo modo ainda se faz necessária a liquidação, como asseverou o Min. Teori Zavascki em voto proferido no julgamento do RE 631111/GO:

[...] para esses efeitos processuais que se consideram homogêneos os direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, características essas que lhes confere grau de afinidade suficiente para permitir a sua tutela jurisdicional de forma conjunta. Neles é possível identificar elementos comuns (= núcleo de homogeneidade) e, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (= margem de heterogeneidade).

Após a sentença, na qual já estarão definidos os elementos que compõem o núcleo de homogeneidade, é fundamental para a tutela dos Direitos Individuais Homogêneos que sejam estabelecidos aqueles que compõem a margem de heterogeneidade em sentença de liquidação. Conclui-se que a liquidação é uma etapa ou fase cognitiva necessária quando se fala em tutela de Direitos Individuais Homogêneos, em face da multiplicidade de direitos subjetivos envolvidos e as respectivas titularidades.

Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 906), ao abordar as peculiaridades dessa etapa, afirma que, já comprovado o *an debeat*, cada liquidante deverá provar em contraditório pleno e em cognição exauriente, o nexos entre o seu direito individual pleiteado e a condenação que reconhece os danos causados de maneira global.

Além do nexos individual (*cui debeat*), na maioria dos casos, deve ser demonstrado o valor da reparação (*quantum debeat*) (GRINOVER, 2007, p. 906). Tal tarefa incumbe aos legitimados para liquidar, consoante o art. 97 do CDC, “a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.”

Dessa forma, a vítima buscará habilitar seu crédito, liquidando-o e posteriormente executando-o. Cuida-se de legitimação ordinária. Conforme o final do dispositivo, a liquidação também pode se dar pela via da substituição processual a ser realizada pelos legitimados do art. 82 do CDC.

Fluid recovery

Consta do art. 100 do CDC que decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida, sendo que o produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

A esse mecanismo se dá o nome de "*fluid recovery*" (recuperação fluida - tradução livre). O instituto tem origem na *class actions for damages*, do direito norte-americano (POMPILIO, 2013), que por sua vez "evoluiu a partir da aplicação da analógica de um instituto do direito das sucessões o *cy pres*" (BADIN, 2008).

Em linhas gerais, a aplicação analógica do *Cy Pres* se dá quando não é possível determinar todos os membros do grupo beneficiado ou ainda porque a individualização de sua reparação "*pro rata*" pode se tornar muito onerosa (WASSERMAN, 2014, p. 97).

O fundo ao qual se refere o parágrafo único do art. 100 é o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Cuida-se de verdadeira liquidação coletiva e, como bem observou Marcelo Abelha Rodrigues (2004, p. 2), de caráter "residual ou subsidiário às liquidações individuais". Como se vê do dispositivo supra, é requisito para a *fluid recovery* uma desproporção entre o número insuficiente de habilitados, e conseqüentemente o baixo valor indenizado globalmente pelo agente lesivo, e o dano causado.

Busca-se, na realidade, a tutela adequada do bem jurídico tutelado, evitando uma situação de relativa impunidade (ainda que se considere que a condenação tenha caráter meramente reparatório e não punitivo) ou como leciona Marcelo Abelha (2004, p. 3), para que o condenado não se encontre em situação de vantagem em vista da conduta danosa. Assim expõe:

É mister que, após um ano da formação do referido título executivo, o número de liquidações individuais não tenha sido compatível com a gravidade do dano causado, de forma que se permita reconhecer, mesmo depois de tudo, uma situação de vantagem para o demandado, quando se compara o resultado obtido com a conduta danosa e a reparação a qual foi submetida judicialmente.

Hermes Zaneti e Fredie Didier (2016, p. 432), acompanhando Marcelo Abelha (2004, p. 3-4), entendem que a instauração da sentença coletiva só é lícita ao ente coletivo quando contado um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica. De maneira diferente leciona Luís Rodrigues Wambier (2006, p. 384-385). Para esse autor, "o prazo pode

começar a correr antes do trânsito em julgado, se o recurso contra a decisão exequenda não tiver sido recebido com efeito suspensivo.”

Todavia, cumpre ressaltar que a 4ª Turma do STJ vem entendendo que o termo inicial para contagem do prazo autorizativo da *fluid recovery* se dá com a publicação de edital convocando as vítimas, com a decisão coletiva.⁵

Advirta-se que o referido prazo não obsta a execução dos créditos individuais. Tais créditos regular-se-ão pelas regras comuns de prescrição de títulos executivos judiciais. Há, contudo, uma exceção no que se refere a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.⁶

Em razão dessa possível concomitância entre os prazos da recuperação fluida e da execução individual de sentença genérica, exsurge a possibilidade de *bis in idem*, como bem pontua Marcelo Abelha (2004, p. 4). Para ele, seria possível o cenário no qual a liquidação coletiva seria satisfeita antes mesmo de certas execuções individuais. Com efeito:

[...] imaginando que a ação de reparação fluida seja proposta tão logo seja ultrapassada a barreira do prazo anual, não será inconcebível imaginar a possibilidade de coisa julgada na reparação fluida antes mesmo de ter sido proposta ou de ter terminado demandas liquidatórias individuais, criando a esdrúxula situação em que as sobras (resíduo) foram apuradas antes mesmo de o principal ter sido liquidado ou satisfeito! Diante desse absurdo, questionar-se-ia. Teria havido *bis in idem*? O responsável estaria pagando duas vezes pela mesma responsabilidade? Poderia ser acionado o fundo, caso a verba já tivesse sido endereçada?

A legitimidade e a competência para executar

Naturalmente, espera-se que o legitimado que promoveu a ação de conhecimento da ação coletiva, seja o responsável pela sua execução, embora não haja nenhum óbice para que qualquer outro legitimado busque a execução.

Outrossim, entendeu o legislador de modo semelhante, dispondo no Art. 15 da Lei da Ação Civil Pública que “*decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.*”

Regulando especificamente a legitimidade para a execução de direitos individuais homogêneos, dispôs a codificação consumerista em seu artigo 98 e parágrafo 1º que a execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções, sendo que a execução coletiva far-se-á

⁵ STJ, 4ª T., REsp nº 1.156.021/RS Rel, Min Marco Buzzi, j em 06.02.2014., STJ, 4ª T., REsp nº 869.583/DF rel. Min Luis Felipe Salomão, j. Em 05.06/2012. Do mesmo modo, Informativo do STJ 0499: “LEGITIMIDADE. MP. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA”.

⁶ art. 2º, § 2º da Lei 7.913/1089: Decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de dois anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.

A execução mencionada supra não se confunde com a *fluid recovery*, como se percebe, naquele caso se faz necessária prévia liquidação já realizada em sentença. De maneira certa, aduz Marcelo Abelha (2004, p. 6) que se trata de execução "*pseudocoletiva*", uma vez que se trata apenas pretensões individuais aglutinadas, já liquidadas, promovidas por legitimado coletivo.

Os legitimados previstos no art. 82 do CDC são: o Ministério Público, a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades da administração públicas destinadas à defesa de Direitos Coletivos e associações constituídas há, pelo menos, um ano e que objetivem a defesa de Direitos Coletivos.

Ressai do art. 11 da Lei da Ação Civil Pública que, quando houver ocorrido condenação à obrigações de fazer e não fazer, a lesão deverá ser corrigida independentemente de qualquer manifestação do legitimado (DIDIER JR; ZANETI, 2016, p. 435).

No que tange a execução de sentença coletiva que tutele Direitos Individuais Homogêneos, conforme já mencionado anteriormente no item 3., os legitimados do art. 82 do CDC também podem promover a recuperação fluida, não oferecendo maiores questionamentos. Na fase anterior, a legitimidade ativa para executar será verificada durante a habilitação dos lesionados individualmente, o que também já fora abordado no referido item.

Questão tormentosa e polêmica surge com a possibilidade de legitimação extraordinária para executar direitos individuais, ainda não liquidados. Até o presente, o STF só se manifestou quanto a legitimação ativa dos sindicatos. Ficou sedimentado no Informativo 431 da Corte, em vista da interpretação do art. 8º, III da CRFB/88, que os sindicatos possuem legitimação extraordinária ampla para defender em juízo os Direitos e interesses Coletivos Individuais Homogêneos, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independente de autorização dos substituídos (DIDIER JR; ZANETI, 2016, p. 442-443).

Em sentido oposto, como notaram Fredie Didier e Hermes Zaneti (2016, p. 442-443), o STJ "vem extinguindo todas as execuções que envolvem titulares que não autorizaram expressamente a associação ao ajuizamento da ação." Afirmam ainda que tratando-se de representação (Art. 5, XXI da CF/88), ação em nome alheio para defesa direito alheio, exige-se autorização; sendo substituição processual, defesa de direito alheio em nome próprio, no processo coletivo não se exigirá autorização.

Em vista do art. 516 do CPC, do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública e do art. 98, §2º do CDC, o cumprimento de sentença referente aos direitos coletivos *lato sensu* efetuar-se-á perante o juízo que proferiu a decisão. O parágrafo único do art. 516 traz ainda que o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo onde se encontram os bens sujeitos à execução, ou o juízo do local onde será realizada a obrigação de fazer ou não-fazer.

O projeto de lei do CDC aprovado pelo Congresso Nacional continha regra especial para a liquidação individual fundada em sentença coletiva. Segundo o dispositivo vetado,

poderia ser escolhido como foro competente da liquidação aquele do domicílio do liquidante. Para vários autores (DIDIER JR; ZANETI, 2016, p. 454; ZAVASCKI, 2008, p. 207), apesar do veto, ainda haveria autorização para que a liquidação, e, conseqüentemente, a execução, fossem realizadas no domicílio do autor. Esse entendimento foi acompanhado pelo STJ em julgamento de recursos especiais repetitivos (REsp 1.243.887/PR) (DIDIER JR; ZANETI, 2016, p. 456). Tal interpretação é possibilitada pela aplicação conjunta dos arts. 98, §2º e art. 101, I, ambos do CDC.⁷

Arrematam Fredie Didier e Hermes Zaneti (2016, p. 456) que haveria quatro (ou cinco) foros competentes para a execução da sentença: a) foro da ação de conhecimento; b) foro do domicílio do executado; c) foro do bem; d) foro do cumprimento da obrigação de fazer e não fazer; e) foro do domicílio do exequente, no caso da execução individual de sentença coletiva.

Execução de sentença coletiva

A sentença que julga procedente o pedido em uma ação coletiva é sempre genérica, ou seja, conforme regra o art. 95 do CDC⁸, será apurado “se é devido, o que é devido e quem deve” (primeira fase do processo coletivo).

Para a análise da execução nos processos coletivos, deve-se observar as normas genéricas constantes no CPC e no microsistema de processo coletivo constante no CDC. Assim, o início do procedimento deverá observar o parágrafo 1º do art. 98 do CDC, prescrevendo que “a execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.”

Apesar do termo sentenças de liquidação neste dispositivo legal, é pacífico na doutrina que se a sentença condenatória que já estiver líquida também poderá ser objeto da referida execução (CERDEIRA, 2008).

Mais à frente, prevê o art. 100 do CDC que terão os indivíduos interessados em executar tal sentença - no caso de estarem envolvidos Direitos Individuais Homogêneos - o prazo de 1 ano para se habilitarem. Evidencia-se aqui a segunda fase do processo coletivo, indagando-se “quanto é devido e a quem se deve”.

Diante de Direitos Individuais Homogêneos, essencial para o cumprimento efetivo da sentença condenatória que o indivíduo se evidencie perante o juízo - tanto na habilitação, quanto na opção por ingressar com uma ação individual de execução (art. 97, CDC) -, isto porque cada lesado possui situações jurídicas próprias e peculiaridades que farão a

⁷ Art. 98, § 2º É competente para a execução o juízo: I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual; [...]

Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor.

⁸ Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

sentença produzir seus efeitos de diferentes maneiras, a depender de cada caso concreto (margem de heterogeneidade).

Cabe neste momento apresentar pertinente crítica de Gustavo Milaré Almeida (2001, p. 127-131) acerca da falta de publicidade do título executivo judicial, fato este que em muitos casos impossibilita os indivíduos de buscarem o devido ressarcimento perante a esfera judicial:

De nada adianta, contudo, promover a ampla divulgação da possibilidade de direitos individuais serem tutelados de modo coletivo e de como os jurisdicionados podem aproveitar essa tutela se, em momento oportuno, continuar a não ser feita a devida publicidade da existência de eventual título executivo [...] essa forma de divulgação [publicação em respectivo órgão judicial, vide arts. 234 e ss do CPC/73], em geral, acaba por restringir a ciência do conteúdo daquela sentença ao juiz que a proferiu, às partes, aos seus procuradores e a algumas outras poucas pessoas que tiveram acessos aos autos [...] é igualmente imprescindível que aquela divulgação exceda os meros limites judiciários, a fim de conseguir alcançar o grande público e, com isso, oportunizar que realmente *todos* os interessados saibam da existência e do conteúdo de tal título executivo.

Propõe então o referido expoente ser dever do juiz, em atenção à ampla divulgação (arts. 5º, XIV, LV e 37, caput da CRFB/88), fixar em sentença condenatória o dever dos legitimados e também da parte ré, em informar pelos diversos meios de comunicação acerca do resultado e consequências da sentença genérica (ALMEIDA, 2001, p. 132), ações que possibilitarão a execução individual, promovendo então o fim maior da ação coletiva em análise: tutelar os Direitos Individuais Homogêneos.

A inércia dos interessados acarreta na possibilidade dos legitimados pelo art. 82 do próprio CDC requererem sejam os valores destinados aos lesados revertido para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, concluindo-se então o Processo Coletivo em sua terceira fase, conforme já exposto no item 3.

Gregório de Almeida (2016, p. 26), ainda que fazendo referência ao CPC/73, elucida o rito a ser seguido para execução nas ações que visem tutelar os direitos individuais homogêneos:

Fixado o valor da condenação na liquidação de sentença individual, o rito a ser seguido na execução da sentença será o do art. 475-I/475-J do CPC. A execução será atividade complementar do processo anterior de liquidação de sentença. A liquidação individual poderá ser proposta no juízo da condenação ou no próprio domicílio do autor (art. 98, § 2º, I, c/c o art. 101 do CDC) e a execução individual poderá ser promovida no juízo da liquidação ou no da condenação (art. 98, § 2º, I, do CDC). Já em relação à execução coletiva no plano dos direitos ou interesses individuais homogêneos [...] A legitimidade, neste caso, é ampla e abrange, em regra, todos legitimados coletivos do art. 82 ou do art. 5º da LACP, pois também existe a tutela reparatória a danos a outros direitos ou interesses individuais homogêneos que não os decorrentes das relações de consumo. A competência é do juízo da condenação (art. 98, § 2º, II, do CDC) e a execução deverá estar acompanhada de certidão de liquidação (art. 98, § 1, do CDC). O procedimento da execução, nesses casos, em que já houve sentença condenatória e sua respectiva liquidação, é o do art. 475-I/475-J, todos do CPC, no que for compatível.

Tratando especificamente da execução de sentença que verse sobre Direitos Difusos ou Direitos Coletivos *stricto sensu* (aqueles cujos indivíduos são indeterminados), apesar da carência de legislação específica, utilizando-se das técnicas postas no CPC, verifica-se certa simplificação, se comparada com a execução que verse sobre Direitos Individuais Homogêneos.

Na tutela destes direitos de indivíduos ocultos, são os legitimados para propor a ação também os responsáveis por requerer sua execução, seguindo assim, conforme unidade do procedimento (unificação da fase cognitiva e fase de cumprimento de sentença no mesmo processo), um rito basicamente prescrito pelo CPC.

Por fim, estando diante de uma sentença cuja condenação consista em uma pecúnia a ser adimplida pelo réu, prescreve o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública que tal valor será revertido a um Fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, onde os recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados.

O efeito dissuasório das ações coletivas

Quando uma pessoa jurídica descumpre certos ditames legais, certamente tem consciência que poderá ser demandada individualmente pelos lesados, porém, também tem ampla noção que, estatisticamente, aqueles que ingressarão em juízo para fazer valer seus direitos são ínfimos se comparados a totalidade dos indivíduos. Assim, se verifica de plano a importância da ação coletiva como medida de maior eficácia contra aqueles que insistem em violar a garantias postas pelo ordenamento jurídico.

Valendo-se do direito comparado (BUSCHKIN, 2005, p. 1570 e 1588), se extrai que as ações coletivas possuem elevado efeito dissuasório perante as grandes corporações. Observa-se que até mesmo quando os indivíduos interessados não se habilitam (quando proferida sentença genérica em ação visando tutelar Direitos Individuais Homogêneos), cumprido será o efeito *deterrence*, haja vista que permite o art. 100 do CDC que os valores não individualmente executados sejam revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Meios executivos de coerção em ações coletivas

As medidas coercitivas impostas pelo juízo em fase de execução visam afetar psicologicamente o responsável por dar, fazer ou não fazer. Nota-se que não são utilizadas, a priori, para substituir o objeto da obrigação, haja vista que interessa à parte exequente o adimplemento da obrigação que repare diretamente seu interesse violado (*e.g., in natura*). Neste aspecto, ensina Marcelo Abelha (2015, p. 44):

Há também outro tipo de atos executivos – os coercitivos –, que atuam sobre a psique do executado, incitando-o a cumprir, ele mesmo, o dever ou obrigação exequenda. Certamente, tais atos não têm o condão de atuar, pela sua própria força, à norma jurídica concreta, posto que não prescindem da vontade do

executado, mas certamente são um importante meio de obrigar o executado a satisfazer a obrigação.

Além dos métodos genericamente postulados pelo CPC⁹, encontra-se positivado na Lei da Ação Civil Pública a astreinte, meio de extrema importância para eficácia das sentenças condenatórias em sede de ação coletiva, prescrevendo em seu Art. 12, §2º que *"a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento."*

Mesmo objetivando maior proteção à tutela coletiva, não escapa às críticas da doutrina o dispositivo supra, isto porque, conforme redação, só poderá ser executada a multa *após o trânsito em julgado* da sentença que for favorável à parte autora. Ora, essa regra, conforme Roberto Luchi Demo (2016), "difere no tempo a execução da multa e enfraquece sobremodo sua força dissuasória, tanto no cumprimento da tutela antecipada quanto na execução da sentença."

Tal crítica vem ganhando repercussão perante os tribunais pátrios, acarretando numa mitigação do momento processual em exigir tal pena pecuniária, exemplo disso foi o que ocorreu no REsp 1098028/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 02/03/2010, onde foi possibilitada a execução da astreinte antes mesmo da sentença condenatória ter transitado em julgado.

É também no CDC que se encontra dispositivo apto a proporcionar tal método coercitivo, regendo o artigo 84 e seu parágrafo 4º que na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. E ainda o juiz poderá na sentença impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Neste aspecto, Luciano Picoli Gagno (2015, p. 12) traz uma peculiaridade quanto à aplicação de multas em ações coletivas envolvendo Direitos Individuais Homogêneos. Afirma que duas são as formas de impor tais sanções:

Uma primeira forma seria a simples prolação da decisão condenatória em sentido amplo, que em seguida seria objeto de inúmeras execuções individuais, onde o réu seria citado para cumprir a obrigação de fazer ou não fazer em determinado prazo, sob pena de multa. Outra forma, mais condizente com o caráter molecular da tutela coletiva, seria a decisão coletiva ordenar o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer relativa à direito individual homogêneo, já estabelecendo uma multa individual para o caso de descumprimento voluntário, com o fito de se eliminar, ou ao menos reduzir, a necessidade de ajuizamento de milhares de execuções individuais, quando possível ao réu identificar os beneficiários da decisão coletiva.

⁹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Conclui-se então que o juízo que julga procedente a demanda que visa proteger interesses individuais homogêneos poderá, desde que seja possível identificar de plano os indivíduos lesados pela parte ré, cominar pena de multa em caso de descumprimento do provimento judicial, sendo desproporcional tal medida apenas quando não forem identificados de imediato os credores, ou então, quando a natureza da obrigação impossibilite o seu cumprimento sem que haja a devida habilitação dos interessados.

O Projeto de Lei nº 5139/2009, que disciplina a Ação Civil Pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais, prescreve em seu art. 26 a possibilidade do juízo cominar multa diária até mesmo para as obrigações de pagar, norma esta que atende integralmente à razão das medidas coercitivas.¹⁰

Se o Projeto de Lei que atualmente aguarda deliberação de recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados for aprovado, positivado estará um instrumento voltado especificamente para a eficácia das sentenças procedentes nas Ações Cíveis Públicas.

Prescrição da pretensão executória

Conforme aplicação analógica do art. 21 da Lei da Ação Popular, o prazo para ajuizamento da Ação Civil Pública é de 5 anos.¹¹ Diante de tal premissa, ainda que possa dar azo a maiores discussões doutrinárias, aplicável é a súmula 150 do STF, dispondo que *"prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação."*

Assim, conclui-se que o prazo prescricional para execução, seja ela individual ou coletiva, é quinquenal, tendo como marco inicial o trânsito em julgado da sentença genérica condenatória.

Particular atenção se deve ter diante de execução no mandado de segurança coletivo. Assim como no mandado de segurança individual, o prazo decadencial para propositura da ação é de 120 dias, porém, tal prazo não repercute no lastro prescricional para execução, sendo aplicáveis os mesmos 5 anos previstos no art. 21 da Lei da Ação Popular.¹²

Não se deve confundir o referido prazo prescricional com o prazo estabelecido no art. 100 do CDC para que os interessados se habilitem para pleitearem o que lhes é devido. Primeiro porque tal execução se refere à ações coletivas, não havendo óbice para que o indivíduo proponha execução a título singular. Segundo, porque o prazo de 1 ano é para habilitação no processo, que só iniciará a partir do momento em que os legitimados requererem a execução da sentença condenatória genérica (prazo de 5 anos).

¹⁰ Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

¹¹ Informativo STJ 430, de 12 a 16 de abril de 2010.

¹² Informativo STJ 420, de 14 a 18 de dezembro de 2009.

Considerações finais

Pelo exposto neste trabalho foi constatado que, embora a maior carga de atuação em uma ação coletiva caiba aos respectivos legitimados, resta ao indivíduo lesado de plano, em demandas envolvendo Direitos Individuais Homogêneos, movimentar-se no sentido de buscar as consequências relativas à sentença genérica proferida pelo juízo da causa, sendo que a inércia destes resultará não numa manutenção do *status quo* para a parte ré, mas sim na possibilidade do legitimado requerer um ressarcimento “global” que irá integrar o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

As disposições que tratam da execução em ações coletivas possuem diminuto espaço na legislação pátria, demandando da doutrina um aprofundado estudo da sistemática envolvendo diversas fontes formais. Com o advento de um novo Código de Processo Civil, importante atenção deverá ser voltada para este tema, cuja construção jurisprudencial dependerá de uma base sólida e concreta dos estudiosos que esmiúçam as particularidades das ações coletivas.

No discorrer deste artigo foi demonstrado o quão importante é tratar o processo como verdadeiro instrumento para se alcançar o direito material, devendo os envolvidos na lide utilizarem dos princípios que o regem para atender na plenitude os anseios da coletividade. Importante ferramenta para alcançar tal objetivo é a mediação, que, se utilizada nas demandas que envolvam variados fatores e personagens, consegue aumentar a eficácia e diminuir o prazo em que as sentenças genéricas são cumpridas.

Referências

- ALMEIDA, Gregório de. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10177-10176-1-PB.pdf>. Acesso em 10 de set. de 2016.
- ALMEIDA, Gustavo Milaré. Execução de interesses individuais homogêneos: Análise Crítica e Propostas. 2012. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2001.
- BADIN, Arthur. O fundo de direitos difusos. Revista portuguesa de Direito do Consumo - Núm. 55, Setembro 2008.
- BUSCHKIN, Ilana, The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy - Permitting Foreign Claimants to Be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts, 90 Cornell L. Rev. 1563 2005.
- CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. A Execução/Cumprimento de Sentença no Processo Coletivo. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 23 de mai. de 2008.
- DEMO, Roberto Luis Luchi. Liquidação, execução e cumprimento da tutela coletiva referente aos direitos individuais homogêneos: uma análise a partir do direito posto e do direito projetado. Artigos Doutrinários.

- DIDIER JR, Fredie; Zaneti JR. Curso de direito processual civil: processo coletivo- 10ª Ed- Salvador. Ed. JusPodvm, 2016.
- GAGNO, Luciano Picoli. Tutela Mandamental e Efetividade dos Direitos Individuais Homogêneos. Revista dos Tribunais Online | vol. 953/2015 | p. 223 - 257 | Mar / 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, Forense Universitária. 9ª Ed, 2007.
- MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. Novo Curso de Processo Civil [livro eletrônico]: Teoria do Processo Civil. Vol. 1, Ed. 2ª. Revistas dos Tribunais. São Paulo. 2016
- PIZZOL, Patrícia Miranda. Liquidação nas ações coletivas, Lejus. 1998.
- POMPILIO, Gustavo Revista de Processo | vol. 225/2013 | p. 277 - 292 | Nov / 2013. Ed RT.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. "Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC. Disponível em <http://www.rtonline.com.br>. Acesso em Agosto de 2016
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de execução civil. 5ª ed. Ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SILVA, Thais Helena Pinna da. Liquidação de Sentença nas Ações Coletivas. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VII, n. 18, ago 2004.
- THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – [Livro eletrônico] Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- VENTURI, Elton. Execução da tutela coletiva, Malheiros editores, 2000
- VITORELLI, Edilson. "Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva: um novo ponto de partida para a tutela coletiva". Repercussões do novo CPC- Processo Coletivo. Hermes Zaneti Jr.(Coord.). Salvador: Editora JusPodvm, 2016
- WAMBIER, Luis Rodrigues. Sentença Civil: liquidação e cumprimento. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Pareceres – Wambier, vol. 1. O Novo Regime do Cumprimento de Sentença nas Ações Coletivas. 8 p. Set / 2012. Revistas Dos Tribunais.2012.Disponível em <http://www.rtonline.com.br>. Acesso em Agosto de 2016
- WASSERMAN, Rhonda. Cy Pres in Class Action Settlements (March 24, 2014). Southern California Law Review, Vol. 88, p. 97, 2014; U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2014-14.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, Revista dos Tribunais: São Paulo. 6ª Ed, 2014.

Decisões vinculantes contraditórias à luz dos deveres de estabilidade, coerência e integridade do CPC/2015

Maria Clara Queiroz Araújo¹

Resumo: O direito processual brasileiro convive com um sistema de precedentes, que deve observar os deveres de estabilidade, coerência e integridade previstos no Código de Processo Civil de 2015. A possibilidade de existência de decisões vinculante contraditórias causa uma redução na racionalidade do direito e ofende esses deveres estabelecidos. Esse trabalho pretende analisar essa problemática, indicando técnicas processuais que podem atuar como mecanismos de controle da incompatibilidade entre decisões vinculantes.

Palavras-chave: Direito Processual; Precedentes; Contradição; Estabilidade; Mecanismos de Controle.

Introdução

O presente estudo objetiva analisar os desdobramentos, as consequências e os mecanismos de controle das decisões vinculantes (precedentes) contraditórias diante dos deveres de estabilidade, coerência e integridade previstos no artigo 926, do Código de Processo Civil de 2015, bem como consoante os fundamentos da Teoria dos Precedentes.

Será examinada a possibilidade de ocorrência de precedentes contraditórios sob o *prima* da tutela de direitos e novas técnicas processuais trazidas pelo *novel* Código de Processo Civil, ressaltando, sobretudo, a aplicação dos princípios constitucionais da segurança jurídica (confiança legítima e previsibilidade), da isonomia (decisões iguais para casos idênticos) e da efetividade (óbice na admissão de recursos e julgamento de improcedência liminar) no Direito Processual.

Tratar-se-á, ainda, da avaliação acerca do emprego de ferramentas como o *stare decisis* (vinculação horizontal e vertical dos precedentes), o *distinguishing* (distinção) e o *overruling* (superação) pelos Tribunais Pátrios, especialmente, as Cortes Superiores, e de que modo tal aplicação limita a possibilidade de incoerência entre as decisões vinculantes.

No tocante à universalização conferida pelo uso de precedentes nos casos concretos, tal aplicação garante maior racionalidade nas soluções jurídicas dadas, proporcionando o

¹ Mestranda do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, Semestre 2017/2 e egressa do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES.

controle por parte dos jurisdicionados dos fundamentos determinantes da decisão proferida com base em precedente.

Por fim, com tais considerações, pretende-se concluir que a ocorrência de decisões vinculantes incompatíveis dentro do sistema jurídico brasileiro é um empecilho à tutela efetiva de pessoas e direitos, devendo ser enfrentado a partir das técnicas processuais estabelecidas na teoria dos precedentes, almejando evitar tais incoerências.

Decisões vinculantes contraditórias

Inicialmente, antes de adentrar a análise da problemática subjacente ao tema escolhido, necessário fixar a premissa utilizada como ponto de partida do presente estudo, ou seja, o conceito de decisões vinculantes contraditórias.

As decisões vinculantes são chamadas de precedentes, alguns deles elencados no artigo 927, do Código de Processo Civil de 2015², sendo de vital importância diferenciar os pronunciamentos com força obrigatória das decisões com força vinculante. Tal classificação advém da distinção entre o atributo vinculante (*binding*) e dever de observância (vedação de decisões *per incuriam*).

Desse modo, defende-se que alguns dos pronunciamentos judiciais listados no supracitado dispositivo, por não embasar seu caráter vinculante em outras disposições legais, mas apenas no *caput* do art. 927, do CPC/2015, apresentam apenas efeito obrigatório de observância, ou seja, a decisão não pode desconsiderar sua existência (cunho meramente persuasivo). A título de exemplo, cite-se as súmulas ordinárias (inciso IV) e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os magistrados estiverem vinculados (inciso V).

Em contraposição, há as decisões com eficácia vinculante (*proibição de decisões em sentido contrário*) como as do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (Leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999), os enunciados de súmulas vinculantes (Lei nº 11.417/2006), os acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas, em incidente de assunção de competência e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (Lei nº 13.105/2015).

Postas essas premissas, passa-se à análise da possibilidade de contradição entre as decisões vinculantes. Afirmar que duas decisões são contraditórias significa dizer que elas são incoerentes entre si, isto é, os seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) são incompatíveis.

² Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Com efeito, para concluir quanto à incongruência entre as decisões vinculantes, imperiosa se faz a compreensão das circunstâncias fáticas e a solução jurídica aplicada (ZANETI, 2016, p. 371) em cada um dos casos para que ao proceder a comparação entre elas, seja possível constatar a contradição (falta de coerência).

A ocorrência dessas decisões conflitantes proporciona um esvaziamento no objetivo primordial dos precedentes judiciais que é conferir racionalidade ao ordenamento jurídico, uniformizando a interpretação e aplicação do direito. Essa perda de racionalidade do sistema de precedentes constitui um descumprimento do dever de coerência, descrito no art. 926³, do CPC/2015, pois a partir dessas discrepâncias, o caráter de universalização dos precedentes é reduzido.

Nesse contexto, a possibilidade de formação de precedentes contraditórios vai de encontro ao princípio da segurança jurídica, com seus desdobramentos na confiança legítima e na previsibilidade das decisões, traduzindo-se na crença do jurisdicionado de que será aplicado ao caso em julgamento o precedente respectivo, sendo que na hipótese de haver mais de um precedente em sentidos contrários, tais princípios restariam violados.

Ademais, a eventualidade de prolação de decisões vinculantes incongruentes ofende ao princípio da isonomia, na medida em que, dependendo do precedente aplicado, haverá tratamento desigual para aqueles que acionam o Poder Judiciário nas mesmas condições.

Por fim, sucede também a lesão ao princípio da efetividade face a contingência de contradição entre precedentes, haja vista a problemática na aplicação do sistema de decisões vinculantes inconciliáveis diante das inúmeras consequências para algumas técnicas prestigiadas no CPC/2015, como: óbice na admissão de recursos (art. 932, IV⁴) e o julgamento de improcedência liminar (art. 332⁵).

Dever de estabilidade

A manutenção da jurisprudência estável relaciona-se com o fenômeno do *stare decisis*, segundo o qual as decisões dos tribunais superiores se cristalizam e devem ser seguidas

³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁴ Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

⁵ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

pelos órgãos hierarquicamente inferiores, podendo ser representada na seguinte expressão: *mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido* (SILVA, 1998, p. 57).

Destarte, o dever de estabilidade associa-se à vinculação horizontal dos precedentes, que é a observância por parte do mesmo Tribunal que exarou a decisão, de modo a solidificar a interpretação do ordenamento jurídico, e à vinculação vertical, significando a obediência dos juízes hierarquicamente inferiores aos precedentes firmados pelas Cortes Superiores.

Esse compromisso vem sendo cunhado há muito nos países de tradição de *commow law*, porquanto a preservação da estabilidade do ordenamento jurídico, evitando-se o surgimento de lacunas passa pela fidelidade aos precedentes judiciais, por meio da vinculatividade (KELSEN, 2006, p. 278).

Portanto, a conservação da jurisprudência estável é comprometida pela eventualidade de prolação de decisões vinculantes contraditórias dentro do sistema de precedentes descrito no Novo Código de Processo Civil.

Dever de coerência

A manutenção da jurisprudência coerente exprime o dever de não contradição entre os pronunciamentos judiciais anteriores e futuros. Assim, é preciso realizar um exercício de comparação entre o conteúdo da decisão atual e o das decisões antecedentes (ZANETI, 2016, p. 365).

Nesse sentido, o descaso por parte dos Tribunais com a coerência do direito advém da errônea premissa de que a norma jurídica estaria pronta e acabada e seria anterior à interpretação do enunciado normativo (ZANETI, 2016, p. 364).

Essencial trazer à baila as lições de Neil MacCormick, para quem o dever de coerência pode ser classificado em dois binômios: a coerência em sentido estrito/consistência e a coerência em sentido lato/integridade. A primeira espécie diz respeito, como colocado, a ausência de contradição entre as decisões passadas e a presente, enquanto à segunda espécie refere-se à adequação da decisão à tradição jurídica e à Constituição (ZANETI JR., 2016, p. 365).

Assim sendo, a preocupação com a coerência das decisões é requisito indispensável para a perpetuação do sistema de precedentes no Direito Brasileiro, conferindo maior racionalidade e confiança legítima na atuação do Poder Judiciário.

Dever de integridade

A integridade da jurisprudência tem relação com a unidade do direito, baseando a criação do precedente na interpretação histórica substancial dos casos passados, exemplificada por meio da metáfora do romance em cadeia (*chain novel*), no qual cada juiz constrói um capítulo em sequência (DWORKIN, 2003, p. 274).

Nesse diapasão, o direito como integridade estipula a compreensão do direito considerando o passado (precedentes anteriores) e com o objetivo de produzir a melhor

decisão no futuro, imprimindo traço de adequação linear e continuidade ao direito (DWORKIN, 2003, p. 273).

Vale consignar, também, que o dever de integridade está correlacionado ao emprego da equidade nos casos concretos em virtude da vinculação aos precedentes, produzindo unidade ao direito em razão do tratamento de casos semelhantes do mesmo modo (DWORKIN, 2002, p. 176).

Todavia, o dever de integridade pode ser interpretado de acordo com a teoria da única resposta correta de Dworkin ou conforme o binômio da coerência/integridade em MacCormick, significando a coerência normativa. Contudo, à luz de uma análise operativa do ordenamento jurídico, conclui-se que a integridade a que se refere o art. 926, *caput*, do CPC/2015 concerne ao binômio indicado, afastando-se da ideia de que é possível existir uma única resposta correta (NETO; ZANETTI JR., 2016).

Técnicas processuais

Consoante exposto, a possibilidade de decisões vinculantes contraditórias possui diversos desdobramentos problemáticos, por tal razão, devem ser analisadas as técnicas processuais que funcionam como mecanismo de controle da incompatibilidade entre precedentes.

O primeiro mecanismo do controle da contradição entre decisões é o *distinguishing* que corresponde à distinção entre o contexto fático do caso concreto e do precedente anteriormente construído (GUERZET, 2015, p. 104), podendo, dessa forma, possibilitar a limitação da incoerência verificada.

Por sua vez, o *overruling* consiste na revisão do precedente quando se detecta a necessidade de mudança por considerar agora a norma errada ou por entender agora a norma errada, embora ela não estivesse errada quando foi construída (WAMBIER, 2009, p. 135). No caso de precedentes contraditórios, tal técnica propicia abolição do precedente entendido como conflitante do sistema.

Na hipótese de Súmulas Vinculantes Contraditórias, caberia o manejo de Reclamação Constitucional, com fulcro no art. 988, III, do CPC/2015⁶, ou da apresentação de Proposta de Revisão de Súmula Vinculante, com base no 2º da Lei nº 11.417/2006⁷, demonstrando a incoerência a ser sanada com o cancelamento ou revisão de alguma delas.

⁶ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência).

⁷ Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

Por fim, importante trazer à colação o exemplo jurisprudencial da natureza jurídica do abono constitucional de férias (art. 7º, XVII, da CF/88⁸): o Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1459779/MA – Tema 881 decidiu ser o abono constitucional de férias verba de caráter remuneratório para fins de incidência do imposto de renda, todavia, por ocasião do representativo da controvérsia REsp nº 1.230.957/RS firmou-se o entendimento de que tal verba teria natureza indenizatória/compensatória para fins de incidência de contribuição previdenciária.

Percebe-se, dessa maneira, a nítida contrariedade entre os precedentes, causando irracionalidade na aplicação do direito, uma vez que não é possível a mudança da natureza jurídica de determinada verba, de acordo com o imposto/taxa que incidirá sobre a mesma.

Conclusão

O estudo da contradição entre decisões vinculantes se mostra de grande relevância para o aprimoramento do sistema de precedentes no direito processual brasileiro, haja vista que a possibilidade de existência de precedentes incompatíveis gera a inobservância dos deveres de estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência.

Têm-se que a análise das técnicas processuais que funcionam como mecanismo de controle da incongruência entre as decisões vinculantes proporciona uma maior discussão sobre essa relevante temática, a fim de alcançar uma solução viável para esse problema latente.

Portanto, o exame de tal infortúnio aliado à indicação de alternativas para a contenção da ocorrência de precedentes conflitantes dentro da jurisprudência pátria almeja realizar uma tutela efetiva, tempestiva e justa de pessoas e direitos.

Referências

- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- TEIXEIRA, Yuri Guertz. Precedentes Judiciais: Entre Normas e Decisões. Curitiba: Juruá, 2015, p. 104.)
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

NETO, Alfredo Copetti; ZANETI JR, Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e Maccormick na Teoria dos Precedentes Judiciais Normativos Formalmente Vinculantes, *Derecho y Cambio Social*, v. 46, 2016, p. 1-21.

SILVA, José Anchieta da. A súmula do efeito vinculante amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, Ano 34, v. 172, jun. 2009.

ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

A interpretação do contraditório efetivo para formação da coisa julgada na questão prejudicial incidental

Pedro Emanuel Tauceda Branco¹

Resumo: A questão de efetividade é ponto chave no novo Código de Processo Civil de 2015. Contudo, como termo vago, múltiplas também são as suas interpretações nos diversos artigos. Desse modo, buscará o presente estudo fazer uma interpretação condizente com os princípios basilares do novo diploma legal para estabelecer qual seria a devida interpretação do contraditório *efetivo* que está presente no parágrafo 1º, II do artigo 503 do NCPC². E, a partir disso, definir as implicações desta interpretação nos casos concretos.

Palavras chave: Questão prejudicial incidental; Coisa julgada; Contraditório efetivo; Estabilidade da decisão

Introdução

Com o novo sistema processual brasileiro, alterou-se o processo para formação da coisa julgada em matéria prejudicial. Se sob a égide da codificação pretérita o artigo 470 estabelecia a necessidade de ajuizamento de ação declaratória incidental para estabilização da questão prejudicial, no novo código o emergiu uma maior simplicidade para ocorrência do fenômeno pelo artigo 503.

Entretanto, mesmo que mais simples, requisitos ainda são necessários para formação o instituto. Assim, é o §1º do artigo 503 o responsável por delimitar as exigências a serem cumpridas para constituição do fenômeno. Destarte, o presente artigo buscará ater-se ao inciso II deste parágrafo, que estabelece a necessidade de constituição do contraditório efetivo e prévio, excluídos os casos de revelia, para materialização da coisa julgada.

¹ Bacharelado em Direito. Universidade Federal do Espírito Santo

² Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Chega-se, então, ao ponto chave do texto: O que configuraria este contraditório *efetivo* estabelecido pelo diploma? Retirando-se a previsão legal das revelias várias outras situações podem gerar dúvidas aos juristas.

O texto então, buscará dirimir algumas dessas dúvidas ao estabelecer uma interpretação da efetividade condizente com os princípios basilares do Diploma Procedimental e sistemática tendo em vista os outros momentos nos quais o vocábulo a ser interpretado subsiste.

A questão prejudicial e a coisa julgada

Antes de adentrarmos na temática acerca dos requisitos necessários para formação do fenômeno da coisa julgada em matéria prejudicial, pressuposto prévio é o entendimento acerca do que seriam essas aludidas questões prejudiciais.

Há de se considerar que quando uma parte leva uma lide para que haja um pronunciamento judicial sobre a mesma, algumas dessas questões inerentes à lide existem para serem resolvidas como fundamento para a solução de outras, enquanto, com relação a outras existirá sobre elas a decisão judicial.

Sobre essa questão, conforme preconiza o jurista Fredie Didier Jr. (DIDIER, 2016, p. 785): "Em relação a todas haverá cognição; em relação às últimas, haverá também julgamento."

Isto é, o que se presencia é a diferenciação entre as questões a serem resolvidas *incidenter tantum*, ou seja decisões que o julgador necessita fazer para que se possa ser passado à etapa principal. Estas, por outro lado, as *thema decidendum*, irão ser componentes de do objeto do julgamento propriamente dito.

Vislumbra-se, assim, a diferenciação entre as questões prejudiciais e as questões principais. A pronunciamento decisório feito sobre a questão prejudicial irá alterar o modo de ser da decisão a ser realizada na principal.

Todavia, importante adendo a ser realizado é de que as questões prejudiciais podem ser incidentais ou principal. Tal diferenciação se configura como mister, na medida em que para cada uma teremos uma consequência distinta se visualizado pela ótica dos efeitos da coisa julgada sobre si.

Se uma questão, apesar de prejudicial, for posta pela parte litigante como o próprio objeto litigioso, ou seja, se há o desejo da mesma para que haja o pronunciamento judicial expresso declaratório do magistrado sobre a questão, ela se torna um ponto que, apesar de prejudicial, é principal. Diferenciando-se, portanto, de uma questão prejudicial incidental, que seria aquela parte do fundamento decisório do julgador.

Com relação ao primeiro grupo, não subsiste maiores dúvidas acerca de que, na medida em que são componentes do objeto do julgamento, terão como consequência o pronunciamento judicial e a sistemática do instituto da coisa julgada de questão principal. Em outra mão, acerca das prejudiciais incidentais é que houve a modificação da sua operação para ocorrência do fenômeno processual da indiscutibilidade.

A modificação na sistemática da coisa julgada em questão prejudicial incidental no Código de Processo Civil de 2015

O artigo 502 da atual codificação processual é o responsável por estabelecer que “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

O ilustre jurista Barbosa Moreira, dissertando sobre o tema, conceitua tal fenômeno processual como a (MOREIRA, 1967, p. 30): “a autoridade que reveste a sentença de mérito, proferida mediante cognição exauriente, tornando imutável o seu conteúdo decisório.”

Nesta toada, o artigo 503 do NCPC³ define quais são os limites objetivos da coisa julgada, quer dizer, qual parte do conteúdo da sentença que torna-se imutável. Pode-se depreender do *caput* do dispositivo em questão que em via de regra o instituto da estabilidade da decisão limita-se às questões principais com decisão expressa.

Todavia, o primeiro parágrafo do mesmo artigo aumenta as possibilidades quanto da questão, oportunizando também o cenário de incidência da coisa julgada sobre as questões prejudiciais. Assim, ainda não há muito o que se dizer com relação a novidades da nova codificação acerca da coisa julgada nas matérias principais, quanto das prejudiciais, o CPC de 2015 inaugurou um novo momento.

Desse modo, sob a égide do código pretérito subsistia uma sistemática formada pelos artigos 5⁴, 325⁵ e 470⁶ baseada na ação declaratória incidental.

Explica-se.

Do mesmo modo que foi mantido no novo livro procedimental civil, a regra para o prévio era de que as questões prejudiciais incidentais não fariam coisa julgada material. Assim, para que esta ocorresse, haveria a necessidade de no curso do processo a parte que desejasse que o fenômeno processual fosse alargado deveria propor a ação declaratória incidental. Por meio de tal técnica, deveria o julgador fazer um pronunciamento expresso sobre o ponto prejudicial e, por conseguinte, sobre ela existiria também a autoridade da imutabilidade.

³ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

⁴ Art. 5º Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

⁵ Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º).

⁶ Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Ora, o que ocorria, na verdade, por meio da propositura da ação declaratória incidental era a transformação da questão prejudicial incidental em principal. Seria como se a parte tivesse colocado o pronunciamento declaratório como parte do pedido desde o início e, portanto, sobre ele o magistrado faria decisão expressa.

Percebe-se, de tal feita, que na vigência do diploma passado havia um sistema muito claro. Não restariam maiores dúvidas se sobre um ponto específico recairia a eficácia da coisa julgada. Ela era restrita às questões principais e só estaria presente nas prejudiciais caso proposta a ação declaratória incidental.

Entretanto, a despeito do claro encaixe que o minissistema proporcionava, conforme observa Antonio Gidi, (GIDI, 2016, p.4) "a declaração incidente tem escasso emprego na prática forense brasileira". Por tal razão, o dispositivo não conseguia alcançar a desejável coerência entre decisões e a economia processual.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 modificou a metodologia restritiva e abriu mão da ação declaratória incidental. Dessa feita, por meio do novo procedimento emergiu uma maior simplicidade para a questão por meio do parágrafo primeiro do artigo 503 do NCPC, que dispõe da aplicabilidade da coisa julgada também à questão prejudicial incidental.

Apesar da referida maior simplicidade atingida com o novo texto processual, é claro que ainda assim requisitos subsistiriam para a concretização do fenômeno. Desse modo, os três incisos subsequentes estabelecem quais são esses.

É de imensa relevância, neste momento, a ressalva de que a interpretação destes dispositivos legais assume caráter ainda mais primordial na medida em que o posicionamento doutrinário majoritário acerca da temática é de que para o estabelecimento da coisa julgada em matéria prejudicial não há necessidade de pedido expresso da parte para tanto, tampouco de que o magistrado faça referência da mesma.

Nessa esteira, a maior parte dos estudiosos do processo civil vem compreendendo que a imutabilidade se daria de maneira automática. Ou seja, se preenchidos os requisitos definidos pelo dispositivo normativo, abarcada estará a decisão pelo manto da coisa julgada. É sob essa mesma ótica que dita o Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado n. 165 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Independentemente de provocação, a análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada.

Portanto, resta evidente a necessidade de uma definição clara de quais seriam concretamente os requisitos impostos para tanto. Assim, este estudo terá como escopo específico ao segundo inciso do § 1º do art. 503 do CPC/15. Este versa que a decisão de questão prejudicial incidental também irá ter força de lei se "a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia'.

É manifesto que não haverá a coisa julgada em ponto prejudicial incidental para os casos de revelia. Conquanto, para as demais situações emanam as condições de existência de um contraditório prévio e efetivo. À conta disso, o capítulo subsequente do trabalho intentará realizar a interpretação do vocábulo *efetivo* utilizando como parâmetro os princípios basilares do Novo Código de Processo Civil.

A interpretação do contraditório *efetivo* para formação da coisa julgada em matéria prejudicial incidental

Encerrada a fase postulatória e, caso não havendo nenhuma das hipóteses que impediriam a sua deflagração, é subsequente no decurso processual, tendo em vista o art. 357 do CPC/15⁷, que o magistrado profira a decisão de saneamento e organização do processo.

Assim, por meio dela, dentre outros aspectos, são definidos os pontos controvertidos e os ônus probatórios com relação a cada um deles. Entretanto, ainda que a aludida decisão tenha sido clara e correta, não deixando qualquer tipo de dúvidas para as partes quanto às suas responsabilidades probatórias, há de se considerar que, ainda assim, mantém-se a possibilidade de uma dessas quedar silente com relação a algum desses pontos.

Nesta toada, talvez cheguemos agora no ponto crítico deste artigo. Como se destrinchou no capítulo passado, a constituição do instituto da coisa julgada em questão prejudicial requer mais especificidades se comparado com a imutabilidade em materiais principais. Posto isto, caso esse silêncio da parte tenha se dado numa matéria controvertida de caráter prejudicial, estaria ali presente a condicionante do contraditório *efetivo* requerido pelo texto processual?

A fim de que esta intrigante pergunta possa ser respondida de maneira satisfatória, precisamos, em primeiro lugar buscar a definição do vocábulo *efetivo*. Compulsando, então, diversos dicionários da língua portuguesa, uma coisa é perceptível a prima face, a palavra em questão tem caráter polissemântico, ou seja, possui mais de um significado.

Todavia, dentre esses diferentes sentidos que ela pode assumir, um em especial emoldura-se com perfeição no sentido do texto normativo o encontrado no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (HOUAISS e VILLAR, 2001, p. 1102): “efetivo: [...] que realmente se exerce; que realmente se cumpriu ou produziu”

Ora, o que é possível depreender da presente significação é que a palavra *efetivo* está muito mais ligada a uma materialidade do que a uma simples oportunização. Não restam dúvidas de que plausível é o entendimento de que com a devida oportunidade para pronunciamento acerca do ponto prejudicial controvertido estaria efetivado o contraditório. Contudo, não nos parece ser essa a interpretação mais coerente.

Nessa esteira, importa considerar que ainda que se encarasse a interpretação contrária como coerente, tal visão de contraditório efetivo muito mais estaria ligada – e, pedimos desde já licença pela intenção em buscar a diferenciação – a um contraditório efetivo formal, ao passo que não existiu o pronunciamento concretamente falando da parte, mas sim uma oportunidade para tanto respeitando o devido procedimento. No entanto, a busca para os

⁷ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

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

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

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

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

casos em análise não pode ser pautada por essa simples oportunização, mas sim por um contraditório efetivo substancial, com a defesa concreta da parte sobre o controvertido.

Sob essa ótica, é de extrema valia considerar que não estamos falando aqui em coisa julgada formal, que abrangeria os seus efeitos da estabilidade somente no âmbito endoprocessual. O que aqui está em discussão, por sua vez, é um entendimento que vai tecer influencia para diversos casos com incidência da coisa julgada material, que tornará essa questão prejudicial anteriormente controversa como indiscutível para qualquer ulterior demanda entre as partes.

Por isso, a defesa que se busca realizar quanto à problemática é da prevalência de uma defesa concreta a uma oportunidade. Pois, não custa lembrar, todo o ponto gira em torno de uma questão prejudicial incidental, que a despeito de todo o dever de diligência que as partes litigantes devem ter, não se trata de algo que o próprio polo autoral tratou como relevante o suficiente para que integrasse o pedido principal.

Isto posto, a compreensão mais adequada para a controversa é de que caso a parte a quem recaia o *onus probandi* não pronuncie acerca da questão prejudicial incidental, é dever do magistrado que, percebido isto, intime-a para fazer realizar a defesa (e materializar o contraditório *efetivo*) sob pena de surgimento do fenômeno da coisa julgada restringido em sua modalidade formal.

Nessa esteira, o entendimento encapado por este estudo demonstra-se harmonioso com toda a nova lógica processual inaugurada com o advento do Código Processual Civil de 2015. O artigo 7º do NCPC, cumpre observar, norma fundamental do Diploma Processual, introduz o dever do magistrado de zelar pelo contraditório efetivo. Deve-se concordar que nada mais zeloso com a efetivação do contraditório que a realização da intimação da parte para pronúncia do ponto controvertido.

É nessa mesma esteira que versa acerca do referido dever Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, 2016, P. 45): "Ao juiz cabe garantir o 'equilíbrio processual', procedendo a adequações em situação especiais".

Ademais, a figura do magistrado vem assumindo não mais um papel de julgador distante da lide em análise, mas sim como sujeito processual dotado de poderes em deveres que busca, em conjunto com os demais entes processuais, uma resolução tempestiva, efetiva e adequada para o processo.

À vista disso, o inciso VI do art. 139 do CPC/15 delegou o poder de direção do processo ao magistrado, possibilitando ao mesmo a adequação dos prazos e meios de produção de prova às particularidades do caso concreto com o intuito de garantir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

Sob essa ótica, plenamente cabível é a abertura de prazo por parte do juiz para que haja a manifestação da parte silente, devendo-se sempre tomar como parâmetro para tanto a busca pela efetivação (material) do contraditório.

Conclusão

Diante do desenvolvimento realizado ao longo do estudo em tela, pode-se chegar a uma conclusão de que há uma interpretação mais adequada para o vocábulo *efetivo* presente no inciso II do parágrafo primeiro do art. 503 do NCPC.

Realizada uma breve delimitação acerca do que seriam as questões prejudiciais incidentais, e da sua relação neste e no código processual pretérito com o instituto da coisa julgada, chegou-se ao centro da problemática do estudo: definido os pontos controvertidos e os respectivos ônus probatórios com a decisão de saneamento e organização do processo, caso a parte responsável probatoriamente com relação a uma questão prejudicial incidental deixe de se manifestar acerca do ponto, estaria o contraditório efetivado, a ponto de preencher o requisito previsto para formação da coisa julgada material?

Tendo em vista o dever do magistrado de zelo pelo contraditório efetivo, bem como a sua possibilidade de direção do processo com o intuito de garantia de maior efetividade para o mesmo, percebe-se que subsistem ferramentas e arcabouço teórico para que o juiz no processo em análise tome a atitude mais condizente com a lógica processual inaugurada: a de intimação da parte para manifestação expressa quanto da questão.

Tal compreensão do quadro exposto tem o condão de prestigiar uma fala concreta em detrimento de uma oportunidade para tanto realizada em conformidade com os ditames processuais. A diferenciação que se busca realizar é que apesar de aceitável a compreensão de que o contraditório foi efetivado com a oportunidade para manifestação dada pelo juiz, a mais coerente é de que deve haver uma busca pela fala em concreto. Isto é, a distinção entre um contraditório efetivo formal para um contraditório efetivo material.

E assim, da feita do já explicitado previamente no artigo, a delimitação da interpretação congruente para o vocábulo dotado de múltiplos significados, bem como das consequências dessa interpretação assume caráter ainda mais importante ante o entendimento doutrinário majoritário de que os efeitos da coisa julgada se darão de maneira automática. Por isso, para que esta seja a representação mais fiel de uma verdade provável, necessária é a intimação da parte silente para que a mesma, efetivamente, se posicione diante da matéria prejudicial incidental e, com isso estabeleça o materialmente contraditório.

Referências

- DIDIER Jr., Fredie. "Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no Novo Código de Processo Civil". In: Novo CPC: doutrina selecionada, vol. 2. Coord.: Fredie Didier Jr [et al.]. 2a ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 783793.
- GIDI, Antonio; PRATES, Marília Zanella; TESHEINER, José Maria Rosa. "Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil". In: Revista de processo, vol. 194. São Paulo: RT, 2011.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. "Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa". Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. "Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil". In: Revista de processo, n. 252. São Paulo: RT, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Questões prejudiciais e coisa julgada". Rio de Janeiro: s/ed, 1967.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Direle; CUNHA, Leonardo Carneiro (orgs.). "Comentários ao Código de Processo Civil". São Paulo: Saraiva, 2016.

Preclusões dinâmicas e Coisa Julgada: propostas de justiça procedimental ao Novo CPC

Pedro Luiz de Andrade Domingos¹

Resumo: A Coisa Julgada e o instituto das preclusões no Brasil, possuem sua origem no Direito Romano e na tradição da Europa Continental. Superada a fase metodológica experimentada pelo formalismo processual do CPC de 1973, como compatibilizar a imutabilidade de tais institutos tão dogmatizados em torno da segurança jurídica, com os novos desafios que o formalismo-valorativo e a necessidade de uma Justiça Procedimental nos impõem, especialmente a partir do paradigma vivenciado pelo Novo Código de Processo Civil? O propósito deste artigo é analisar a teoria de preclusões dinâmicas de Antônio do Passo Cabral, a fim de verificar se uma Teoria Geral das Estabilidades Processuais, auxiliaria o Jurista a solucionar *hardcases* em que a doutrina tradicional da coisa julgada encontra limitações.

Palavras-chave: Coisa Julgada; Novo Código de Processo Civil; Justiça Procedimental.

Introdução a atual fase metodológica do processo civil

As diversas mudanças políticas e sociais ocorridas ao longo do século passado, contribuíram para isso. A superação de um Estado Liberal para o Estado de bem-estar social e mais recentemente para o Estado Democrático de Direito, trouxe a necessidade de se repensar não apenas a aplicação normativa do Direito, como também seus Institutos que muitas vezes se tornaram petrificados enquanto dogma desde os romanos.

Podemos falar com segurança, que o modelo cognitivista passou a dar lugar ao modelo lógico-argumentativo (MITIDIERO, 2013) de construção da norma no caso concreto, posto que as recentes Constituições nacionais possuem um conteúdo principiológico, aberto, plástico e simbólico, como é o caso no Brasil da Constituição Federal de 1988, se tratando de uma constituição dirigente e com força normativa.

Tal constatação tem como consequência a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional em todos os níveis da Justiça e ramos do direito (BARROSO, 2010).

Nessa ótica, cabe ao jurista uma mudança na abordagem de sua atividade lógico-argumentativa para se preocupar com uma interpretação hermenêutica que busque uma pragmática jurídica que tenha como arquétipo a pluralidade do Estado Constitucional e a

¹ Advogado formado pela Universidade Federal do Espírito Santo, Aluno Especial do Programa de Pós-graduação em Direito da mesma instituição. pedroluizdeandrade@gmail.com.

afirmação da alteridade como condição do direito e da Justiça (BENVINDO, 2010), sem que isso signifique abrir mão da fundamentação epistemológica na decisão judicial.

Tais premissas visam prenunciar o leitor para uma constatação: Com o advento da Constituição de 1988, não apenas o Poder Judiciário e a hermenêutica jurídica tiveram que passar por uma revisão, como também todo o sistema normativo Brasileiro, uma vez que com a promulgação da Constituição Federal, esta se tornou o polo irradiador, não sendo rara a necessidade de se buscar novos Códigos e textos legais que partam de valores interpretativos diversos daqueles praticados até então, a fim de que seu conteúdo lógico-sistemático se compatibilize com o paradigma do nosso atual Estado Constitucional.

É nesse contexto político e social que se desenvolve o Código de Processo Civil de 2015: Um novo código gerado a partir de uma grande expectativa de superação dos valores interpretativos liberais impregnado em todo o Código de Processo Civil de 1973, com vistas a um processo que adote Normas Fundamentais Processuais que densifiquem o diploma processual dando significado não apenas ao ordenamento jurídico, como também aos institutos tradicionais do Direito.

Esta forma de enxergar o sistema processual, cunhou-se chamar de formalismo-valorativo, fase que corresponde à contemporaneidade processual. O formalismo-valorativo visa afirmar-se de modo contrário ao que está estabelecido, visando superar a fase instrumentalista. O formalismo-valorativo seria um método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Uma visão metodológica para o direito processual civil desenvolvida a partir de nossa cultura (MITIDIERO, 2005:2009; MADUREIRA; 2014).

Pode-se afirmar que o declínio da fase Pandectista e da escola da Exegese e conseqüentemente, no Direito processual, do chamado processualismo e do formalismo que lhe é correspondente, inaugura a preocupação dos intérpretes e dos aplicadores do Direito com a efetividade da tutela jurisdicional em detrimento do excesso de formalismo, tudo com vistas a se realizar o resultado final do processo que é realizar concretamente o ideal de Justiça.

Esses foram os elementos que singularizam a atual fase do processo, que se cunhou chamar de fase instrumentalista (DINAMARCO, 1996), e mais recentemente de fase do formalismo-valorativo (MITIDIERO, 2005). Trata-se, portanto, de dois conceitos que visam superar o excesso de formalismo notadamente existente no CPC/73 e no Direito Processual Brasileiro, visando realizar certa justiça substancial no processo.

O Instrumentalismo, bem como o formalismo-valorativo, possui em suas construções teóricas, a conscientização de que o processo não é apenas um mero instrumento técnico da ordem jurídica, mas ético, destinado para servir a sociedade e o Estado, instrumento que visa em seu fim, dar razão a quem a razão tinha, trazendo pacificação social al conflito (RODRIGUES, 2003). Na realidade, a atual fase constitucional do processo brasileiro, parece se preocupar com grande intensidade para a efetividade do processo, posto que deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo sua plenitude em todos os seus escopos institucionais (DINAMARCO, 1996), Com vistas a superar o binômio

direito material x processual, pode-se concluir que a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da Ciência Processual (BEDAQUE, 1995).

Em que pese o Instrumentalismo de Dinamarca, e o formalismo-valorativo de Mitiddiero serem semelhantes em seus objetivos, partem da aplicação de técnicas distintas na persecução deste fim e por isso não podem ser considerados teorias idênticas. Contudo, chamamos atenção as semelhanças de objetivos, posto que o instrumentalismo, trata-se de situação inovadora no plano prático, sem, contudo, ser uma tentativa nova de formulação e diagnóstico do problema da efetividade processual na história, conforme é possível depreender das angústias assinaladas por Calamandrei quando na inserção de normas fundamentais advindas da reformas no Código Italiano ocorridas em 1999, que serviram para compatibilizar o procedimento com a nova Constituição Italiana (CALAMANDREI, 1999).

Para o jurista, as reformas incorporadas no Código de Processo Civil italiano, consagrou o Princípio processual da adaptabilidade que enxerga o código como um mecanismo composto de peças desmontáveis e combináveis entre si de distintas maneiras, justamente para conferir a sensibilidade das partes e à prudência do juiz ao montar caso a caso do modo mais conforme aos fins da Justiça. Contudo, se não é nova a tentativa de adequar o processo aos fins da Justiça, a positivação de princípios e instrumentos que busquem a efetividade do processo e a Justiça substancial é a marca do NCPC15 e responsável por certa virada metodológica.

Assim, ao tratar do tema escolhido e analisar o Instituto da Preclusão na Coisa julgada, adotaremos a Corrente filiada ao Formalismo-Valorativo (MITIDIERO, 2005; ZANETI JR, 2007; OLIVEIRA, 2010; CABRAL, 2014). Nossa preferência pelo formalismo-valorativo não abandona todo material teórico acumulado pelo instrumentalismo. Algumas premissas são plenamente aceitas, tais como o esforço em se buscar uma reaproximação entre o direito processual e o direito material, de modo a que, nos casos concretos, as formalidades processuais não impeçam a consecução do objetivo relacionado ao direito material tutelado, além da preocupação com os resultados do processo, assim como com a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva e adequada.

A escolha de qual corrente metodológica procuramos nos aproximar, nessa atual fase do processo constitucional é importante logo ao início deste estudo, posto que ao abordar o Instituto da coisa julgada, não o iremos tratar enquanto um dogma, posto que sua supervalorização sempre se justificou em razão de determinada segurança jurídica contra o arbítrio, tese que ganhou força no século passado, com as codificações e a crença no poder absoluto do legislador (CORREIA, 2010).

Contudo, se quisermos avançar com o ideário de justiça substancial e teorizar sobre os problemas de nosso tempo e os desafios do Novo Código de Processo Civil no país, é preciso um esforço para problematizar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse antagonismo que assola o direito processual (OLIVEIRA, 2010), Assim, o Instituto da Coisa Julgada não deve ser analisado apenas com o olhar no passado

e na tradição, mas especialmente para o futuro, posto que é a necessidade de nosso mundo moderno e da Democracia de massas que nos impõe este desafio nesta Era

A chamada eficácia preclusiva da coisa julgada

A preclusão dos argumentos e alegações que não foram trazidos pelas partes ao processo, sempre foi assunto de longos debates na doutrina e nos textos produzidos sobre os limites objetivos da coisa julgada. No Brasil, ficou conhecido como eficácia preclusiva da coisa julgada (ASSIS, 1988) especialmente por influência de Barbosa Moreira, ainda que inexistia qualquer direito positivado que consagre esta nomenclatura.

Os limites objetivos da coisa Julgada se referem ao que foi discutido e debatido pelas partes no processo, ou seja, trata-se daquele núcleo de fundamentos trazidos pelos litigantes e que, por força do princípio da congruência entre o libello (exposição articulada do que se pretende provar) e o decisum (decisão do Estado-juiz), obrigam ao juiz decidir sobre os elementos discutidos e debatidos pelas partes no Processo para a Sentença.

Os limites objetivos devem ser verificados através da análise do conteúdo da Decisão e por via de consequência, tudo aquilo que não compõe o seu conteúdo, foge dos limites objetivos abrangidos pela coisa julgada. Com as ressalvas e divergências expostas pela doutrina quanto ao escopo do que é abarcado nos limites objetivos da Decisão, ou seja, se atinge coisa julgada apenas o dispositivo da Sentença ou também aqueles fundamentos relevantes, fato é que para outras alegações e defesas, tais como argumentos omitidos pelas partes e consequentemente ignorados pelo Juiz é que foi desenvolvido o conceito de eficácia preclusiva da coisa julgada.

Este fenômeno processual não incide sobre o que foi decidido, ou seja, no que dispõe a Sentença, mas sobre aquilo que poderia ser alvo da Decisão e não foi, posto que a coisa julgada abarca tanto os pedidos enfrentados pelo juiz, quanto aquilo que poderia ser deduzível pelas partes que não fizeram. Trata-se de cobertura da coisa julgada sobre a *res deducta* e a *res deducenda* como assim diriam os Romanos (MENCHINI, 2002). O art. 508 do CPC/15 consagra esse entendimento ao dispor que "Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento como à rejeição do pedido".

A tese majoritária que consagrou a eficácia preclusiva da Coisa Julgada no Brasil, advém de Machado Guimarães e Barbosa Moreira que identificaram a eficácia preclusiva da coisa julgada neste dispositivo legal, uma reprodução do Artigo 474 do CPC/73 com as devidas atualizações de concepção do novo código. (BARBOSA MOREIRA, 1993).

Eficácia preclusiva da coisa julgada, portanto, é o manto de indiscutibilidade que incide sobre a Sentença publicada e que abrange não apenas o que foi apreciado no mérito, como também todas as alegações que as partes poderiam ter feito e não fizeram. Seu objetivo é evitar fraude na reprodução de demandas que já foram levadas ao Poder Judiciário e que

são repropostas com pequenas diferenças no conteúdo das alegações. Este entendimento parte de Hellwig que estabeleceu uma ficção preclusiva da faculdade de alegar, que leva ao resultado prático de “tornar irrelevantes” tudo aquilo que não foi aduzido (HELLWIG, 1912).

Para análise de incidência da eficácia preclusiva, a doutrina e a jurisprudência, ainda que cambaleante, buscam identificar a tríplice identidade, de modo que a vedação da eficácia preclusiva não se aplica diante de outra causa de pedir (art. 489 NCPC). A técnica, encontra-se formulada, sendo adotada desde o período romano, de modo que o intérprete irá verificar se há correspondência entre os elementos da demanda (PORTO, 2011). Como elementos, entende-se as partes, causa de pedir e pedido, havendo identidade entre estes três elementos, trata-se de ações idênticas e tanto os fatos abarcados pela coisa julgada, quanto aqueles em que se operou a eficácia preclusiva, não poderão ser objeto de análise (Artigo 337 §2º do CPC).

O problema da técnica da tríplice identidade como já elencado por Cabral, é que ela permite subterfúgios para que a parte discuta certas questões num processo posterior sem que a ela pudesse ser oposta a coisa julgada (CABRAL, 2014). Tais problemas não são facilmente resolvidos se analisados sob a ótica formalista de uma segurança jurídica atrelada a lei. Para equacionar esta questão, muitos doutrinadores buscaram desenvolver a chamada Teoria da identidade da relação jurídica, que visa realizar uma análise complementar que não esteja somente atrelada ao aspecto formal, mas ao conteúdo da situação de direito material que se discute no processo (CÂMARA, 2010), mas que também não nos é suficiente aos desafios que impõe o novo paradigma estabelecido pelo atual CPC.

Limites temporais

Uma vez definido o escopo da matéria que abordada, a eficácia preclusiva da coisa julgada, bem como o entendimento adotado pela doutrina e o Código processual sobre os seus limites objetivos, indaga-se: quais seriam seus limites temporais? Estaria a Imutabilidade e Indiscutibilidade da decisão eternizadas, valendo para todo o futuro? (SAVIGNY, 1840).

Na realidade, pensamos conforme Cabral de modo a admitir que a incidência da coisa julgada não pode petrificar o tráfego jurídico, o que deixa evidente que afirmar “imutabilidade” da decisão (BARBOSA MOREIRA, 1988), não pode excluir a possibilidade de que os fatos sucessivos possam modificar a situação substancial e as relações entre as partes. A estabilidade assegurada pela res iudicata refere-se à situação posta de acordo com as circunstâncias existentes à época em que a sentença foi pronunciada, ou seja, é aquela conclusão judicial, tal qual externada naquele momento, que se torna imutável e indiscutível (LIEBMAN, 2006), cuja doutrina brasileira e o novo código se filiou.

Machado Guimarães já desenvolveu exaustivamente sobre o assunto afirmando que a sentença só faz sentido porque produz regramento para um determinado e específico momento (GUIMARÃES, 2001). No Brasil, os limites destes problemas temporais atrelados à coisa julgada partem do artigo 505 do NCPC, base normativa para esta discussão teórica.

Efeitos positivo e negativo da coisa julgada.

A doutrina clássica, corroborada principalmente por Barbosa Moreira no Brasil, diz respeito aos “efeitos” ou “funções” positiva e negativa da coisa julgada, que expressam dois graus de vinculação das partes à coisa julgada. A função ou efeito negativo é aquela que considera o debate exaurido, ou seja, se refere a vedação de se rediscutir a pretensão. A função negativa da coisa julgada se aproximaria do princípio mais amplo do *ne bis in idem*, ou seja, vedação da repetição de uma sanção sobre o mesmo fato (WAMBIER: MEDINA, 2003). Na realidade o efeito negativo da coisa julgada impõe a todos os sujeitos do segundo processo e inclusive o Juiz, a decidir da mesma forma ou com idêntico conteúdo à decisão transitado em julgada. Neste caso, a coisa julgada assumiria um pressuposto processual negativo, como defendido por Savigny.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência (*STJ - Resp 219.172-SC, Rel. Min. Nancy Andrigui, j.20.08.2001*) parece se preocupar em maior quantidade com o efeito negativo da coisa julgada, ou seja, a proibição de reanálise da questão decidida, sendo o efeito positivo mais comum no direito comparado. Sobre o efeito positivo da coisa julgada, o mesmo foi desenvolvido pela primeira vez por Keller quando dissertou sobre a *litiscontestatio* - a resolução de conflito entre duas pessoas, perante um juiz escolhido por ambos. Para Keller, a função positiva da coisa julgada seria inata a consunção da *actio romana*, como partia do direito antigo, certo que não era a coisa julgada que produzia efeito positivo, mas os fundamentos levados a julgamento pelas partes que esgotaria e consumiria a ação, de modo que a vontade e a intenção das partes na Ação tinha papel crucial nas estabilidades da sentença (KELLER, 1915).

Certo que na atualidade o efeito positivo não nasce da *litiscontestatio*, mas suas linhas gerais ainda se mantêm, posto que impõe o dever de obediência ao julgado já decidido e que passa a ser vinculante não só naquele processo, mas em posteriores quando a parte beneficiada pelo efeito positivo alega questão prejudicial já decidida com força de coisa julgada no processo anterior atualmente, resta pacífico que o efeito positivo da coisa julgada ocorre quando Atualmente, resta pacífico que o efeito positivo da coisa julgada ocorre quando determinada questão decidida enquanto principal num determinado processo, reflete-se enquanto questão prejudicial num segundo procedimento.

O efeito positivo da coisa julgada enquanto questão principal naquele processo, impõe ao juiz no segundo procedimento que incorpore o resultado anterior em sua cognição ao analisar os pedidos das partes. Trata-se de verdadeira proibição de contradição, já que conforme defendido por (Hellwig, 1912), faltaria interesse para a discussão prejudicial. Didaticamente, pode-se afirmar que quando os objetos dos dois processos são iguais (a questão principal é idêntica), opera-se o efeito negativo, quando são diferentes, mas a questão principal decidida no primeiro processo reflete questão prejudicial de um segundo, deflui o efeito positivo.

Dito isto, já é possível depreender a problemática instaurada: como resolver *hard cases* (DWORKIN, 2001) onde apenas a técnica de tríplice identidade da demanda não é possível para resolver o problema da efetividade substancial da justiça? E ainda, nas situações em que

os meios típicos de superação ou quebra da coisa julgada não são suficientes, já que não preenchidos seus requisitos, como superar a dicotomia entre segurança jurídica e justiça? No Brasil, tradicionalmente o único meio para desfazer a coisa julgada seria a ação rescisória, demanda constitutiva negativa que visa a rescisão ou revisão do julgamento anterior, oponível em prazo expresso de dois anos a contar do trânsito em julgado da sentença

Preclusão e coisa julgada: delimitação do tema e objetivos

Este artigo não possui o objetivo de apresentar, de modo didático os conceitos sobre coisa julgada, sua problemática relacionada a dogmática jurídica, ou ainda, as diversas posições doutrinárias sobre o tema. Assunto longamente debatido na doutrina Brasileira, tais como o embate realizado por Barbosa Moreira e Ovídio Batista e discutido desde o Império Romano, nosso ponto de toque visa identificar um tronco comum que aproxime o instituto da coisa julgada e o da preclusão. Isto é, a partir da Tese apresentada por Sergio do Passo Cabral, se defenderá a sistematização de um tratamento conjunto entre os dois institutos numa premissa maior nominada de "Estabilidades Processuais" a partir do dever de segurança-continuidade processual.

Preclusões: conceitos e espécies

A preclusão é fundamental a todo e qualquer processo. Tal fenômeno refere-se a imposição de força aos atos processuais cujo o desencadeamento visam um fim comum - levar o processo à caminhar sempre adiante. Como bem assinalado pelo Ministro Fux, se a marcha procedimental estivesse constantemente sujeita ao contratempo de retornar, sem qualquer restrição, às fases anteriores, o processo teria dificuldade de encontrar um fim adequado, especialmente à luz do mandamento constitucional que impõe sua duração razoável (FUX, 2001).

A prática sucessiva de atos processuais leva ao procedimento racional de impedir que eles possam ser praticados novamente, de modo que a preclusão obriga o processo a seguir adiante. Giuseppe Chiovenda é o grande expoente deste fenômeno processual. Para o brilhante jurista Italiano, a preclusão seria uma faculdade processual que gera a impossibilidade de praticar o ato processual no mesmo processo, possuindo eficácia endoprocessual. Chiovenda classificou as preclusões em três espécies: A preclusão temporal, consumativa e lógica em razão dos motivos que levam o nascimento de cada uma delas (CHIOVENDA, 1993).

A primeira, refere-se ao decurso de prazo, quando o comportamento praticado pelas partes deve ser realizado em um prazo legal específico e deixa de ser feito. A segunda opera-se quando a conduta já foi realizada, não podendo ser repetida, ainda que praticada de modo insubsistente e por fim, a preclusão lógica opera-se quando há verdadeira contradição ou incompatibilidade do ato que se pretende realizar com determinada conduta já praticada, sobre o tema, importante a leitura de Liebman quanto à preclusão (LIEBMAN, 1984).

Tem-se, portanto, uma divisão didática na concepção Chiovendiana em que a Preclusão temporal é a perda de uma posição processual de vantagem quando há omissão em se praticar determinado ato no prazo legal. Por sua vez, preclusão consumativa se refere ao fato de que o exercício de uma determinada conduta no processo impede que aquele mesmo sujeito volte a praticá-la. Modernamente, encontra-se atrelada ao Princípio da economia processual.

Quanto a estas preclusões, não há muita divergência na doutrina, especialmente por serem alvos de constantes formulações, sendo dissecadas e positivadas em diversos comandos legais. Em relação a preclusão lógica, entretanto, há pouco estudo, especialmente por não se encontrar prevista normativamente, mas se depreender de entendimento racional do processo. A preclusão lógica ocorre quanto a prática de um determinado ato processual é incompatível com outra conduta realizada anteriormente, ou seja, refere-se à contradição entre dois comportamentos.

Atualmente, também há aqueles que defendem a possibilidade de que a preclusão lógica incida determinado ato praticado após a inércia reiterada de um sujeito processual. Cabral defende que nestas hipóteses não haverá um cotejo entre dois atos palpáveis, até porque, somente uma das condutas foi comissiva, mas uma comparação entre o ato praticado e a expectativa gerada pela omissão anterior. A inatividade do sujeito em praticar uma conduta pode importar na impossibilidade de adoção daquele comportamento no futuro, desde que da inércia reiterada possa ser extraído um padrão de conduta produtor de expectativa legítima aos demais sujeitos processuais, cuja confiança deve ser protegida (CABRAL, 2014).

Chama-se atenção para esta nova abordagem, posto que o marco caracterizador da mesma, será a análise do processo a partir da ótica de um embate cooperativo e democrático entre as partes, de modo que a preclusão deveria ser analisada a partir de atos omissivos ou comissivos durante a instrução processual e não apenas por força normativa expressa.

O instituto da preclusão e o dever do contraditório e da boa-fé:

Segurança jurídica enquanto estabilidade-continuativa

Delimitado o escopo deste artigo, as premissas adotadas, bem como a proposta a ser defendida, importante analisar o impacto prático ao instituto da preclusão quando analisado a partir do paradigma formalista-valorativo. Se a grande aposta do Novo Código de Processo civil é o dever de cooperação processual entre as partes, a vinculação à boa-fé e o debate entendido enquanto procedimento contraditório adequado e em igualdade de condições a todos os sujeitos, fundamental que o juiz tenha em mente a sua obrigação em atuar de modo fundamentado e democrático no processo, o que levará a necessidade de uma fundamentação ampla do juiz sobre os assuntos levados até sua cognição, sob pena de não ser válida sua Decisão e não se efetivar o ideário da justiça.

Têm-se com isso que processo democrático na atualidade é aquele que segue o procedimento adequado a partir do dever de boa-fé das partes, do contraditório entendido enquanto debate de fundamentos e contra fundamentos exauridos e levados em consideração pelo juiz na fundamentação de sua Decisão, posto que num Estado Democrático Constitucional, é dever do juízo explicitar os argumentos e fundamentos que amparam o seu juízo.

Ora, se o processo é ambiente de colaboração entre todos os sujeitos, a eles é vedado realizar conduta em um sentido e após, atuar de modo contrário a expectativa criada a partir de seu primeiro ato. Sendo assim, a Segurança Jurídica não deve ser concebida apenas enquanto o dever de "imutabilidade" da coisa julgada, não se pode continuar com um olhar que entenda a coisa julgada apenas sob o viés da tutela da legalidade. Na realidade, a segurança jurídica nesse ambiente processual de cooperação, deve ser encarada enquanto proteção da confiança gerada pelos comportamentos praticados. Para a aplicação deste princípio, deve estar comprovada a prática de atos concretos que apontem a base ou fundamento da confiança, numa relação de causalidade entre a expectativa formada e os atos praticados.

Para Humberto Ávila, o pedido de tutela com base na proteção da confiança possui graduação a depender da intensidade da expectativa a se confiar naquele determinado ato praticado. A proteção será maior, quanto mais atos que possuam aparência de legitimidade, se as condutas forem irreversíveis, se o Estado fomentou ou induziu o comportamento individual, se os atos que embasam a confiança são onerosos ou se possuem uma maior irreversibilidade (ÁVILA, 2011).

Dito isto, ou seja, a importância que o NOVO CPC e a atual fase do direito processual concede ao contraditório, a boa-fé e a proteção da confiança, tais premissas devem ser compatibilizadas com o conceito de segurança jurídica, superando-se a análise apenas do vetor da legalidade do ato. Nossa defesa é de que devemos e podemos agrupar em um tronco em comum os institutos da preclusão e da coisa julgada a partir da interpretação de princípios como a boa-fé, a proteção da confiança a segurança jurídica e o contraditório, a fim de obter suporte interpretativo e jurídico em casos difíceis para o qual o formalismo não consegue responder.

Por um tratamento conjunto das estabilidades dos atos processuais

Tradicionalmente, aceita-se que as estabilidades são asseguradas por institutos processuais tais como a preclusão, o efeito preclusivo, a coisa julgada, dentre outros. Contudo, tem-se que inexistente uma homogeneidade no tratamento de assuntos tão próximos quanto a preclusão e a coisa julgada. Otto já ponderava que as estabilidades processuais quando analisadas na história, levaram a um distanciamento enorme entre a preclusão e a coisa julgada, destacando-se a doutrina e a atividade jurisdicional a petrificar e promover longos debates sobre a Coisa julgada (CABRAL, 2014).

Em breve resumo, partindo de Barbosa Moreira tem-se que tradicionalmente a coisa julgada aplica-se apenas as sentenças que sejam de mérito, no processo do conhecimento e ainda assim, apenas se não houver regra especial que retire a incidência da coisa julgada da decisão de mérito, como nas decisões de tutelas coletivas (BARBOSA MOREIRA, 1970).

Assim, sob a ótica da doutrina tradicional, não fazem coisa julgada as sentenças sem apreciação de mérito, sentenças proferidas em outro processo que não o de conhecimento (tais como a execução e as cautelares). No que tange ao instituto da preclusão, escassos são os estudos sobre preclusão lógica, posto que no que se refere aos aspectos subjetivos de sua constatação, a doutrina majoritária entende que os atos do juiz estariam imunes a sua incidência, restringindo-os apenas as partes (NEVES, 2004).

Também são poucos os doutrinadores que aproximam a preclusão e a coisa julgada dos princípios da Proteção à confiança e dos deveres da boa-fé no direito processual. Ao adotar a proposta de Cabral, pretende-se concordar com um modelo de segurança jurídica dos atos processuais que busque um tronco em comum para todos os tipos de estabilização, sendo uma das consequências o dever do Juiz na análise interpretativa do caso debruçado, densifique o texto normativo com os princípios ordenadores do novo código de modo a aplicar a preclusão, a coisa julgada e suas mutabilidades, visando a continuidade do sistema jurídico.

Ocorre que em que pese não haver um tronco em comum sistematizado sobre as estabilidades processuais, há entendimento doutrinário de que sobre os Institutos da coisa julgada e preclusões, são variáveis as estabilidades conferidas pelo ordenamento jurídico a cada ato processual (FABRÍCIO, 2010).

Tem-se como consequência que há uma tendência dos legisladores em ampliar a estabilidade das sentenças de mérito, estabilidade que corresponderia à coisa julgada material (BARBOSA MOREIRA, 1983). Contudo, a constatação de que determinados atos processuais produzem maior vinculação ao que foi decidido do que outros, sugeriria uma diferenciação de grau de intensidades na estabilidade e não de qualidade entre elas, não sendo possível adotar este entendimento se quisermos buscar um tratamento unitário.

Por um estudo conjunto das estabilidades

O modelo tradicional adotado pela doutrina em relação a preclusão e coisa julgada impossibilita sistematizar as estabilidades processuais, contudo, defendemos que identificar um tronco comum da estabilidade dos atos estatais é fundamental para interpretar situações difíceis (*hardcases*) de análise da incidência da coisa julgada em episódios que visam burlar o sistema para rediscutir a causa jurídica alvo de decisão.

Na realidade, como defendido por Cabral, a coisa julgada e como ela, todas as estabilidades, servem para restringir o poder de mudar a norma, não para reconhecer uma permanência eterna ou definitiva da sentença. Tercio Sampaio Ferraz Jr afirma que o problema

não residiria no tempo de validade das normas, mas na temporalidade do poder de mudar as normas e porque está ligada a este poder é que a coisa julgada envolve em nível constitucional uma questão de segurança (FERRAZ JR, 1996).

Isso porque, há um dogma ideológico muito grande e que ainda paira sobre a coisa julgada onde se defende a dependência entre a estabilidade de uma sentença com a previsão normativa expressa no direito positivo. Mas caso fossem revogados os artigos 502 e 508 do CPC, ainda haveria coisa julgada? Não existiria proteção da estabilidade? Certamente que não é o comando expresso que vincula a coisa julgada, de modo que na ausência de lei, um regime de estabilidades processuais assentados na jurisprudência e na doutrina garante a operabilidade da coisa julgada nas Sentenças.

Conforme assinalado por Hellwig no início do século passado, os estudos sobre coisa julgada ainda tinham um mito muito forte ligado a cultura romana (HELWIG, 1940). Percebe-se que este instituto possui certo grau de sacralização que nos leva a imaginar que pensar a coisa julgada de modo diverso daquilo já assentado na doutrina, levaria a uma supressão da segurança jurídica no sistema ou um risco ao Estado de Direito.

Certo que não se advoga contra a tradição, mesmo porque a base dos estudos reside em todos os conhecimentos teóricos e práticos construídos por brilhantes juristas que anteviram a atualidade, garantindo que o direito e o processo de civilização sejam passados de geração em geração, mas tais entendimentos não podem se petrificar no tempo, mesmo porque, a sociedade contemporânea possui complexidades e desafios que não comportam a assimilação apenas da concepção tradicional dos institutos.

Assim, importante acentuar que essa mudança de paradigma em relação às estabilidades processuais, não necessitam de mudança legislativa, na realidade, por ser um esforço interpretativo e de densificação dos dispositivos legais, especialmente com o Advento do Novo Código de Processo Civil e com a atual fase do processo (formalismo-valorativo), na realidade as estabilidades processuais independem de qualquer positivação, sendo decisão de política-judiciária que remetem ao choque de ponderação entre valores e princípios constitucionais e processuais fundamentais na atividade interpretativa do jurista.

Os instrumentos de estabilidades e coisa julgada, variam de País para País, sendo certo que premissas sobre o direito e seus institutos, independem de ordem normativa expressa, tanto que na *Common Law*, assenta-se estes institutos de estabilidades da sentença em grau muito maior na tradição do que em diplomas legais. Quando adotamos a premissa de que a Coisa Julgada não é um mito, petrificado no tempo, percebe-se que seu conceito se liga a segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito, independentemente de suas hipóteses de incidência encontrarem amparo normativo.

Mesmo porque, na atividade doutrinária, ainda que defendida a coisa julgada atrelada ao que dispõe menção expressa da norma, a justificativa do texto legal é buscada a partir de princípios, cláusulas gerais, fundamentos filosóficos que justifiquem certa estabilização das decisões emanadas pelo Poder Judiciário, uma vez que se trata de ficção jurídica criada para promover a paz social e a harmonia das relações.

De modo que o cerne da justificação para a coisa julgada não reside no texto legal, mas nos valores que o justifiquem. Essa abordagem da teoria das estabilidades processuais, permite ao operador do direito a ampliação das possibilidades de incidência da coisa julgada, ou ainda a diminuição de seu escopo de modo que sua principal vantagem reside na análise do contraditório exercido em debate a fim de precisar o que estará estabilizado. São três as consequências ao se analisar as estabilidades processuais a partir de sua sistemática principiológica e interpretativa e não apenas do comando expresso em lei (CABRAL, 2014).

A primeira é autorizar a adequada interpretação das regras legais em consonância com o aparato constitucional e os princípios de um Estado Democrático de Direito que o Novo Código de Processo Civil se abriga. A segunda consequência é considerar que o modelo de estabilidades processuais não advém da norma, mas de princípios, de modo que nenhuma análise sobre coisa julgada e preclusão poderá ocorrer sem identificar o fundamento normativo-principiológico que ampare a tomada de decisão quanto a extensão da coisa julgada, sendo esta a raiz dos limites de interpretação para aplicação da regra positivada.

Por fim, como terceira consequência, a estabilidade das posições jurídicas por ser principiológica ao processo, leva à conclusão de que independente da configuração positiva das espécies de estabilidades, tal como a coisa julgada prevista de uma forma ou outra na legislação, não interfere nas premissas interpretativas para o caso concreto, não excluindo outras formas de estabilidades que porventura não encontrem resididas no diploma legal.

Na realidade, há uma complementaridade entre os diversos mecanismos de por conta de sua acomodação na mesma principiologia adotada ao realizar a unificação das estabilidades em um tronco em comum (WAMBIER, 2003). O gênero geral da estabilidade seria, nesta seara a preclusão e não a coisa julgada, sendo a forma geral de estabilidade processual, posto que as espécies de estabilidade como a coisa julgada formal e material, na realidade baseiam-se em técnicas preclusivas.

Ora, se a coisa julgada atua enquanto técnica preclusiva, se as preclusões atingem não apenas as faculdades das partes, mas também os poderes do juiz, se existe a possibilidade de preclusões extraprocessuais, bem como aquelas decorrentes de omissões, não é possível continuar a adotar o conceito Chiovendiano, tem-se que a preclusão deve ser ressignificada para atender a sistema de estabilidade processual como proposto por Cabral.

Preclusão e segurança jurídica: estado de direito e segurança

Continuidade

Se podemos adotar a preclusão como regra geral das estabilidades, não há dúvidas que a ampliação da atividade interpretativa do texto normativo expresso reforça a necessidade de segurança jurídica como pressuposto do Estado de direito constitucionalizado, exatamente para se evitar decisões surpresas ou a discricionariedade do juiz. Em que pese as previsões abarcadas

na constituição, tais como no preâmbulo, no caput do art. 5º, na regra de anterioridade da lei penal, do devido processo legal, dentre outros, fato é que segurança jurídica é um conceito indeterminado e no atual paradigma processual e constitucional, não pode continuar se atendo apenas a previsibilidade expressa das regras de direito. Fato é que a segurança jurídica deriva da cláusula de Estado de direito, uma vez que um governo estruturado deve ter segurança, neste sentido o STF e o STJ já consideraram o princípio da segurança jurídica como derivação do estado de direito (STF MS 24.268 - MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j.05.02.2004 e RESP n.658-130-sp, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j.05.02.2004).

Ocorre que o atual Estado democrático de direito exige novas funções e densificação ao Princípio da Segurança jurídica, conforme já asseverado. Na realidade, por atualmente o Estado encontrar-se enquanto um estado dirigente para efetivação de direitos fundamentais e a garantia de direitos sociais, na realidade exerce atualmente vínculos de cooperação e coordenação na sociedade, não sendo o atual paradigma aquele de um estado autoritário e de imposição do poder (ÁVILA, 2011). Se o Estado se modificou para que atue enquanto um agente democrático de cooperação e participação, a segurança jurídica deve servir de forma diversa do que entendido até então.

Isso porque, ela deve ser flexível o suficiente para se adequar aos padrões altamente mutáveis e complexos das relações sociais numa Democracia de massas, posto que sua rigidez legal ou principiológica poderá levar, na realidade, a verdadeira insegurança jurídica, indo diametralmente ao oposto do desejado, uma vez que provocará rupturas em situação de intransigência quando deveria garantir a continuidade do Estado Democrático Constitucional e da coesão social de seus súditos.

A segurança jurídica e a continuidade do estado de direito

Cabral em sua tese, a partir de sua leitura em OTTO e WOERNER, afirma que a continuidade é um conceito que está na síntese da tensão entre o completo estatismo e o oposto de uma ampla e total alterabilidade. Continuidade, portanto, não significa petrificação, mas mudança de consistência (CABRAL, 2014). Tal conceito pretende construir "pontes" em momentos de ruptura, permitindo maleabilidade a segurança jurídica. As mudanças no mundo contemporâneo são inevitáveis e resultado de uma sociedade globalizada.

Neste sentido, os Estados nacionais são completamente hipossuficientes em acompanhar as modificações nas relações jurídicas dos sujeitos na mesma velocidade em que de fato elas mudam. Focar o estudo da segurança jurídica na continuidade é permitir certa margem de alterabilidade das estabilidades processuais a partir de uma constatação de que não é possível impedir a mudança no mundo fático, mas torna-se viável se evitar determinadas rupturas a fim de que a continuidade promova uma transição suave.

Cabral com isso, visa defender uma zona de movimentação e alteração que autoriza a modificação das estabilidades, ainda que não expresso em lei, o que nada tem a ver com contrariar a norma jurídica expressa, mas complementar na atividade interpretativa, aquilo em

que foi omissa. O balanço dos interesses entre permanência e mudança, deverá contar com mecanismos compensatórios para a alteração da estabilidade processual, como por exemplo a edição de regras de transição.

Na realidade, adotar o conceito de segurança-continuidade, permitindo certo grau de adaptabilidade e alteração das estabilidades processuais, estimula a confiabilidade no ordenamento jurídico. Confiança que advém da certeza de que o ordenamento jurídico não é apenas composto de regras e leis esparsas e desconexas da realidade do mundo fático, mas de um sistema coeso, coerente, racional. A continuidade jurídica e a consequente alteração ou adaptabilidade das estabilidades processuais a partir da análise cotejada no caso concreto, exercido o debate e o contraditório e demonstrado a necessidade de mudança preclusiva em razão da segurança, confere certa constância na mudança jurídica, sem levar a rupturas, permitindo segurança nas posições pretéritas.

Não se advoga ao aceitar a tese proposta por Cabral que as normas devam ser alteradas com facilidade, contudo o atual sistema jurídico moderno, necessita de certo grau de adaptabilidade para sua própria sobrevivência, ainda que estejamos falando do instituto da coisa julgada que deve se tornar invariável no tempo a fim de se garantir paz social. O uso desta técnica interpretativa reside em questionar a real necessidade da mudança. Como a segurança-continuidade não impede mudança das posições estáveis, atos processuais como as preclusões e a coisa julgada sob uma nova perspectiva que considere o sistema normativo de maneira mais dinâmica e flexível (FERRAZ JR. 1988).

Além disso, a continuidade contribui para essa visão global das estabilidades processuais que abranja não apenas a coisa julgada como as preclusões. Se substituirmos a teoria tradicional da imutabilidade pela segurança-continuidade, nenhuma estabilidade processual dependerá do selo de imutável para existir, mas de decisão político-jurídico-legislativa adaptada a necessidade de cada ordenamento jurídico num espaço tempo. Por tais razões é que nos parece que o Princípio da segurança-continuidade das relações jurídicas consegue reunir sob um único teto os institutos processuais da preclusão, coisa julgada e mecanismos desenvolvidos no direito privado como a boa-fé e a confiança para as estabilidades processuais abarcadas pelo direito público.

Considerações finais: a justiça procedimental como caminho de transição e segurança a proposta apresentada

Se historicamente buscou-se um processo de resultados, no qual podemos citar as reformas de 1999 promovidas no Código de Processo Italiano para adequá-lo aos paradigmas constitucionais de um processo justo recém-incorporados naquele ordenamento (CALAMANDREI, 1999), percebemos na atualidade, a necessidade de um retorno a justiça procedimental.

Nesta democracia de massas que vivemos, com relações sociais dinâmicas e complexas, acreditar num padrão universalmente aplicado de direitos é na verdade buscar um sonho fracassado. A busca pela justiça das decisões deve ser aquela em que se tornou possível justificar processualmente o comando judicial, garantindo adaptabilidade ao ordenamento a partir da observância de determinados procedimentos, não apenas em seu aspecto formal, por residir expresso na lei, mas especialmente em razão da argumentação prática e racional exercida entre as partes.

Essa concepção eleva o valor do procedimento não como um fim em si mesmo, mas decisivo e predecessor a própria decisão final, posto que o debate judicial é que legitima as decisões estatais (ZANETI JR, 2007).

Incorporando a justiça procedimental no contexto das estabilidades processuais, verifica-se que parece facilmente exequível o conceito de segurança-continuidade proposto em detrimento do dogma da imutabilidade. Isso porque, continuar os estudos a partir da premissa de que o processo se torna imutável, inalterável, sem possibilidade de exercer cognição, ainda que a luz de novos elementos for aplicada, impede a existência de justiça procedimental como aquela adotada pelo Novo Código de Processo Civil

Pretende-se concordar com Cabral quando afirma que na modernidade a influência do contraditório somado aos princípios processuais da boa-fé e cooperação se compatibiliza com um modelo de estabilidades processuais que incorpore a segurança-continuidade das relações jurídicas na adaptabilidade da coisa julgada e das preclusões. Repisa-se, não se trata do abandono a segurança-jurídica que a coisa julgada promove, mas num redimensionamento desta perspectiva rígida a partir das interações subjetivo-comunicativas das partes no processo.

O processo decisório precisa de agilidade e flexibilidade posto que o modelo de controles rígidos e estáticos é aquele que entrou em crise sistêmica. O reconhecimento de certa legitimidade estatal e conseqüentemente do direito e da justiça não virá por este caminho, mas na capacidade de força gerencial que o Estado exercerá nos procedimentos decisórios e na atividade jurisdicional para promover continuidades e não rupturas.

Como bem apresentado por Cabral, só no paradigma da continuidade é que se poderá implementar verdadeiramente uma justiça procedimental. Não precisaremos mais "trocar" a permanência do procedimento pela imutabilidade do resultado; o debate poderá ser resgatado e a conclusão anterior modificada, mas apenas em certos casos e se determinados requisitos se verificarem.

A abertura à revisão ou rescisão permitirá uma verdadeira legitimação pelo procedimento, com recuperação potencial da discussão em contraditório, sem negar a força prima facie que a continuidade jurídica impõe em favor da constância e permanência do ato anterior operada a Coisa Julgada, garantindo que a modificação da posição jurídica estável continue sendo excepcional, preservando-se a segurança.

A proposta de trabalhar a coisa julgada e a preclusão de modo dinâmico, a partir de certas premissas referente as estabilidades processuais, permite a ampliação ou restrição da coisa julgada, não as limitando apenas as sentenças que decidam o mérito, mas também

naquelas que não o enfrente, posto que esta visão é justamente aquela que visa adaptar as estabilidades processuais onde a doutrina tradicional possui dificuldade em razão do atrelamento ao formalismo da previsão legal que não previu mecanismos de solução para determinados *hardcases*.

Esse formato permite maior racionalidade na quebra da estabilidade processual, não apenas por prever certos requisitos restritos para sua mudança, que serão verificados a partir de exigências argumentativas dos sujeitos processuais, como também porque não permitirá a discricionariedade subjetiva do juiz para o acolhimento da adaptabilidade a coisa julgada realizada, já que não poderá “de sua cabeça” relativizar a força *prima facie* de estabilidade da sentença transitada em julgado.

Se no modelo tradicional, partia-se da segurança jurídica e da imutabilidade da coisa julgada afirmando ser este o preço para se evitar os julgamentos incorretos e a eternização dos litígios, ainda quando eles ocorram, na tese apresentada a segurança- continuidade mostra a força de se reconhecer a estabilidade *prima facie* da coisa julgada, permitindo, contudo, determinadas alterações, não sendo verdadeiro que o preço a se pagar é a eternização dos litígios, mas apenas o custo de se verificar quando e como se operará alguma mudança na estabilidade processual atualmente existente naquele caso a partir das práticas argumentativas e do exercício do contraditório operado.

Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo Excessivo. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

_____. Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um formalismo-valorativo, São Paulo: Saraiva, 2010.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. O Art. 268 do CPC, A Ilegitimidade e a Ocorrência de Coisa Julgada? Critérios de Interpretação. Revista Jurídica, ano 57, n. 380, jun. 2009, p. 27

ASSIS, Araken de. Reflexões sobre Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada, Revista Ajuris, Porto Alegre, ano XV, n. 44. nov. 1988, p.34.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e Sempre a Coisa Julgada, Revista Processo - REPRO, 1970.

_____. Eficácia da Coisa Julgada. Revista Ajuris, Porto Alegre, n. 28, ano X, julho de 1983, p. 275.

_____. Os Limites do Novo Código de Processo Civil, in: Temas de Direito Processual, 1 serie. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROSO, Luís R. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, DF, v. 12, n. 96, p. 3-41, fev/ maio 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: Influência do Direito Material

- sobre o Processo, Brasília, BDJur, 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/21235>. Acesso em 09 de novembro de 2017.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. Os Fundamentos dos Direitos Fundamentais? Quando o Antifundacionalismo de Rorty enfrenta o Agir Comunicativo de Habermas. Revista Pensar, v. 15, n. 1, 2010, p. 178-206.
- CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Influência e Validade Prima Facie dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.
- _____. Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre mudanças e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Ed. Juspodivm, 2 ed., 2014.
- CAMARA, Alexandre de Freitas. Licoes de Direito Processual Civil, Ed. Lumen Iuris, Vol. I, 16 ed., 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Dell Azione Nascente dal Contratto Preliminare. In: Saggi di Diritto Processuale Civile. 2. Ed., Roma: Foro It, 1930.
- DIDIER JR. Fredie; Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual. V. III, 8. Ed, Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 365.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípios. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição - contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2002.
- HELLWIG, Konrad. System des deutschen ZivilprozeBrechts. Leipzig: A. Deichert'sche, 1912.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Trad. Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. I, 1984, p. 235-237.
- MADUREIRA, Claudio. Direito, Processo e Justiça: O Processo Como Mediador entre o Direito e a Justiça. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014, p.27-34.
- MITIDIERO, Daniel. Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Ed. dos Tribunais, 3. Ed., 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Preclusões para o Juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Publica e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Revista Forense Universitária, 2003.
- TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- ZANETI JR, Hermes. Processo Constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

Supressão de instância e a teoria da causa madura no agravo de instrumento

Rafael Gaburro Dadalto¹

Resumo: Não se olvida estar consolidado entendimento no sentido da aplicação da teoria da causa madura ao agravo de instrumento, ainda que localizado em capítulo referente à apelação (parágrafos 3º e 4º do artigo 1.013 do novo Código de Processo Civil). Ocorre que, mesmo sob a égide do novo *codex*, ao argumento de supressão de instância, as cortes estaduais de justiça têm, por via indireta, em nítida jurisprudência defensiva, afastado a aplicação da indigitada teoria – que é considerada regra de julgamento –, na medida em que deixam de apreciar o mérito recursal, de modo a se afastarem da diretiva traçada pela nova codificação, que inclusive alargou o âmbito de abrangência da mencionada teoria. Diante desse contexto, o estudo propõe-se a tentar auxiliar na quebra de falso paradigma formado por meio de subterfúgio de julgamento corporificado na denominada “supressão de instância”. Para alcançar tal intento, emprega-se a técnica de pesquisa bibliográfica e documental e o método comparativo a fim de estabelecer as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, posicionando-se sobre o tema em seguida.

Palavras-chave: Agravo de instrumento; Duplo grau de jurisdição; Supressão de Instância; Teoria da causa madura; Jurisprudência defensiva.

Introdução

Mesmo diante do alargamento do campo de incidência da teoria da causa madura pelo novo Código de Processo Civil (parágrafos 3º e 4º do artigo 1.013), cuja aplicação se destina inclusive às decisões *citra petita*, as cortes estaduais de justiça têm, por via indireta, em nítida jurisprudência defensiva, afastado a aplicação da indigitada teoria – que é considerada regra de julgamento –, na medida em que deixam de apreciar o mérito recursal, ao argumento de “supressão de instância”.

Nesse passo, sob o fundamento de impossibilidade de vulneração do princípio do duplo grau de jurisdição, deixam de conhecer de agravo de instrumento em toda e qualquer hipótese na qual o órgão julgador de piso não tenha se manifestado sobre determinada questão ou fundamento, ainda que consolidado entendimento no sentido da aplicação da teoria da causa madura ao agravo de instrumento.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.

Nesse contexto, inevitável investigar se tal postura se justifica diante da premissa adotada pela nova codificação ou se se trata de falso paradigma formado por meio de subterfúgio de julgamento corporificado na denominada “supressão de instância”, a demandar mudança de comportamento.

Referido escopo se justifica pelo fato de contribuir na análise do espinhoso tema no campo teórico, na tentativa de equacionar sua aplicação e permitir a adequada utilização no campo prático, sem surpresas desagradáveis no processo, o qual busca alcançar o princípio da primazia do julgamento do mérito. Em outros termos, justifica-se pela necessidade de tentar equalizar custos e tempo do processo, mediante saída que propicie uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Para alcançar tal intento, será empregada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental e o método comparativo a fim de estabelecer as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, posicionando-se sobre o tema em seguida.

Efeito devolutivo dos recursos

De modo geral, tem-se por referido efeito a devolução da matéria para reapreciação do Poder Judiciário, seja ao mesmo órgão julgador ou outro de superior instância, a fim de que seja reexaminada a questão submetida a juízo (MAZZEI, 2001, p. 123).

Possui como escopo pretensão de correção do prejuízo advindo do julgamento pretérito, propiciando o prolongamento da discussão travada nos autos do processo, vindo a retardar os efeitos da preclusão ou da coisa julgada.

O efeito devolutivo é visto sob dois aspectos, quais sejam, em sua extensão ou horizontalidade e em sua profundidade ou verticalidade. Segundo Barbosa Moreira, “delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar *o que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar.” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 429).

No plano horizontal, referido efeito é regido pelo princípio dispositivo, consoante baliza delineada no artigo 1.013 do Código de Processo Civil, segundo o qual, “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada,” cabendo ressaltar que o dever de impulso oficial disposto no artigo 2º do Digesto Processual Civil² não se estende à fase recursal, cuja instauração depende de provocação do interessado” (CABRAL; CRAMER, 2015, p. 38), a quem caberá delimitar a extensão do que pretende ver reexaminado, ficando o órgão julgador adstrito ao princípio da congruência ou demanda (artigos 141 e 492 do CPC³⁴).

² Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

³ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

⁴ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Aqui, “importante lembrar que, apesar de o artigo 1.013 do CPC/15 estar inserido no capítulo da apelação, suas disposições devem ser aplicadas a todos os recursos” (CHEIM JORGE, 2015, p. 367).

Nesse contexto, observa-se que o órgão *ad quem* se encontra limitado aos capítulos impugnados (recurso parciais ou totais), cuja transgressão importa violação da regra corporificada na máxima do *tantum devolutum quantum appellatum*, podendo vir a infringir ainda a proibição da *reformatio in pejus*.

Por seu turno, no plano vertical ou em sua profundidade, a devolução é extremamente ampla, conforme se depreende da exegese dos parágrafos 1^o e 2^o do artigo 1.013 do diploma processual, pelo que pode ser objeto de análise pela corte recursal questões discutidas no processo que não tenham sido enfrentadas na decisão recorrida, bem como os demais fundamentos eventualmente existentes no pedido ou na defesa, quando acolhido só um deles pelo órgão julgador.

Muito embora seja ampla a devolutividade nesse aspecto, sempre estará delimitada pela matéria impugnada, ou seja, pela regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, como ressalva a parte final do dispositivo legal citado.⁷

Logo, “se o autor cumulava dois ou mais [pedidos] e, desatendido em algum (ou alguns) deles, deixa de tornar a formulá-lo(s) no recurso, o órgão *ad quem* já não poderá apreciá-lo(s)” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 446). Já no que tange aos fundamentos do pedido ou de defesa, não se impõe o ônus da reiteração, sendo analisados por força da devolução da “matéria impugnada”.

Nesse aspecto, importante ressaltar que parte da doutrina e da própria jurisprudência, apoiadas nos ensinamentos de Nelson Nery Júnior, denomina de efeito translativo o fato de algumas questões serem devolvidas ao órgão *ad quem* não por conta do princípio citado, mas em razão do princípio inquisitório, tais como as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (artigo 485, §3º, CPC) – enquanto não ocorrido o trânsito em julgado da demanda (NERY JÚNIOR, 2004, p. 482).

Ocorre que, como advoga Barbosa Moreira (2004, p. 397), as questões de ordem pública são devolvidas tão somente por força do efeito devolutivo em seu plano vertical, na medida em que pressupõe levar ao conhecimento do órgão recursal todas as questões e fundamentos, mesmo que não impugnados pelo recorrente, de modo a não haver falar em um denominado “efeito translativo” dos recursos. Em verdade, o princípio inquisitório está contido na profundidade do efeito devolutivo.⁸

⁵ § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

⁶ § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

⁷ Nesse sentido, confira a lição de Dinamarco (2002, p. 42-43): “Essa é uma projeção da regra geral de que toda questão só se considera devolvida em relação à matéria impugnada porque, fora desta (ou seja, fora dos limites horizontais da devolução), questão alguma é devolvida. Questões referentes a capítulo de sentença não impugnado pela parte, ou que não possa ser impugnado por ela, não se consideram devolvidas.”

⁸ Na mesma linha, Cheim Jorge (2015, p. 342): “Assim, é inerente ao efeito devolutivo o conhecimento de

Dito isso, isto é, traçadas as premissas básicas acerca do efeito devolutivo dos recursos, evolui-se no enfrentamento da problemática proposta.

Teoria da causa madura

Referida teoria foi inserida no ordenamento por meio da Lei nº 10.352/2001, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 515 do revogado código (CPC/73), nos seguintes termos: “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

Já no novo Código de Processo Civil, a indigitada teoria fora potencializada, na medida em que se ampliou de forma mais contundentes as hipóteses de sua incidência, conforme se depreende do próprio regramento evidenciado nos parágrafos 3º e 4º do artigo 1.013, senão vejamos:

Art. 1.013 [...]

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

Como se vê, por esta teoria, sempre que possível, ou seja, que a causa esteja apta a ser julgada, de forma que não haja a necessidade de produzir novas provas, deve o tribunal afastar as vicissitudes do processo e desde logo julgar o próprio mérito da demanda.

Ao dispor que a corte recursal “deve”, incorporou o entendimento adotado até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aplicação da teoria da causa madura independe de pedido, consistindo em regra de julgamento, cujo destinatário, o julgador, não possui margem de discricionariedade quanto à sua aplicabilidade.⁹

questões que sequer foram mencionadas no recurso e que tampouco tiveram uma apreciação exaustiva do magistrado a quo. A interposição do recurso faz com que sejam levadas ao conhecimento do órgão julgador todas questões de ordem pública, ou mesmo aquelas a respeito das quais o juiz pode se pronunciar de ofício, tais como honorários advocatícios, juros legais, etc. é incorreto, portanto, vincular e associar o denominado efeito devolutivo unicamente ao princípio dispositivo. Também aqui tem incidência o princípio inquisitório, só que sua manifestação ocorre de forma particular, unicamente em relação às questões que podem ser conhecidas de ofício, tais como, por exemplo, as nulidades processuais, às quais compete ao Judiciário conhecer de ofício e em qualquer grau de jurisdição.”

⁹ Nessa linha: REsp 1166052/AM, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 18/03/2014.

Por fim, como antes mencionado, muito embora a regra esteja localizada no capítulo relativo à apelação, estende-se a todos os recursos, tal como o agravo de instrumento, ora tratado neste trabalho.¹⁰

Duplo grau de jurisdição e supressão de instância

De plano, “ter direito ao duplo grau de jurisdição significa ter direito a um duplo juízo a respeito de determinada questão submetida ao Poder Judiciário” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 508).

Sem embargo da controvérsia acerca da constitucionalidade do citado princípio, o fato é que nenhum direito é absoluto, nada impedindo que seja arredado em detrimento de outros valores, inclusive de estatura constitucional, tais como da efetividade processual e da razoável duração do processo.

Tanto não é absoluto que a própria Constituição excepciona o duplo grau de jurisdição, conforme já enunciou o Supremo Tribunal Federal, o qual ainda propagou

recentemente que “não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.”¹¹

¹⁰ Nesse sentido: REsp 1215368/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/06/2016, DJe 19/09/2016.

¹¹ EMENTA Agravo regimental. Tributário. Pena de perdimento. Duplo grau de jurisdição. Inexistência de assento constitucional. Inafastabilidade da jurisdição. Devido processo legal. Ofensa reflexa. 1. Segundo a jurisprudência da Corte, não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. A afronta aos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, em termos processuais, configura, via de regra, apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. A título de honorários recursais, a verba honorária já fixada deve ser acrescida do valor equivalente a 10% (dez por cento) de seu total, nos termos do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do citado artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

(RE 976178 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 14-02-2017 PUBLIC 15-02-2017)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante

Nesse contexto, o legislador infraconstitucional não se encontra obrigado a observar essa regra em todos os casos, tanto é assim que existem inúmeras exceções na lei processual, como, por exemplo, na hipótese do art. 34 da Lei 6.830/1980 e dos embargos de declaração, que é julgado pelo mesmo juiz prolator da decisão atacada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 508-509).

A lei infraconstitucional também relativiza o aludido princípio, como ocorre no procedimento do Juizado Especial Cível, no qual prevalecem os princípios de acesso à justiça, oralidade e celeridade processual (VARGAS JÚNIOR, 2016), assim como no suprimento de vícios que maculam o processo pelo próprio tribunal (artigo 938, §§ 1º a 3º¹²) e na posterior juntada de documentos – desde que observado o contraditório e a boa-fé – (artigo 435, parágrafo único¹³), em que prevalece a efetividade, celeridade e primazia do julgamento do mérito.

De outro giro, por supressão de instância, entende-se que é a situação na qual a corte de recurso analisa determinada matéria em primeiro lugar, isto é, sem que tenha sido enfrentada no juízo *a quo*.

De regra, o *órgão ad quem* não pode conhecer de matéria não analisadas na instância de origem, pois, ainda que afastado o duplo grau de jurisdição, incide na hipótese as regras de competência decorrentes do princípio do juiz natural.

Contudo, o próprio sistema processual excepciona algumas hipóteses, tal como se dá no caso da profundidade do efeito devolutivo (artigo 1.013, §§ 1º e 2º) e da aplicação da teoria da causa madura inserta na regra inculpada no artigo 1.013, § 3º (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 509-510).

Portanto, o ordenamento jurídico em vigor não só autoriza, como determina que o julgador de segundo grau analise a matéria ainda que não apreciada em primeiro grau de

foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas. 6. Agravo regimental improvido.

(AI 601832 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01129 RSJADV jun., 2009, p. 34-38 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 518-524)

¹² Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

§ 2º Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

§ 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

¹³ Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

jurisdição, desde que em condições de imediato julgamento, sem que possa se cogitar de supressão de instância.

Supressão de instância e a teoria da causa madura no agravo de instrumento

Como dito, a profundidade do efeito devolutivo e a teoria da causa madura excepcionam o duplo grau de jurisdição e, conseqüentemente, afasta a alegação de supressão de instância, com base em hipótese legalmente prevista. “É dizer, o novo código tornou de menor valia o princípio do duplo grau de jurisdição, de sorte que, agora, é irrelevante, a rigor, a circunstância de determinada matéria não ter sido enfrentada por instância inferior.” (NOGUEIRA, 2016).

Com efeito, tratando-se de matéria de ordem pública, ainda sob a égide do código anterior, não havia maiores controvérsias.¹⁴ Mesmo que não tivesse havido análise pelo juízo *a quo*, apreciava-se em segundo grau de jurisdição, até mesmo de ofício, por força do artigo 267, § 3º, do CPC/73 (485, § 3º, do CPC/15), e em homenagem ao efeito translativo dos recursos (profundidade do efeito devolutivo), bem como aos princípios da economia processual e da inquisitorialidade recursal. Assim, admitia-se tranquilamente a extinção da demanda originária diante do acolhimento da questão de ordem pública em sede de agravo de instrumento.¹⁵

¹⁴ AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXAME. POSSIBILIDADE. TÍTULO EXECUTIVO. ANÁLISE DOS REQUISITOS CONSTITUTIVOS. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]. 2. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte Superior, “as instâncias ordinárias podem extinguir o processo sem resolução de mérito, conhecendo de ofício de matéria de ordem pública, capaz de gerar a rescindibilidade do julgado caso não detectada a tempo, em respeito ao efeito translativo dos recursos ordinários e ao princípio da economia processual” (REsp 1.293.721/PR, Segunda Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 10/4/2013). [...]. (AgRg nos EDcl no AREsp 396.902/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 16/09/2014)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO INDEFERIDO. DECISÃO IMPUGNADA MEDIANTE AGRAVO DE INSTRUMENTO, NO QUAL SE FORMULA PEDIDO DE REFORMA PARA O FIM DE CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO À EXCEÇÃO E DE PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO. APLICAÇÃO, PELO TRIBUNAL, DO EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS, COM A EXTINÇÃO DIRETA DA AÇÃO DE EXECUÇÃO NO JULGAMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, INDEPENDENTEMENTE DE PEDIDO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. JULGAMENTO POR MAIORIA. DESNECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES.

[...]. - É possível a aplicação, pelo Tribunal, do efeito translativo dos recursos em sede de agravo de instrumento, extinguindo diretamente a ação independentemente de pedido, se verificar a ocorrência de uma das causas referidas no art. 267, §3º, do CPC. Precedente. [...]. (REsp 736.966/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 06/05/2009).

¹⁵ Marcio André Monteiro Gaia (2006, p. 119-120) tece interessantes argumentos a esse respeito: “crê-se que o tribunal não só pode, como deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, ao apreciar agravo de instrumento, quando, *icto oculi*, reconhecer qualquer afronta a essas matérias de ordem pública. Dessa forma, estar-se-ia coadunando à incidência do efeito translativo ao recurso de agravo, subsumido ao princípio inquisitivo, sem se caracterizar o que se convencionou chamar de “supressão de instância”, em face da violação do duplo grau de jurisdição. É que, justamente de por se tratarem de matérias conhecíveis de ofício, aliado ao fato de não se admitir o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional expressa, portanto, sem intangibilidade absoluta, abre-se espaço para a prevalência de outros princípios

Agora, com a nova sistemática instaurada a partir da vigência do novo código, as demais matérias que não sejam de ordem pública, analisadas ou não pela instância de origem, devem ser apreciadas pela corte recursal, se atendidos os requisitos do artigo 1.013, §§ 3º e 4º, do CPC que, como visto, aplica-se ao agravo.

Ademais, devemos ver com cautela a denominada "supressão de instância", sob pena de malferir o princípio da ampla defesa, sobretudo em casos em que dificilmente se poderia prover agravo interposto de decisão liminar pelo demandado, já que os argumentos expendidos nas razões recursais, na maioria das vezes, ainda não foram debatidos na instância de origem. E aguardar o juízo de piso se manifestar, muitas vezes bem depois da apresentação da contestação, pode suprimir o direito da parte cujo contraditório ainda não fora franqueado.

Cite-se, como exemplo, ação de alimentos em que fora arbitrado alimentos provisórios. Não seria crível exigir que o réu tivesse que aguardar manifestação do juízo sobre pedido de reconsideração ou eventual decisão na audiência em que é apresentada a contestação¹⁶, para só então poder agravar desta decisão e ao tribunal ser permitido apreciar a matéria levado ao seu conhecimento.

Nesse sentido, forçoso citar lição de Didier Júnior e Carneiro da Cunha (2016, p. 241-242), para quem, com fundamento na teoria da causa madura (artigo 1.013, §§ 3º), o tribunal pode inclusive avançar na análise de pedidos não examinados na instância de origem, com muito mais razão nas alegações ainda não levadas ao conhecimento do magistrado de piso:

Assim como a apelação, o agravo de instrumento é um recurso de argumentação livre, podendo o agravante apresentar qualquer fundamento que demonstre um error in procedendo ou um *error in iudicando* cometido pelo juiz na decisão agravada.

Embora o art. 1.013 esteja no capítulo destinado à apelação, ele contém regras gerais sobre o efeito devolutivo que se aplicam a todos os recursos que não tenham limitação de devolutividade nem restrição cognitiva. Por não haver qualquer limitação no efeito devolutivo do agravo de instrumento que implique restrição cognitiva ao tribunal, tal dispositivo é-lhe plenamente aplicável.

Destaque-se particularmente a aplicação ao agravo de instrumento do § 3º do art. 1.013 do CPC. Assim, se, por exemplo, a decisão agravada não está devidamente fundamentada, o tribunal pode suprir o vício: concordando com a conclusão a que chegou o juiz, pode manter a decisão, apresentando a fundamentação que lhe faltava. Se o juiz não aprecia um dos fundamentos ou um dos pedidos, o tribunal pode, estando todos os elementos para decisão já presentes nos autos ou no instrumento do agravo, decidir desde logo, suprimindo a omissão do juízo de primeira instância.

infraconstitucionais, dentre os quais o inquisitivo e o de economia processual, possibilitando assim o atendimento à tutela jurisdicional tempestiva. Não é de se imaginar, repita-se, deixar o processo ser conduzido até a sentença, quando o tribunal, já acionado em sede de agravo de instrumento, poderia, por força do efeito translativo, dar solução efetiva ao processo, ao vislumbrar algum vício de ordem pública. Seria, isto sim, não conferir a devida importância à economia processual".

¹⁶ Sem embargo da controvérsia se se aplica o rito da Lei de Alimentos ou novo CPC nesse quesito, que não repercute no exemplo citado em termos práticos, dada a sistemática do art. 335 do CPC/15.

Com efeito, verifica-se que o legislador ponderou os direitos em jogo e resolveu por bem afastar a incidência do duplo grau de jurisdição em prol dos princípios da efetividade, celeridade, economia processual, razoável duração do processo e primazia do julgamento do mérito. Assim, tenta-se alcançar os fins do processo – processo justo –, por meio de uma tutela adequada, tempestiva e efetiva.¹⁷

Não é demais frisar que o julgamento do mérito realizado pelo tribunal nessas condições, só adianta o que seria feito pelo juízo *a quo* e após desaguaria no próprio tribunal, observando, logicamente, o necessário debate entre os sujeitos processuais envolvidos na formação do provimento judicial (artigos 6º, 9º e 10 do CPC), ante o modelo dialógico de processo adotado pela nova sistemática processual – para se alcançar um processo justo, demanda necessariamente contraditório pleno e efetiva participação de todos os sujeitos processuais.

Ciente da sistemática ora exposta, quiser a parte limitar o âmbito da devolutividade a apenas parte da pretensão deduzida em primeiro grau, deverá fazê-lo expressamente (BEDAQUE, 2003, p. 454), nada obstando que o tribunal afaste o pedido, caso entenda estar a causa madura para julgamento, prescindindo de outras provas para fundamentar seu entendimento (artigo 370, p. único¹⁸). Até porque a regra que impõe o julgamento nestas condições é de natureza cogente.

Oportuno ressaltar que sendo “claras as regras do jogo” (DINAMARCO, 2003, p. 161-162), isto é, sabendo de antemão o recorrente que órgão *ad quem* pode vir a ingressar no mérito da demanda, cabe a ele se precaver e tecer a fundamentação para tanto, razão pela qual não há falar em violação ao maior dever de debate perquirido pelo novo CPC (artigos 9º e 10) – o novo código prestigiou a efetividade neste quesito –, tampouco em *reformatio in pejus*, sobretudo por se tratar de norma de ordem pública cuja aplicação não está adstrita ao mencionado princípio.¹⁹

¹⁷ Ao comentar o dispositivo ora em debate e a necessária equalização de direitos, leciona Talamini (2016): “Essa regra é constitucional. A Constituição não exige o duplo grau de jurisdição em todo e qualquer caso. Como aspecto do processo razoável, exigido pela cláusula do devido processo legal, o duplo grau não é uma imposição absoluta. Há situações em que o mais razoável é mesmo se adotar um modelo de grau único. São casos em que o duplo grau seria algo excessivamente demorado ou ineficiente – o que não seria compensado pelas vantagens que ele propicia”.

¹⁸ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹⁹ Em sentido contrário, veja-se Teodoro Júnior (2016, p. 970): A nosso ver, uma coisa é a competência atribuída ao Tribunal, outra é o objeto do recurso sobre o qual tem de julgar. Toda atividade jurisdicional está sempre subordinada a pressupostos e condições traçadas pela lei. Assim, ampliar o julgamento do recurso para questões não suscitadas e, por isso mesmo, não debatidas entre as partes na via recursal, resultaria em violação não apenas dos limites legais da jurisdição, mas sobretudo da garantia do contraditório. E o princípio do contraditório é consagrado pela ordem constitucional como direito fundamental, impondo-se à observância não só das partes como também do juiz. Mesmo nos casos em que o juiz pode apreciar, de ofício, certas questões, não lhe é dado fazê-lo sem antes submetê-las ao debate das partes (NCPC, art. 10). Dessa forma, o julgamento do mérito, a nosso ver, somente seria admitido quando pleiteado pelo recorrente, fosse em razão do princípio dispositivo, fosse da garantia do contraditório. Nosso posicionamento reforça-se diante do prestígio que o NCPC dedica aos princípios constitucionais do processo, enunciados com ênfase no rol de suas normas fundamentais, onde merecem destaque o princípio dispositivo (art. 2º) e a garantia do contraditório efetivo (arts. 9º e 10), os quais vedam o julgamento sobre questões não propostas

Nesse contexto, não é mais possível que os tribunais, em jurisprudência eminentemente defensiva, já sob a vigência do novo CPC, continuem a não conhecer de agravo de instrumento, ao argumento de “supressão de instância”²⁰. Necessário visualizar que houve mudança de cultura, cujo processo é reflexo, devendo modificar a mentalidade, sob pena de negar vigência ao novo diploma processual, tornando-o letra morta, com toda a sua carga principiológica e valorativa.

Talvez, como subterfúgio da natureza humana, o julgador de segunda instância prefira que o juízo *a quo* primeiro se manifeste para, só após, com mais segurança e maior conforto,

pela parte e as decisões sobre questões não previamente submetidas à audiência de ambas as partes, bem como as decisões com base em fundamento a respeito do qual não se lhes tenha dado oportunidade de se manifestar, ainda quando se trate de matéria sobre a qual se deva decidir de ofício.

²⁰ RECURSO - Agravo de instrumento – Ausência de deliberação pelo MM. Juiz da causa quanto às questões abordadas nas preliminares – Impossibilidade de análise por este Tribunal via agravo de instrumento, sob pena de supressão de instância e de violação do princípio do duplo grau de jurisdição – Recurso não conhecido nesse aspecto. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Impugnação – Excesso de execução - Insustentabilidade – Ausência de comprovação de que os valores apresentados pelo credor, conforme apontado por contador judicial, se encontram equivocados – Rejeição da impugnação, o que, contudo, que não implica condenação do vencido ao pagamento de novos honorários advocatícios – Inteligência da Súmula 519 do STJ e REsp nº 1.134.186-RS representativo de controvérsia - Decisão reformada em parte - Recurso parcialmente provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2112712-06.2017.8.26.0000; Relator (a): Paulo Pastore Filho; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2017; Data de Registro: 31/10/2017)

Agravo de Instrumento. Prescrição intercorrente. Questão não analisada em Primeira Instância. Hipótese em que a apreciação dessa matéria implicará em supressão de Instância. Recurso não conhecido, neste ponto. Bloqueio de recursos públicos destinados ao fomento de atividades desportivas. Valores que têm destinação específica e não integram o patrimônio da recorrente. Impenhorabilidade reconhecida, conforme a disciplina do artigo 833, inciso IX, do Código de Processo Civil. Recurso provido, na parte conhecida.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2107336-39.2017.8.26.0000; Relator (a): Jairo Oliveira Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 27ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/10/2017; Data de Registro: 30/10/2017)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DEMOLITÓRIA - DECISÃO QUE VERSA SOBRE TUTELA PROVISÓRIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CABIMENTO - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - POSSIBILIDADE - MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUIZ - COGNICÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - TUTELA DE URGÊNCIA - CUMPRIMENTO PELO RÉU - DESNECESSIDADE DE MEDIDAS ACESSÓRIAS E DE EFETIVIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA.

É cabível a interposição de agravo de instrumento em face de decisão que verse acerca de tutela provisória, inexistindo qualquer obstáculo ao emprego de interpretação extensiva a despeito da natureza taxativa do rol de decisões suscetíveis de impugnação via agravo.

A cognição na instância recursal de matéria ainda não apreciada pelo juízo *a quo* é inviabilizada por caracterizar supressão de instância, em notória ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Devidamente cumprida a tutela de urgência pelo réu, torna-se inviável a cominação de qualquer providência diversa ou meio de coerção para a efetividade da tutela provisória. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0141.15.001195-7/003, Relator(a): Des.(a) Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/10/2017, publicação da súmula em 20/10/2017)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR DE PRECLUSÃO TEMPORAL - REJEIÇÃO - NULIDADE DA EXECUÇÃO - AUSÊNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO E DE DEMONSTRATIVO DO DÉBITO ATUALIZADO - MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO A QUO - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELA INSTÂNCIA RECURSAL - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - VIOLAÇÃO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. Ainda que a natureza da matéria arguida seja de ordem pública, não é possível sua análise em sede recursal, por meio do agravo de instrumento, sem que tenham sido apreciadas pelo Juízo de primeiro grau, sob pena supressão de instância e violação do princípio do duplo grau de jurisdição. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0443.05.024374-2/001, Relator(a): Des.(a) José de Carvalho Barbosa, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/10/2017, publicação da súmula em 18/10/2017)

profira sua decisão. Todavia, a regra cogente inserta no parágrafo 3º do art. 1.013 não dá margem a preferências pessoais e a comodismos, caso incidente suas hipóteses. Apenas em não sendo possível – o que em alguns casos ocorrerá, dado o estado embrionário da demanda e a cognição sumária empreendida -, não se aplicará a aludida teoria, mas que mesmo assim não será em razão de supressão de instância, e sim por não vislumbrar o direito alegado no estágio processual que a demanda ainda se encontra.

Conclusão

Deve se ter em mente que o novo Código de Processo de Civil alargou as hipóteses de julgamento com base na “teoria da causa madura” (artigo 1.013, §§ 3º e 4º), que é de natureza cogente e que também se aplica ao agravo de instrumento, de modo a fulminar a jurisprudência defensiva ancorada na alegação de supressão de instância.

Nesse sentido, com a nova sistemática instaurada a partir da vigência do novo código, independentemente de análise na instância de origem, as matérias expendidas devem ser apreciadas pela corte recursal, se atendidos os requisitos do artigo 1.013, §§ 3º e 4º, do CPC.

Logo, por todo o exposto, diante da premissa adotada pela nova codificação, não se justifica a postura defensiva que os tribunais continuam a adotar, revelando-se falso paradigma formado por meio de subterfúgio de julgamento corporificado na denominada “supressão de instância”, a demandar mudança de comportamento.

Referências

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, v.7.
- BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- BRASIL. Lei n. 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: 04 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 05 nov. 2017.
- CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CHEIM JORGE, Flávio. Teoria Geral dos Recursos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, v. 5.
- _____. A reforma da reforma. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GAIA, Marcio André Monteiro. Reflexões sobre a incidência do chamado “efeito translativo” em sede de agravo de instrumento. Revista Dialética de Direito Processual, vol. 41, São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda., ago. 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: RT, 2015, v. 2.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. O efeito devolutivo e seus desdobramentos. ____ (coord.). Dos recursos - temas obrigatórios e atuais. Vitória: ICE, 2001. v. 1.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. Entenda mais sobre os efeitos devolutivo e suspensivo do recurso no CPC 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6038itos+devolutivo+e+suspensivo+do+recurso+no+CPC+2015>>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- TALAMINI, Eduardo. Efeito devolutivo da apelação e supressão de grau de jurisdição. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235970,71043-Efeito+devo+lutivo+da+apelacao+e+supressao+de+grau+de+jurisidicao>>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. III.
- VARGAS JUNIOR, Aldo Neri de. Agravo de instrumento contra as decisões de primeiro grau e a interpretação sobre seu cabimento. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18238&revista_caderno=21>. Acesso em 04 nov. 2017.

A fundamentação de decisões judiciais no novo CPC

Vitor Carvalho Barbosa¹

Resumo: Com base no Estado Democrático de Direito, o novo CPC criou novos mecanismos para alcançar um procedimento mais célere e justo. Nesse sentido, proporcionou uma simplificação no sistema; criou alterações ligadas ao princípio da segurança jurídica; e estabeleceu redução da liberdade dos julgadores em suas decisões, etc. Todas essas mudanças tiveram a finalidade de adequar a nova legislação aos ditames constitucionais (art. 93, IX). Ao analisar o texto do art. 489, percebe-se que há um rol de pontos em que o julgador deve observar em seu julgamento, servindo este como requisitos mínimos de fundamentação. Devido a essas alterações, é inegável a importância do estudo da sistemática da fundamentação das decisões judiciais. Para tanto, no artigo será abordado o dever de motivação das decisões judiciais e sua importância para o processo e as partes, com base nas recentes alterações do código.

Palavra-chave: Motivação; Decisão judicial; Fundamentação; Julgamento.

Introdução

Todo sistema processual civil deve ser pautado no reconhecimento de direitos, para se adequar às exigências de um Estado Democrático de Direito. Caso contrário, haverá sequelas aos direitos materiais, o que trará prejuízo na solução de demandas.

O novo Código de Processo Civil, ao se pautar na concretização do *substantive due process*, criou mecanismos para se obter um procedimento mais célere e justo, entre estas mudanças, destaca-se às inovações na Teoria das Decisões. Proporcionou uma simplificação no sistema, contribuindo com os envolvidos no processo à alcançarem a solução do mérito, com objetivo de reduzir os casos de encerramento sumário do processo.

Da mesma forma, criou alterações ligadas ao princípio da segurança jurídica. O legislador entendeu por bem reduzir a liberdade dos julgadores nas decisões judiciais, diante do fato de que a interpretação aberta dos dispositivos legais poderia gerar violação do princípio da igualdade, e com isso, desencadear em instabilidade e perda da credibilidade no Poder Judiciário.

Com isso, ante a necessidade de aproximação do processo com o mundo empírico e a Constituição Federal, o legislador percebeu que deveria ajustar a nova codificação com os

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo (UFES) e Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

ditames do art. 93, IX, da Constituição Federal. Analisando o texto do art. 489 e §1º, percebe-se que foi criado um rol exemplificativo de pontos em que o julgador deve observar em seu julgamento, servindo este como parâmetros e requisitos mínimos de fundamentação.

Pois bem, teremos como finalidade observar a sistemática da fundamentação das decisões judiciais. Para tanto, será abordado o dever de motivação das decisões judiciais e sua importância para o processo e as partes, com base nas recentes alterações do código.

A interpretação e o ato de produção de normas jurídicas no caso concreto

A importância da interpretação na decisão judicial

Por muito tempo, era comum dizer que norma jurídica e lei eram sinônimos. Os juristas diziam para se aplicar uma norma jurídica ao caso concreto, bastava o silogismo lógico, isso porque, acreditava-se em uma justiça imanente e o julgador tinha apenas o dever de atestar o preenchimento dos requisitos legais, através da subsunção.

Tal pensamento foi muito aplicado após à Revolução Francesa, época em que os juízes, por pertencerem à uma classe aristocrata, resquícios da monarquia, não eram dignos de confiança. Por isso, os mesmos não coadunavam com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade².

Após publicação do livro *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, tornou-se imprescindível impor limites para a atividade judiciária, e por isso, a interpretação no julgamento deveria ser contida. Com base neste pensamento, era imperioso que a lei fosse clara, coerente e completa³, daí a necessidade de uma extensão produção legislativa.

Nesta época, vigia-se o princípio de que o juiz seria a "*bouche de loi*" (a boca da lei). Isso garantia a neutralidade do juiz e a eliminação do arbítrio ao proferir as decisões⁴. Assim, através de premissa maior e menor, o intérprete deve adequar o fato à norma, sendo vedado estender seu poder interpretativo.

Posteriormente, com avanços na ciência do direito e por meio da doutrina positivista, a norma jurídica passou a possuir contornos interpretativos, com observou Moraes⁵. Para essa linha de pensamento, o jurista deve analisar a validade e verificabilidade da norma, porém,

² MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 49, 2009. p. 27.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 49, 2009. p. 28.

⁴ ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2 ed. Salvador: JusPodivm. p. 169

⁵ MORAIS, Fausto Santos de. Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2013. p. 21.

não há como negar que a produção do ato jurídico deve ser realizada por meio de uma moldura interpretativa.

Ora, percebeu-se que essa aplicação pronta da lei poderia gerar um resultado injusto na solução dos litígios⁶. Por ser a lei abstrata e o fato concreto, o ideal seria que juiz extraísse o real significado da norma, para uma justa aplicação da lei, e para que isso venha ocorrer, carecerá ele de interpretação.

Por fim, ficou constatado que a lei é sempre equívoca. Diante da vaguidade e ambiguidade de seus signos, abre-se a oportunidade de diversas interpretações por parte do intérprete. Nesse sentido, Moussallem⁷ destaca que, "*a linguagem, como instrumento de saber, é saturada de vícios, a ponto de, não raramente, em determinadas circunstâncias, aniquilar o processo comunicacional*". O direito por ser parte de um processo comunicacional, deve estreitar os conceitos dos signos linguísticos, para que haja uma coerência na aplicação do direito.

Assim, a linguagem influirá na compreensão do agente receptor. Logo, as imperfeições da linguagem ordinária não devem ser transportadas para linguagem do direito positivo. Diante disso, um dos principais pontos para concretização do direito é a interpretação dos signos, para que o sujeito cognoscente tenha a perfeita compreensão da mensagem enviada pelo legislador, no momento da transposição dos fatos sociais em jurídicos. Por isso, sempre na aplicação do direito deve haver o ato de interpretação para melhor incidência da norma jurídica.

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais

Alinhado com o modelo democrático previsto na Constituição Federal, o Novo Código de Processo Civil impôs que todas as decisões judiciais contenham fundamentação, sob pena de nulidade. Nesse sentido, o art. 11 do NCPC, replicando o texto constitucional, estabelece que "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*".

Sobre esse assunto, o autor italiano Michelle Taruffo⁸ destaca que o princípio da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais é uma garantia democrática que tem como finalidade de preservar direitos individuais em face do poder estatal, no âmbito da jurisdição, bem como para conferir a imparcialidade do juiz.

Ao tratar sobre o conceito da motivação das decisões judiciais, o autor José Rogério Cruz Tucci⁹ expôs quatro características da motivação: a) Motivação como exposição histórica – a motivação seria a reconstrução dos fatos importantes de determinado caso concreto; b) Motivação como instrumento de comunicação e como fonte de indícios – a motivação seria

⁶ CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito? Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p. 64.

⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, pg. 32

⁸ TARUFFO, Michelle. La motivación de la sentencia civil. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 349

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 11-14.

a exposição dos motivos, ou a *ratio decidendi*, às partes, aos demais interessados na causa, bem como ao órgão *ad quem*; c) Motivação como discurso judicial – nesse sentido, razões da decisão são empregadas com o objetivo de amparar um juízo moral, estético ou, simplesmente, para embasar uma escolha; d) Motivação como atividade crítico-intelectual – nesse sentido, a motivação seria o conjunto de reflexões de fato e de direito do juiz no seu julgamento. Dessa forma, ele demonstraria o caminho lógico-intelectivo para chegar ao veredito.

Diante dos termos apresentados, podemos estabelecer que fundamentar é tanto um a exposição dos fatos e do direito, que influenciaram o juiz para proferir sua decisão, bem como a justificação formal dos motivos apresentados.

Mas não é só, a motivação das decisões tem crucial importância na produção da norma individual e concreta, através da teoria da incidência. É justamente por este instituto que o aplicador do direito demonstra ter ocorrido a hipótese normativa geral e abstrata e realiza a subsunção do fato à norma, por meio do ato judicial¹⁰.

Conclui-se então, que é de enorme relevância a motivação das decisões judiciais para o ordenamento jurídico, o qual o aplicador do direito não pode ignorar.

Requisitos mínimos do dever de motivação

Rodrigo Mazzei¹¹, ao tratar sobre a fundamentação das decisões ressaltou que *“as palavras do jurista nos dão apoio para compreender que a fundamentação decisória implica não apenas em constar formalmente motivos no corpo da decisão, mas sim os motivos que justificam a decisão”*. Assim, para compreender as razões que fundamentam a decisão judicial, é necessário que esta tenha sido abarcada pela completude, clareza e coerência.

Primeiramente, para que uma decisão judicial seja válida, ela deve ser clara. Logo, deve proporcionar ao jurisdicionado e a população a compreensão de seus comandos e o raciocínio apresentado pelo magistrado, através da exposição de razões de forma inteligível e coerente.

Deve, também, ser objetiva. Conforme aponta Rodrigo Lucca¹² é frequente na vida forense juízes e advogados incharem suas peças processuais com enormes citações doutrinárias ou repetidas jurisprudências, na maioria das vezes impertinentes e irrelevantes, que tornam a redação prolixa, com objetivo de encobrir a precária motivação.

Não é raro também ver decisões judiciais repletas de conceitos doutrinários, que nada acrescentam à fundamentação, e que na parte da incidência da norma, não justifica à posição adotada, restringindo-se aos clássicos jargões “preenchidos os requisitos” ou “ausente os requisitos”, sem explicar porque sim ou não foram preenchidos.

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, fundamentos jurídicos da incidência. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

¹¹ MAZZEI, Rodrigo Reis. Honorários de advogados judiciais: alguns problemas da fixação sem fundamentação (omissão de motivação decisória) na perspectiva no CPC/15. In: Unisul de fato e de direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. Palhoça: Unisul, v. 6, n. 11. 2015. p. 24.

¹² LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 216.

Os fundamentos da decisão necessitam também ser coerentes, pois indicam que o julgador decidiu com os versados nos autos e que o resultado poderia ser diferente se os fundamentos fossem outros.

Para manter uma estrutura lógica, é necessário que a decisão indique quais foram os fatos relevantes na análise do caso, quais foram os fatos provados, e qual a norma jurídica que rege o caso em concreto. Somente assim, é possível verificar se a decisão prolatada encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Por último, a motivação ainda tem como requisito a completude. Ou seja, a decisão proferida deve ser suficientemente motivada, abordando todas as questões relevantes ao processo.

Sobre esse assunto, um ponto que chama a atenção é o art. 489, §1º, IV. Por meio deste dispositivo, o julgador é obrigado “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado que o órgão judiciário não está obrigado a rebater todos os argumentos suscitados pelas partes. Ora, se o dispositivo do NCPC diz que todos os argumentos devem ser enfrentados e os tribunais parecem discordar, estariam estes desrespeitando o preceito legislativo?

Rodrigo Lucca sustenta que sim¹³. Para ele, essa alteração legislativa seria um dos grandes méritos do Novo Código de Processo Civil e não poderia ser afastado pelo Judiciário. Com o novo diploma processual, passa a ser relevante para o julgamento da lide, tudo aquilo que foi apresentado e construir no iter processual. A ausência de motivação quanto um dos argumentos gerará nulidade da decisão.

Em sentido diverso, Rodrigo Mazzei¹⁴ defende que a decisão dos tribunais e o dispositivo processual não são incompatíveis. Afirma que é preciso distinguir alegações de fundamentos. Somente há necessidade de manifestação do Poder Judiciário aos fundamentos, ou seja, o material jurídico que pode levar ao sucesso ou insucesso da demanda. Ao contrário, os argumentos são juízos para fortalecer os primeiros (fundamentos). Ou seja, somente os fundamentos podem levar as postulações das partes ao êxito da demanda. Já o argumento, este é utilizado de forma retórica, uma vez que gravita em torno do fundamento.

Para saber se houve (des)respeito ao dever de motivação, é necessário realizar a seguinte indagação: o ponto “omisso” está atrelado a algum tema relevante ao deslinde da causa? Caso a resposta seja positiva, haverá a violação do dever de motivação. No sentido contrário, caso venha a resposta ser negativa, percebe-se que a questão suscitada não tem condão para alterar o julgamento da demanda, por isso, estar-se-á, provavelmente, diante de um argumento, o qual foi utilizado apenas como reforço de convencimento.

Sobre esse tema, devemos concordar com Rodrigo Mazzei. Não é correta a interpretação de que o magistrado deverá rebater todos os argumentos apresentados pelas partes. Caso

¹³ LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 240.

¹⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. O dever de motivar e o “Livres Convencimento” (Conflito ou falso embate?): Breve análise do tema a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça e com os olhos no Novo Código de Processo Civil. In: Revista Judiciária da Seção Judiciária de Pernambuco. v. 8, 2015. p. 217.

isso fosse verdade, haveria um enorme prejuízo na prestação jurisdicional, pois seria requerer muito dos juízes, o que poderia reduzir a celeridade, ante o já excessivo trabalho do Poder Judiciário, bem como atrelaria o juiz a necessidade de rebater todos os argumentos fracos e infundados apresentados por alguns advogados, que nada influenciam no processo.

Em síntese, pode-se dizer que uma motivação é completa quando (i) expõe as razões fáticas e jurídicas que demonstram o dispositivo foi utilizado de forma carreta e (ii) enfrenta expressamente todos os fundamentos jurídicos apresentados pela parte sucumbente.

O art. 489, §1º, do NCPC e o dever de fundamentação

Analisando o dispositivo do art. 489, §1º, percebe-se que o Novo Código de Processo Civil apresentou vários requisitos para que se considere fundamentada uma decisão judicial. Com base na redação legal, analisaremos, de forma individualizada cada um dos enunciados prescritivos.

2.3.4.1. Decisão que limita-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, §1º, I)

Como dito anteriormente, por muito tempo acreditou-se que toda decisão judicial era formada por um silogismo na aplicação da norma. Assim, a decisão judicial era composta de uma premissa maior (a lei), e de uma premissa menor (os fatos do caso). Com isso, acreditava-se que a solução do caso se dava apenas pela incidência automática da lei. Atualmente, uma decisão que aplica apenas o silogismo lógico é considerada como fundamentação insuficiente.

O juiz deve levar em consideração as alegações das partes, os documentos que carregam os autos, as provas produzidas e as condutas dos sujeitos processuais. Todos esses acontecimentos influenciam o magistrado na hora de interpretar a norma.

O dispositivo serve para alertar o julgador da necessidade de pronunciar sobre as peculiaridades do caso *sub judice*, devendo, para tanto, demonstrar que o caso foi efetivamente apreciado, mostrando a relação entre os fatos e a norma aplicada, com bem ressalta Fredie Didier Jr¹⁵.

Quanto mais aberto for o texto analisado, com incidência maior de princípios, mais se demandará do juiz em termos de fundamentação. Por outro lado, em situações mais simples, bastou magistrado realizar a simples subsunção. Contudo, de uma maneira ou de outra não pode julgador apenas repetir o texto legal.

¹⁵ DIDIER JR, Fredie, et al. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 329.

2.3.4.2. Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, §1º, II)

Na aplicação do ordenamento, é comum o magistrado se deparar com conceitos vagos, de conteúdo aberto. Nestes casos, deve o intérprete, na hora de aplicar a norma, atuar com cautela. Exemplos de conceitos vagos seriam as expressões “tempo razoável” (art. 6º, CPC), “interesse público” (art. 178, I, CPC), “preço vil” (art. 891, CPC), entre outras.

O aumento das normas de conceitos jurídicos abertos visa obter maior alcance, amplitude e flexibilidade de aplicação da norma no caso concreto. Esses termos em determinados tendem a perdurar no tempo, e assim, podem atender um número maior de casos, proporcionando ao ordenamento maior justiça e coesão.

A indeterminação do texto normativo pode atingir apenas aos conceitos que compõem a hipótese prevista, ou ainda, ir mais além, alcançando também as consequências da incidência da norma. Quando isso ocorre, estaremos diante das chamadas cláusulas gerais. Nesse sentido destaca Didier¹⁶ que “cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”.

Estas apresentam um grau de indeterminação ainda maior que as anteriores. São exemplos de cláusulas gerais: o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), o poder geral de cautela (art. 301, CPC), a cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º, CPC), etc.

A existência no ordenamento jurídico de normas de conteúdo aberto e cláusulas gerais exige maior acuidade do julgador na hora de motivar sua decisão. Não basta a transcrição literal do enunciado prescritivo. É fundamental que o juiz enfrente a abertura do texto e esboce os motivos e os porquês que o seu conteúdo se aplica no caso concreto.

Decisão que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, §1º, III)

No Código de Processo Civil de 1973 era comum a utilização de motivos genéricos para justificar decisão. Então, era recorrente encontrar fundamentação com os jargões jurídicos “não estão preenchidos os pressupostos legais para a concessão da medida, por isso indefiro”, sem enfrentar os motivos da ausência de preenchimento dos requisitos legais.

Ora, a motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal. Logo, é dever do magistrado expor os motivos pelos quais entende haver incidência ou não de uma norma. A decisão judicial nada mais é do que a incidência de uma norma jurídica em caso concreto e por isso, deve o julgador fazer a correta subsunção, demonstrando como alcançou aquele veredito.

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. In. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. 2010, n. 2.

Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, IV)

Este tema já foi abordado anteriormente neste artigo, porém, em síntese, é necessário dizer que existem diferenças conceituais entre fundamento e argumento. Apesar do dispositivo legal afirmar que a decisão será considerada não fundamentada quando não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, o certo é que este signo linguístico deve ser interpretado como fundamento e não apenas como argumento. Isso porque, o Poder Judiciário não obrigação de enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes, se estes não têm condão de alterar a decisão proferida nos autos.

Se o argumento apresentado pela parte não tiver pertinência com o caso ou for de efeito meramente retórico para reforçar uma fundamentação que já teria sido afastada, não há motivos para o magistrado se estender em sua motivação.

Decisão que limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, V)

Na prática jurídica é comum se deparar com peças processuais que trazem em seu bojo inúmeras citações de jurisprudências e referências de súmulas sem demonstrar adequação desta com os autos. Ora, a simples menção de um julgado pretérito ou de um enunciado de súmula e não é suficiente para motivar uma decisão.

O novo diploma processual afirma expressamente que o juiz, ao emitir sua decisão, tem a obrigação de explicar que aquela jurisprudência se adequa aos fundamentos que estão sendo utilizados na decisão judicial. Deve o julgador interpretar se o caso legal é compatível com a hipótese normativa utilizada na *ratio decidendi* do precedente ou súmula. Caso contrário, deve o magistrado realizar o *distinguishing*, para afastar a incidência do precedente, jurisprudência ou súmula. Dessa forma, a invocação de precedente ou súmula não pode ser realizada desacompanhada de um juízo analítico entre o caso concreto e a *ratio decidendi* dessa decisão anterior.

Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, VI)

A inovação introduzida por este inciso, o qual determina que o juiz tem o dever de demonstrar se o precedente, súmula ou jurisprudência, invocado pela parte tem pertinência temática ou não com o caso em análise. O qual deve ser observada as mesmas observações mencionadas no item anterior.

Vício por ausência de fundamentação

Conforme estabelece o art. 93, IX, da Constituição da República, a ausência de fundamentação pode acarretar nulidade da sentença. Contudo, com base na doutrina de kelseniana¹⁷, quando uma decisão ingressa no sistema jurídico, ela adquire status de validade (diante da presunção de validade), até que venha um ato jurídico posterior e reforme/anule essa decisão, expulsando-a do ordenamento. Seguindo ainda na visão de Kelsen, considerar que uma decisão é nula ou inexistente seria uma contradição em termos. Nesse sentido, o vício da decisão por ausência de fundamentação seria de anulabilidade.

Veja bem, sabe-se que a validade normativa é característica essencial do conceito de direito. Isso significa que, ao dizer que uma norma é válida, está se afirmando que esta norma pertence ao sistema de direito positivo. Nesse sentido, Moussallem¹⁸ afirma que, “a validade não é uma qualidade da norma, mas, sim, functor relacional entre a norma e o ordenamento jurídico”.

Ao dizer que uma decisão judicial pertence ao ordenamento jurídico, ao mesmo tempo dizemos que é válida, ainda que, eventualmente, contenha vícios de forma e/ou de conteúdo incompatíveis com as de hierarquia superior. Nesse caso, a regra continuará a ter validade, enquanto não for expungida por outro ato normativo.

Não obstante, futuramente, é possível que a autoridade competente crie uma segunda norma jurídica (N_2) que invalide a norma jurídica produzida anteriormente (N_1). Se fosse caso de nulidade e não anulabilidade, bastaria as partes não acatassem a decisão (N_1), uma vez que ela não produziria efeitos, o que não é verdade. Se não existir uma segunda norma (N_2) que afaste a validade da primeira (N_1), devem as partes respeitar a norma jurídica N_1 , por mais absurda que ela possa vir a ser.

A visão de anulabilidade dita por Kelsen tanto é verdadeira que, caso essas decisões carentes de motivação venham a transitar em julgado, bem como venha a ultrapassar o prazo para interposição de ação rescisória, não existirá meios jurídicos cabíveis para afastar os efeitos da decisão não fundamentada.

Logo, percebe-se que a ausência de fundamentação não acarreta uma nulidade na decisão. Nesses casos, o dever de fundamentar as decisões judiciais deve ceder para o primado da segurança jurídica, e por isso, a decisão não fundamentada é apenas anulável.

Conclusão

Buscando uma melhor adequação do Novo Código de Processo Civil com a Constituição Federal, percebe-se que o legislador fez diversas melhorias no sistema das decisões judiciais, o que é louvável. Não é possível permitir uma decisão que destoe das demais regras do ordenamento jurídico, principalmente em um Estado Democrático de Direito.

¹⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 2003. 425 p.

¹⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2 ed. São Paulo: Noeses. 2006, p. 170

Hoje o processo deve ser encarado como um ato participativo entre juiz e partes, para que se alcance a solução do litígio. O juiz não é mero aplicador do direito, mas parte integrante na concretização de direitos. Por isso, deve se buscar uma dialética processual para construção de uma decisão justa.

Devemos olhar para o novo diploma processual como um novo modelo de solução de conflitos, os quais visa a solução concreta dos casos, adequando-se as peculiaridades de cada demanda e que tem como objetivo afastar a sensação de injustiça nos processos judiciais.

Referências

- CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito? Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p. 64.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, fundamentos jurídicos da incidência. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIDIER JR, Fredie, et al. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 329.
- DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. 2010, n. 2.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 2003. 425 p.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 216.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 49, 2009. p. 27.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Honorários de advogados judiciais: alguns problemas da fixação sem fundamentação (omissão de motivação decisória) na perspectiva no CPC/15. In: Unisul de fato e de direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. Palhoça: Unisul, v. 6, n. 11. 2015. p. 24.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. O dever de motivar e o “Livre Convencimento” (Conflito ou falso embate?): Breve análise do tema a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça e com os olhos no Novo Código de Processo Civil. In: Revista Judiciária da Seção Judiciária de Pernambuco. v. 8, 2015. p. 217.
- MORAIS, Fausto Santos de. Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2013. p. 21.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, pg. 32.

- TARUFFO, Michelle. La motivación de la sentencia civil. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 349.
- TUCCI, José Rogério Cruz. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 11-14.
- ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2 ed. Salvador: JusPodivm. p. 169.

II Tutela de direitos e novas técnicas processuais

Boa-fé objetiva processual e a guarda de filhos

Arthur Lopes Lemos¹

Vitor Rodrigues Gama²

Resumo: O presente artigo aborda a boa-fé objetiva processual como norma fundamental do Processo Civil Brasileiro, analisando sua efetiva influência na condução do procedimento utilizado como instrumento de solução de conflitos envolvendo guarda de filhos. O direito humano de convivência familiar, tutela a efetivação das relações paterno-filial e materno-filial. Com os avanços sociais, a família antes compreendida como uma estrutura culturalmente modelada em uma relação entre pai, mãe e filho, passa por novos arranjos familiares, onde se identifica principalmente a necessidade de reconhecimento de afeto e amor ainda que não oriundos de vínculo biológico, sobretudo com o escopo de que seja garantida a relação entre a mãe e o filho, e deste e seu pai, mesmo após o término do relacionamento. Assim, a guarda dos filhos surge como um dos principais objetos de conflito ao término dos relacionamentos. A boa-fé processual impõe objetivamente aos sujeitos do processo um comportamento ético e leal, estabelecendo como premissa elementar que seja um ambiente dialético com comportamentos regrados e de respeito ao ordenamento jurídico posto, não sendo permitidos abusos e violações de direitos.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva processual; Norma fundamental do processo civil; CPC/2015; Guarda de filhos.

Introdução

O processo civil brasileiro passou por significativa mudança no ano de 2015, por meio do novo código de processo. O CPC/2015 institui uma nova etapa da norma processual civil brasileira, alicerçada na constitucionalização do processo, pautada em vetores diretivos — valores fundamentais, boa-fé processual, cooperação, efetivo contraditório, vedação a surpresas processuais etc — para uma prestação jurisdicional eficiente, tempestiva, satisfativa e justa.

Neste sentido, a pesquisa se propõe a examinar o modelo de cláusula geral de boa-fé objetiva processual em relação às demandas de guarda de filhos, os regramentos típicos e atípicos, que permeiam todo o texto do código, sem, contudo, deixar de analisar sua extensão e forma de aplicação em relação àqueles que de qualquer forma participam do processo.

¹ Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo.

² Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo.

Diante deste panorama, se apresentará um breve histórico da boa-fé, fazendo-se um recorte doutrinário com base na doutrina germânica, seus desdobramentos, e sua influência no direito processual, notadamente, o modelo brasileiro.

Em seguida, será abordado o regramento típico introduzido pelo CPC/2015, as hipóteses de aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva processual para situações atípicas, bem como, a imposição do princípio-norma em relação a todos os participantes do processo.

Com tais premissas fixadas, será analisado o modelo de cláusula geral de boa-fé objetiva processual em relação às demandas envolvendo guarda de filhos e os problemas dela decorrentes.

A pesquisa se insere no eixo temático relativo às normas fundamentais do processo civil, sendo de indispensável importância sua compreensão sobre todos os aspectos, sobretudo, as já consagradas concretizações da doutrina germânica derivadas da *Treu und Glauben* e extensão em relação aos sujeitos envolvidos nos processos de guarda de filhos. Para este mister, recorre-se à pesquisa bibliográfica — sobretudo de doutrinadores de referência no direito processual civil e direito civil —, e com fundamento em tal pesquisa, mediante um raciocínio dedutivo, chega-se à conclusão ao final exposta.

O surgimento da boa-fé objetiva processual

Segundo Antônio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, ao direito comercial deve-se a história moderna da boa-fé (MENEZES CORDEIRO, 2001. p. 371). Tanto assim que, no direito romano, já havia predominância da boa-fé nos espaços de tráfego comercial, estabelecendo, já nessa época, a proibição do *venire contra factum proprium*, a proteção da confiança e a inadmissibilidade do abuso de posições formais.

No Brasil, a primeira menção à boa-fé se deu no Código Comercial de 1850, em seu artigo 131, ³, o qual exigia a interpretação das obrigações e contratos mercantis conforme a boa-fé.

Diz-se que as pregações por um procedimento honestamente conduzido são tão antigas quanto o próprio processo. A preocupação com a ética é especialmente sensível no processo pela existência de um conflito de interesses, contexto em que os interessados atuam buscando a prevalência de suas posições, utilizando-se do agir estratégico (CABRAL, 2010, p. 237).

O direito como instrumento hábil de concretização de justiça não caminha sem a moral. Ao contrário, opera sua engrenagem normativa imbuída de valores éticos. O processo — compreendido como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 109-125) —, culturalmente o principal mecanismo de produção de justiça em ambiente garantido pelo devido processo legal, necessita que a concatenação dos atos procedimentais seja realizada de forma honesta, leal.

³ Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

Adverte Antonio do Passo Cabral que por isso, e principalmente em relação às partes, houve progressiva necessidade de regramento de sua conduta processual, estabelecendo o ordenamento um complexo de regras dos quais a doutrina tradicional extraía do princípio da probidade, uma cláusula genérica de conduta ética no processo e que, na sua clássica aceção, dizia respeito às sanções de litigância de má-fé. (CABRAL, 2010, p. 237).

No direito comparado, a maioria dos diplomas processuais concretizam no plano do direito positivo a cláusula geral da boa-fé processual, merecendo destaque para: o dever de boa fé processual do artigo 8^o do CPC Português; o dever de lealdade e probidade do art. 88⁵ do Codice di procedura civile Italiano; a cláusula geral da boa-fé objetiva processual no art. 52⁶ do ZPO Suíço; o dever de verdade no § 138⁷ do ZPO Alemão e a importante cláusula geral da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) prevista no § 242⁸ do BGB Alemão.

⁴ Artigo 8.º

Dever de boa-fé processual

As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.

Redação do CPC Português de 2013.

Artigo correspondente ao 266-A do CPC Português de 1961 que tinha a seguinte redação: Artigo 266-A (Dever de boa fé processual) As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.

⁵ Art. 88. (Dovere di lealtà e di probità) Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.

Em tradução livre: Art. 88. (Dever de lealdade e probidade) As partes e seus defensores têm o dever de atuar no tribunal com lealdade e probidade. Caso um defensor não o faça, o tribunal deve informar as autoridades que exercem o poder disciplinar sobre eles.

Redação do CPC Italiano de 1940.

⁶ Art. 52 Handeln nach Treu und Glauben

Alle am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln.

Em tradução livre: Art. 52 Atuando de boa fé

Todas as pessoas envolvidas no processo devem agir de boa fé.

⁷ Zivilprozessordnung

§ 138 Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht

(1) Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.

(2) Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären.

(3) Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

(4) Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

Em tradução livre: Processo Civil

§ 138 Obrigação de explicar fatos; dever verdade

(1) As partes devem apresentar suas declarações de informações factuais de forma completa e verdadeira.

(2) Cada parte tem que se explicar sobre os fatos alegados pelo oponente.

(3) Os fatos que não são expressamente contestados devem ser considerados como tendo sido concedidos, a menos que a intenção de contestá-los seja evidente nas demais declarações da parte.

(4) Uma explicação sem conhecimento só é admissível em fatos que não foram nem as próprias ações do partido nem o objeto de sua própria percepção.

Redação do CPC Alemão de 1877.

⁸ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 242 Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die

O Código de processo civil brasileiro de 1973 já estabelecia regras gerais de conduta de comportamento com base na lealdade e na boa-fé. Importante salientar a evolução da redação originária do art. 14⁹ que impunha os deveres apenas para as partes e seus procuradores, sendo, corretamente pela reforma legislativa através da Lei nº 10.358/2001¹⁰, estendendo a regra de comportamento não somente às partes, mas, também, a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

A partir de 2015, com o advento do novo Código de processo civil, passa-se do modelo assimétrico para o modelo cooperativo (MITIDIERO, 2015, p. 83-97), o princípio da boa-fé processual adquire o *status* de norma fundamental de processo civil através do art. 5^o¹¹, isto é, uma cláusula geral da boa-fé processual objetiva que passa a pautar todas as relações processuais civis em *standards* de lealdade, confiança, honestidade e boa-fé.

Oportuno ressaltar que o instituto da boa-fé se subdivide em objetiva e subjetiva.

Boa-fé: objetiva e subjetiva

O termo boa-fé *subjetiva* denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411).

Na boa-fé *objetiva* se quer significar — segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* — modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem

Verkehrssitte es erfordern.

Em tradução livre: Código Civil (BGB)

Seção 242 Desempenho de boa fé

O devedor é obrigado a efetuar o serviço de forma que exija boa fé no interesse do público.

⁹ Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores:

¹⁰ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

¹¹ Art. 5o Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411).

Ensina Antonio do Passo Cabral que a chamada boa-fé *objetiva* (*Treu und Glauben*, a boa-fé/lealdade) funda-se em padrões de conduta social, visando a estabilizar as interações intersubjetivas a partir do que se espera dos demais membros. Pretende-se a proteção às expectativas que os indivíduos nutrem uns dos outros na comunidade. (CABRAL, 2010, p. 241). Ao conceito de boa-fé *objetiva* estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 412).

A boa-fé objetiva teve sua importante consolidação e desenvolvimento na doutrina germânica (BGB, §242) através do brocardo *Treu und Glauben*.

Contribuição da doutrina germânica na aplicação da boa-fé (Treu und Glauben) ao processo

A doutrina alemã contribuiu significativamente com quatro casos de aplicações da boa-fé ao processo: a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má fé; b) proibição de *venire contra factum proprium*; c) proibição de abuso de direitos processuais; e d) *Verwirkung* (*supressio*).

A proibição de criar dolosamente posições processuais são as hipóteses tipicamente previstas na legislação processual civil entre os artigos 77 a 81¹² do CPC. São os conhecidos

¹² Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1o Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2o A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3o Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2o será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4o A multa estabelecida no § 2o poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1o, e 536, § 1o.

§ 5o Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2o poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

atos de litigância de má fé, os quais o legislador imputa responsabilidade às partes por eventual dano processual causado a outrem. Ressalta-se que nos termos do art. 81, além da responsabilidade por perdas e danos em razão de litigância de má fé, será imposto ao litigante de má fé o pagamento de multa, honorários advocatícios e todas as despesas decorrentes do ato.

Pela proibição de *venire contra factum proprium*, não é permitido que o sujeito aja de forma contraditória em relação aos seus próprios atos no processo e mesmo fora dele. (VINCENZI, 2003, p. 130). A expressão traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. Com efeito, cuida-se de dois comportamentos, lícitos e sucessivos, porém o primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo. O fundamento técnico-jurídico de instituto não se alicerça na questão da contradição das condutas em si — pois não é possível ao direito eliminar as naturais incoerências humanas —, mas na proteção da confiança da contraparte, lesada por um comportamento contraditório, posto contrário à sua expectativa de benefício justamente gerada pela conduta inicial. (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 204).

§ 6o Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2o a 5o, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7o Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2o.

§ 8o O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.

§ 1o Quando expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

§ 2o De ofício ou a requerimento do ofendido, o juiz determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada.

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1o Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2o Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 3o O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Em relação à proibição de abuso de direitos processuais, adverte Michele Taruffo que um ato ou conduta que não implica mau emprego da regra processual (porque está “dentro da faixa de discricionariedade atribuída pelo direito àquele sujeito) pode ser abusivo, por exemplo, quando é feito com o escopo de alcançar propósitos ilegais ou impróprios. Nessas situações, as cláusulas gerais de lealdade, devido processo, boa-fé ou parecidas devem ser utilizadas como cânones interpretativos a fim de detectar e avaliar práticas abusivas mesmo quando elas estão “escondidas” atrás da transgressão de regras processuais que não se referem explicitamente ao abuso de direito processual ou mesmo sob o véu de atos processuais. (TARUFFO, 2009, p. 153). O autor propõe uma distinção dentro de toda a zona dos abusos de direitos processuais em: a) abuso de litígio, podendo ser cometido por autores (abuso de direito de ação) ou por réus (abuso de direito de defesa); e b) abuso de instrumentos processuais específicos. Quanto aos aspectos subjetivos do abuso de direito processual, destacam-se os abusos praticados pelos magistrados, pelos membros do Ministério Público e pelas partes e seus respectivos advogados.

Por fim, a *supressio* (*Verwirkung*) seria a perda de poderes processuais em razão de seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido. (DIDIER JR, 2010, 79-103).

Após análise sobre a aplicação da boa-fé objetiva ao processo e as contribuições da doutrina alemã, é importante saber qual o modelo de boa-fé adotado pelo processo civil brasileiro.

O modelo de boa-fé adotado no direito processual civil brasileiro

A boa-fé objetiva delineada como cláusula geral aberta¹³ consiste em verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica, capaz de normatizar no plano objetivo um mínimo de deveres a serem observados por todos os participantes do processo.

Desse modo, conclui-se que o modelo adotado pelo CPC/15 é o modelo de cláusulas gerais abertas e de boa-fé objetiva processual, harmonizando-se com o modelo cooperativo de processo.

A boa-fé objetiva processual e o ordenamento jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro, a despeito da previsão legal no art. 996¹⁴ do CPC/39 (somente em relação às benfeitorias indenizáveis, feitas de boa fé pelo executado, nos casos

¹³ Nos termos defendidos por Judith Martins-Costa, 1999, p. 302.

¹⁴ Art. 996. Se, dentro de cinco (5) dias, o executado opuser embargos, o exequente não poderá receber a coisa sem prestar caução.

Parágrafo único. No caso de benfeitorias indenizáveis, feitas de boa fé pelo executado, ou pelo terceiro de cuja posse fôr tirada a coisa, o exequente só a receberá se depositar o valor das benfeitorias, arbitrado por perito.

de execução por coisa certa e algumas hipóteses de sanção monetária por má fé de forma espalhada pelo Código), foi a partir do CPC/73, dos artigos 14 a 18¹⁵, que, efetivamente, se instituiu a garantia da boa-fé objetiva no campo processual.

O fundamento constitucional da boa-fé objetiva processual

Em que pese haja divergências acerca de qual seria o fundamento constitucional da boa-fé objetiva processual se por: solidariedade (VINCENZI), dignidade da pessoa humana (ROSENVALD), igualdade (MENEZES CORDEIRO), contraditório (CABRAL). Comungamos com entendimento de Joan Pico I Junoy (é também a posição do Supremo Tribunal Federal, Humberto Theodoro Jr, Fredie Didier Jr, Hermes Zaneti Jr e José Carlos Barbosa Moreira), no sentido de que a boa-fé objetiva processual possui alicerce no principal eixo do direito num Estado Democrático Constitucional, o devido processo legal¹⁶.

¹⁵ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

¹⁶ Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; CF/88.

A boa-fé objetiva processual e o CPC/15

No plano infraconstitucional, o CPC/15 estabelece em seu art. 5º a cláusula geral da boa-fé objetiva processual, assim dispondo: *Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*

Analisando o dispositivo, dois pontos merecem atenção: 1º) que a cláusula geral da boa-fé objetiva é extensiva a qualquer pessoa que, de qualquer forma, participe do processo; e 2º) há uma imposição de dever (deveres de informação, esclarecimento, conhecimento, colaboração, proteção, vedação de práticas surpresas e agir de acordo com a moral) de comportamento de acordo com a boa-fé, lealdade, confiança, verdade, probidade, cooperação etc.

Hipóteses típicas de aplicação da boa-fé objetiva processual

São tipicamente hipóteses de aplicação da boa-fé objetiva processual aquelas previstas entre os artigos 77 e 81 do CPC/15, no capítulo dos deveres de todos aqueles que de qualquer modo participam do processo, dividindo-se em deveres nos artigos 77 e 78, e litigância de má fé (responsabilidade das partes por dano processual) nos artigos 79 a 81.

Hipóteses atípicas de aplicação da boa-fé objetiva processual

As hipóteses atípicas, embora não descritas dentre os artigos 77 a 81, por força do imperativo-normativo da cláusula geral da boa-fé objetiva processual do art. 5º, são igualmente formas de concretização de respeito e harmonia sistêmica do princípio-norma da boa-fé objetiva processual, como por exemplo: o artigo 322, §2º¹⁷ (Enunciado 286¹⁸ do FPPC), que impõe ao magistrado e aos demais sujeitos do processo uma interpretação do pedido observado o princípio da boa-fé; e o artigo 489, §3º¹⁹, dever de interpretação da decisão judicial em conformidade com a boa-fé.

A extensão da boa-fé objetiva processual a qualquer participante do processo

No que tange ao alcance da cláusula geral da boa-fé objetiva processual em relação aos sujeitos processuais — ponto que será melhor abordado a seguir em relação aos casos envolvendo disputa por guarda de filhos —, a partir da leitura do art. 5º do CPC/15, impõe-

¹⁷ Art. 322. O pedido deve ser certo. [...]

§ 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

¹⁸ Enunciado 286 do FPPC: (art. 322, § 2º; art. 5º). Aplica-se o § 2º do art. 322 à interpretação de todos os atos postulatórios, inclusive da contestação e do recurso. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento)

¹⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

se a todos os participantes (magistrados, membros do ministério público, partes, advogados, serventuários, peritos etc) do processo deveres de comportamento com base em boa-fé.

Em relação às demandas envolvendo guarda de filhos, se verifica com maior nitidez a importância dos deveres de comportamento dos participantes da comunidade de trabalho processual, sobretudo em relação aos genitores e seus respectivos núcleos familiares constituídos após o rompimento da relação afetiva, mesmo que não exercendo a guarda compartilhada, mas continua detendo o poder familiar na guarda unilateral; à equipe multidisciplinar formada por psicólogos e assistentes sociais, pois elaboram relatório técnico de acompanhamento psicossocial das famílias ou de relação entre filhos e seus pais. Esses relatórios devem se aproximar o máximo possível da realidade fática vivenciada pelas partes. Há um compromisso ético-profissional dos técnicos com a verdade e com a boa-fé objetiva processual. Outros participantes como os conselheiros tutelares e os peritos, de igual modo, são importantes na condução e exercício de suas funções, observando sempre a boa-fé objetiva processual.

A boa-fé objetiva processual e a guarda de filhos

Como já delineado, a boa-fé objetiva processual para além de um fator cultural importante como destaca MENEZES CORDEIRO, é um vetor normativo fundamental para o processo.

Neste sentido, aos litígios envolvendo disputas de guarda de filhos, também se impõe, e em grande força, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual, extraíndo-se dela um prisma com feixes de deveres de comportamento que necessitam ser observados por todos aqueles de que alguma forma participam deste tipo de processo.

A partir da Lei nº 11.698/2008²⁰, a regra, que até então era guarda unilateral, passa a ser a guarda compartilhada.

Quando ocorre o rompimento do convívio dos pais, acaba havendo uma redefinição das funções parentais, com que resulta em uma divisão dos encargos. O dinamismo das relações familiares, com maior comprometimento de ambos no cuidado com os filhos, fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física

²⁰ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos:

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

e imediata dos filhos com ambos. É a modalidade de convivência que garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos na formação e educação do filho, o que a simples visitação não dá espaço (DIAS, 2016, p. 516).

Com o avanço sócio-cultural na compreensão acerca do instituto da guarda de filhos, paralelamente, a boa-fé objetiva processual recai sobre as pretensões das partes e suas atitudes fora e dentro do ambiente processual, disciplinando a forma como os sujeitos devem se comportar. A seguir será examinado alguns exemplos de aplicações da *Treu und Glauben*.

Nos litígios de guarda de filhos é comum que os genitores, em razão das frustrações e mágoas que desencadearam o fim do relacionamento afetivo, partam para uma guerra processual, não medindo forças para ao final se satisfazer com um rótulo de vencedor judicial de uma disputa pelo(a)s filho(a)s. Nessas demandas é possível perceber claramente o jogo desleal, com práticas antiéticas por ambas as partes. O processo não se presta a esse tipo de intenção. Há valores metajurídicos como verdade, moral, ética e respeito, todos podendo ser extraídos da cláusula geral da boa-fé objetiva processual.

Nas pretensões envolvendo alimentos, a parte alimentante não pode abusar de direitos processuais para obstaculizar o exercício do direito aos alimentos, mas, também, a parte alimentada não deve se comportar com abusos de direitos ao ponto de, por vezes, inviabilizar o cumprimento das prestações alimentícias e razão o elevado valor requerido a título de alimento. Por essa razão, é pacífico na doutrina e jurisprudência que os alimentos são pautados no trinômio: possibilidade, necessidade e razoabilidade.

Nos casos de alienação parental (síndrome de alienação parental ou implantação de falas memórias), é nítido o agir de um dos cônjuges em tentar desqualificar o outro, com o escopo de inibir a convivência do(a)s filho(a)s, motivada por vingança ou até mesmo para conseguir reverter ou inviabilizar o exercício do direito de convivência familiar. Decorrente do valor maior da dignidade da pessoa humana, o amor e o respeito, são sentimentos construídos ao longo dos anos entre o genitor e sua prole, que não devem ser atingidos por eventual término de relacionamento entre genitores, porquanto apesar do fim da relação afetiva, subsiste o vínculo paterno-filial ou materno-filial. Neste sentido, a cláusula da geral da boa-fé objetiva processual estabelece uma infinidade de dever de comportamento das partes que praticam atos de alienação parental, reprimendo e sancionando-os além do já mencionado regramento processual, por meio da Lei nº 12.318/2010, as hipóteses previstas no art. 6º²¹, possibilitando ao magistrado quando caracterizados atos típicos de alienação

²¹ Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

parental ou qualquer conduta de dificulte a convivência familiar: declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; declarar a suspensão da autoridade parental.

Conclusão

Com a mudança de paradigma do modelo assimétrico para o modelo cooperativo (MITIDIERO, 2015, p. 83 – 97), e, fundamentalmente, a constitucionalização do processo, é condição *sine qua non* que todos envolvidos na relação processual estejam imbuídos de deveres de comportamento (lealdade, informação, probidade, consulta, esclarecimento, cooperação etc) pautados pela boa-fé objetiva processual.

O recorte metodológico proposto no presente artigo delimitou o enfoque da cláusula geral da boa-fé objetiva processual ao tema da guarda de filhos, visto que da mesma forma como é comum nesses tipos de demandas a violação à boa-fé, é substancialmente indispensável e perene que, nestes casos, o processo seja uma concretização viável do instituto, notadamente, nos exemplos destacados (regulamentação de visitas, alimentos, alienação parental, período de convivência, etc.).

Referências

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso dos direitos processuais. Forense: Rio de Janeiro, 2000.
- BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.
- BRASIL. Lei n.º 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: 30 de outubro de 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

- BÜLOW, Oskar Von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Trad.: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 1-9.
- CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2009, p. 236-243.
- _____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo, vol. 126, p. 59-80, ago./2005.
- _____. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 255, p. 117-140, maio 2016.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. Revista do TRF3, Ano XXVII, nº 128, jan/mar 2016.
- CHIARLONI, Sergio. Etica, formalismo processuale e abuso del processo. Revista de Processo, v. 40, n. 239, p. 105-117, jan. 2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo código de processo civil brasileiro. Revista do TRF3, Ano XXVII, nº 128, jan/mar 2016.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. vol. 1, 18ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 79-103.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Contratos: teoria geral e contratos em espécies. vol. 4, 6ª ed., Salvador: JusPodivm: 2016.
- _____. Curso de direito civil. Famílias. vol. 6, 8ª ed., Salvador: JusPodivm: 2016.
- FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil. Volume único, São Paulo: Saraiva, 2017.
- GREIF, Jaime. El abuso del derecho y la responsabilidad civil emergente en el derecho uruguayo. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 153-170.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A função dos “pressupostos processuais” no processo civil contemporâneo. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, v. 35, p. 81-96, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo: uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 347-379, jun. 2004.
- _____. A boa-fé no direito privado. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da Boa Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2007, p. 372-383.
- MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. Revista de Processo Comparado, vol. 2/2015, p. 83 – 97, jul – dez / 2015.

- OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en américa latina. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 7-31.
- PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Barcelona: J. M. Bosch, 2003.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o sentido e a função dos pressupostos processuais (algumas reflexões sobre o dogma da apreciação prévia dos pressupostos processuais da ação declarativa). Revista de Processo, vol. 63, p. 64, jul./1991.
- STOCO, Rui. Abuso de direito e má-fé processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual: relatório geral. Revista de processo, v. 34, n. 177, p. 153-183, nov. 2009.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 93-129.
- VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003.
- ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

Breves apontamentos sobre o artigo 327 §2º do CPC/2015

Bárbara Altoé Puppini¹

Michelle Ivair Cavalcanti de Oliveira²

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) legitimou um modelo processual civil constitucional ao positivar que todas as normas nele contidas devem ser ordenadas e interpretadas conforme os preceitos estabelecidos na Constituição Federal. Nesse contexto, consagrou-se o modelo de flexibilização procedimental, de modo a permitir a adaptação dos procedimentos às especificidades da causa. O presente artigo propõe uma análise do artigo 327, §2º, do CPC/2015, assentada na flexibilização do procedimento em busca da eficiência da jurisdição, a partir da possibilidade de importação de técnicas diferenciadas dos procedimentos especiais para o procedimento comum, através do método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio da análise dos dispositivos dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015 e pesquisa jurídica doutrinária sobre o tema.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015; Flexibilização Procedimental; Procedimentos Especiais; Cumulação de Pedidos; Técnicas processuais especiais.

Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), iluminado pelos preceitos estabelecidos na Constituição da República de 1988 (CRFB/1988), distanciou-se, ainda mais, da ideia de processo como procedimento inflexível, possibilitando a modulação dos procedimentos e o uso de técnicas mais adequadas para a tutela do direito material.

Nesse contexto, não se pode descurar do relevo conferido pelo legislador ao princípio da eficiência (artigo 8º, do CPC/2015³), sendo este compreendido sob o prisma da concretização do acesso à justiça, consoante a perspectiva da realização prática, eficaz e adequada da tutela jurisdicional emanada do processo.

¹ Mestranda em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Processual Civil e Pós-graduanda em Direito Civil pela UNIDERP. Bolsista pela CAPES.

² Assessora de Juiz no TJES. Mestranda em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Civil e Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela UNIDERP.

³ Art. 8º. CPC. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O acesso à justiça, em sua noção mais contemporânea⁴, vai além de garantir uma simples resposta do Poder Judiciário, pois remete à necessidade de municiar o jurisdicionado com técnicas processuais que assegurem a efetividade dos direitos e o melhor funcionamento da justiça.

Nesta perspectiva, o modelo de flexibilização procedimental adotado pelo CPC/2015, tanto para o juiz, quanto para as partes, é posto em evidência, de modo a permitir a modulação do procedimento às especificidades objetivas e subjetivas da causa.

Em atenção ao exposto, o vigente diploma processual inovou, em seu art. 327, §2º, ao possibilitar a cumulação de pedidos com tipos diversos de procedimentos previstos, admitindo-se o emprego do procedimento comum, sem prejuízo da adoção das técnicas diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos.

Nesse sentido, o objetivo do presente estudo se dirige, especialmente, a tratar da flexibilização procedimental como medida de acesso à justiça, com enfoque na autonomia da vontade das partes, especialmente no que tange à cumulação de pedidos com procedimentos diversos.

Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, através da análise dos dispositivos dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015 e pesquisa jurídica doutrinária sobre o tema.

O contexto da modulação do procedimento no atual Processo Civil constitucionalizado

O Estado liberal clássico estruturava-se na defesa da liberdade individual, com limitação do poder do Estado pelo império da lei (segurança jurídica), a igualdade de todos perante a lei (igualdade formal) e o direito de propriedade. Na verdade, o que se pretendia com o liberalismo clássico era a garantia da liberdade e dos direitos da classe burguesa.

Deste modo, defendia-se que o Estado não poderia dar tratamento diferenciado às pessoas e aos direitos (igualdade formal). Assim, os procedimentos adotados deveriam ser previamente fixados, pois a segurança jurídica tornou-se, a partir desse momento, um valor basilar e fundamental do Estado de Direito Liberal, na medida em que garantia proteção contra a arbitrariedade do poder estatal⁵.

⁴ Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) foram os responsáveis por identificar no movimento de acesso à justiça três barreiras que deveriam ser ultrapassadas para garantir a efetivação dos direitos, através de: a) assistência jurídica para hipossuficientes; b) representação dos direitos difusos; c) incorporação de métodos alternativos de resolução de conflitos e simplificação dos procedimentos. Neste último, se insere o objeto de estudo do presente trabalho.

⁵ Segundo Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 69), a partir da influência das filosofias racionalistas do século XVII, o processo civil elegeu a segurança jurídica como premissa indispensável à idealização de uma tutela jurisdicional eficiente, com "seu núcleo de interesse centrado na concepção de Direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática". Por certo, "ao intérprete não seria dado hermeneuticamente 'compreendê-la' [a lei] mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema 'algébrico' da descoberta de sua 'vontade'" (p. 93. destaques do autor).

Neste sentido, criou-se a falsa ideia de que a melhor forma para se resguardar contra o Estado, por meio da segurança jurídica, seria prever um procedimento único, de maneira a evitar interpretações contrárias aos interesses liberais. Da mesma forma, havia um predomínio da autonomia privada, de forma que o Estado não deveria intervir nas relações entre os indivíduos. Ademais, entendia-se que o procedimento não deveria se preocupar com as questões sociais, relacionadas com o direito material ou com a tutela eficiente, pois seu objetivo precípua era a previsibilidade.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973)⁶ se inspirou tardiamente na fase autonomista ou processualista do processo, ao passo que, na tentativa de se libertar do direito material, assumiu como marca o formalismo exacerbado. Assim, reduziu, em quantidade considerável, o número de procedimentos especiais previstos no Código antecedente, bem como estabeleceu um procedimento ordinário (sumário e ordinário), como suficiente para o processamento das demandas em geral.

A CRFB/1988 iniciou um ciclo de evolução da legislação brasileira, possuindo uma função não só normativa, mas também de influência sobre o legislador na elaboração das normas. Dentro deste contexto, o CPC/2015 participa da evolução legislativa brasileira e inaugura mais uma etapa deste ciclo⁷. O objetivo daqueles que participaram da elaboração da Lei Processual Civil vigente não se limitou a reformar o Código anterior – até mesmo porque este sofreu diversas reformas ao longo dos anos. O escopo dirigiu-se a uma mudança paradigmática e interpretativa, de maneira a adequar o processo e dar efetividade aos valores e garantias constitucionais.

Assim, aprimorada a fase autonomista, percebeu-se no estágio atual do processo civil constitucionalizado que este possui um caráter instrumentalizado, não tendo um fim em si mesmo. As regras procedimentais, portanto, devem ser adequadas e ajustadas, a fim de permitir a tutela do direito no caso concreto, observando as suas especificidades. Os conflitos possuem naturezas variadas, de maneira que as tutelas jurisdicionais se mostram necessariamente distintas, sendo preciso que se adotem meios adequados para atender às diferentes demandas.⁸

⁶ Isto se mostra evidente na exposição de motivos do referido Código ao mencionar que o processo de conhecimento foi elaborado “segundo os princípios modernos da *ciência do processo*”.

⁷ O vigente Código (Lei 13.105/2015) é o primeiro concebido e promulgado em regime democrático, isto porque, em âmbito nacional, apenas tivemos dois outros Códigos de Processo Civil: o de 1939 (Estado Novo) e 1973 (Ditadura Militar). Ao contrário, portanto, dos Códigos de Processo Civil anteriores, os quais foram concebidos em regimes ditatoriais, este contou com a participação da comunidade jurídica e da sociedade civil organizada. A respeito da história do Direito Processual Civil brasileiro, ver Rodrigo Mazzei (2015a).

⁸ Neste sentido, Francesco Carnelutti (2004, p. 194) compara que os litígios são diferentes, assim como as doenças. No entanto, não se questiona que não é possível prescrever para todo enfermo o mesmo método de cura.

A adequação e adaptabilidade do processo⁹, decorrem, mormente, do princípio da eficiência (art. 8º, do CPC/2015)¹⁰, corolário dos direitos fundamentais do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988) e do devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da CRFB/1988).¹¹

A adequação procedimental se justifica pelos sujeitos que compõem a relação processual (adequação subjetiva), pelos objetivos que o procedimento visa alcançar ou que são preponderantes em cada caso (adequação teleológica) ou pelos critérios objetivos do legislador, como a natureza do litígio, a evidência do direito material no processo e a urgência (adequação objetiva)¹².

Apesar de já no CPC/1973 ser possível se falar em adaptabilidade do procedimento, operava-se de forma mais restrita, com adoção de técnicas diferenciadas em determinados dispositivos. Por outro lado, o atual Código de Processo Civil não apenas permite a flexibilização procedimental, mas amplia e evidencia as suas hipóteses e possibilidades, inclusive com a reformulação de institutos já existentes. Exemplo disto é que o Diploma Processual vigente manteve a técnica da tutela provisória de urgência, cautelar ou satisfativa, mas ampliou as hipóteses de incidência da tutela provisória às decisões de natureza declaratória, constitutiva, condenatória, mandamentais e executivas *lato sensu*¹³.

A flexibilização, ao possibilitar um ajuste do procedimento às peculiaridades das partes do processo e do direito material que se discute, revela-se como um proeminente instrumento de acesso à justiça “não apenas da perspectiva da tutela oferecida (ou na óptica do próprio Judiciário), mas com olhos voltados para as necessidades humanas que precisam do Estado-juiz”¹⁴.

Os argumentos contrários à adaptabilidade procedimental giram em torno, sobretudo, da preservação da segurança jurídica – ideia liberal de que é preciso delimitar a liberdade no processo para evitar a arbitrariedade. No entanto, o sistema jurídico constitucional já dispõe de outros meios¹⁵ para evitar os arbítrios ou conter os seus efeitos.

⁹ Fernando Gajardoni (2008, p. 154-155) esclarece: “Fala-se em princípio da adequação para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material; e *princípio da adaptabilidade* (ou da *elasticidade processual*) para designar a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa. A flexibilização do procedimento, assim, é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade (destaques do autor)”.

¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 304) relaciona efetividade e adequação: “Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial.”

¹¹ “Adequação, celeridade e economia contribuem para eficiência da prestação jurisdicional. São *standarts* que se aperfeiçoam a qualidade da atividade judicial. Atrelam-se, portanto, à garantia fundamental de acesso à ordem jurídica justa, prevista no artigo 5º, incs. XXXV e LXXVII, da Constituição Federal. Consequentemente, a adoção do procedimento adequado ao direito material e às peculiaridades do caso concreto é uma garantia constitucional” (CAMBI; NEVES, 2016, p. 630. destaques do autor).

¹² LACERDA, 1976, p. 164-167.

¹³ MAZZEI; GONÇALVES, 2015, p. 108.

¹⁴ CABRAL, 2016, p. 201.

¹⁵ Fernando Gajardoni (2011, p. 173) destaca que “[...] as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade, pelo contraditório obrigatório e pela motivação”.

A flexibilização procedimental é realizada pelo legislador (legal), pelo juiz (jurisdicional) e pelas partes (unilateral e convencional).¹⁶ Neste diapasão, as tutelas provisórias, os procedimentos especiais, a adaptabilidade do procedimento pelo juiz, os negócios jurídicos processuais e a cumulação de pedidos com ritos distintos são exemplos efetivos da *fragilização virtuosa* dos procedimentos diferenciados¹⁷, consolidando os novos paradigmas e voltando-se aos objetivos do processo civil constitucionalizado.

O presente estudo tem como enfoque central a análise da extensão e resultados da flexibilização procedimental no CPC/2015, realizada pelo autor, ao cumular pedidos com procedimentos diversos (art. 327, §2º).

A cumulação de pedidos de ritos distintos: a coexistência de técnicas de procedimentos (art. 327, § 2º do CPC/2015) como forma de flexibilização voluntária

A flexibilização voluntária das regras de procedimento no CPC/2015 pode se dar de forma bilateral, pela convenção de negócios jurídicos processuais (arts. 190 e 191), ou, de modo unilateral, pela cumulação de pedidos de ritos distintos compatíveis, possibilitando-se a importação de técnicas especiais para o procedimento comum, a partir da recente previsão do art. 327, §2º.

A eficiência da tutela jurisdicional, como já verificado, constitui meta a ser alcançada pelo CPC/2015. Nesse sentido, a proposta de flexibilização procedimental através da possibilidade de cumulação de pedidos de ritos distintos confere ao jurisdicionado verdadeira resposta aos problemas de acesso formal à justiça, traduzindo-se numa tutela adequada, efetiva e tempestiva.

Com efeito, o diploma processual vigente inova ao permitir a importação de técnicas processuais diferenciadas para o procedimento comum, conforme prevê a parte final do art. 327, § 2º¹⁸. Infere-se, portanto, que o referido dispositivo recebe influência, também, do

¹⁶ Em classificação próxima, Fredie Didier Jr. (2017, p. 130), ao tratar do princípio da adequação, afirma que este pode ser visualizado em três dimensões: "a) legislativa, como informador da produção legislativa das regras processuais; b) jurisdicional, permitindo ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa que lhe é submetida; c) negocial: o procedimento é adequado pelas próprias partes, negocialmente."

¹⁷ Neste ponto, fazemos alusão à fragilização virtuosa do sistema codificado referindo-se ao movimento dos microssistemas e advento dos "códigos abertos" e a principalização do direito, no qual o aspecto virtuoso está justamente na possibilidade de adaptação dos novos diplomas e institutos jurídicos à realidade concreta do direito (ZANETI JR., 2014, p. 230-233). Da mesma forma, portanto, seria a fragilização virtuosa do procedimento, o qual permite, por meio da sua flexibilização, que seja adaptado ao direito material e às particularidades da demanda. Neste sentido, sendo possível a modulação do procedimento comum por meio de várias técnicas, os procedimentos diferenciados típicos (procedimentos especiais) perdem força.

¹⁸ Art. 327. CPC. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. [...] § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

princípio da adaptabilidade do procedimento, muito embora, grande parte da doutrina não lhe tenha dado relevância devida ao tratar da flexibilização procedimental.

Para Fredie Didier Jr.¹⁹, a previsão do art. 327, § 2º do CPC/2015 leva à conclusão de que o procedimento comum é receptivo à incorporação de técnicas diferenciadas, originalmente pensadas para os procedimentos especiais. E completa:

Essa cláusula geral pode ser fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento. De todo modo, ao menos há uma certeza: o procedimento comum, no processo civil brasileiro, não é xenófobo e, por isso, não é rígido.

Nesse ponto, mister salientar que, sob a égide do CPC/1973, Barbosa Moreira²⁰ classificou os procedimentos especiais como: a) aqueles que não possuem identidade com o procedimento ordinário devido às peculiaridades do direito material; b) aqueles que começam como especiais e migram para o procedimento ordinário; e c) aqueles que se configuram como uma cautela.

Desse modo, constata-se que, antes mesmo do CPC/2015, existiam técnicas processuais dentro de um procedimento que não é, de fato, especial. E a nova codificação processual buscou aprimorar esse sentido ao excluir alguns procedimentos que previam apenas uma técnica processual específica, todavia, não o fez em relação a outros, como é o caso das ações possessórias (que de “especial” possuem apenas a técnica processual da liminar de força nova do art. 562), em que faltou interação com o direito material.

Ocorre que, diante da proposta de flexibilização procedimental consolidada no CPC/2015, o procedimento comum perde sua rigidez e tem o seu alcance ampliado na busca pela satisfação do direito material. Nesse sentido, os procedimentos especiais se tornam menos relevantes em relação ao contexto do formalismo do CPC/1973.

Assim, em diálogo com o CPC/2015, Rodrigo Mazzei²¹ propõe uma releitura sobre a supracitada classificação, dividindo os procedimentos especiais, com base nas técnicas utilizadas, em quatro classes, quais sejam: a) aqueles que não possuem identidade com o procedimento ordinário devido às peculiaridades do direito material, a exemplo do inventário e partilha; b) aqueles que começam como especiais e migram para o procedimento ordinário, constituindo-se, portanto, de uma *fase diferenciada*, a exemplo da fase autocompositiva das ações da família (arts. 693 a 696); c) aqueles que possuem uma *técnica diferenciada*, a exemplo da liminar de força nova da ação possessória (arts. 560 a 566); d) aqueles que possuem uma técnica ou fase diferenciada que não pode ser isolada, a exemplo da ação monitoria.

Percebe-se, portanto, que Rodrigo Mazzei manteve a classificação dos procedimentos especiais que não possuem identidade com o procedimento ordinário devido às peculiaridades do direito material e que começam como especiais e migram para o procedimento ordinário.

¹⁹ DIDIER JR., 2017, p. 649.

²⁰ MOREIRA, 1997, p. 7.

²¹ MAZZEI, 2015b.

Diferentemente de Barbosa Moreira, o autor não subdividiu os procedimentos especiais em uma espécie que se configura como cautela, porque, após o advento do art. 273 do CPC/1973 (tutela cautelar geral) tal classificação perdeu o sentido e, com ainda mais razão no CPC/2015, que excluiu o processo cautelar.

Ademais, Rodrigo Mazzei identificou uma quarta classificação, referente às técnicas processuais diferenciadas, presentes nos procedimentos especiais que poderiam ser comuns. Além das ações possessórias, outro exemplo é o procedimento dos embargos de terceiro (arts. 674 a 681) cujo diferencial é apenas uma técnica que é a própria tutela antecipada do bem constricto.

A partir do exposto e diante de uma análise orgânica do art. 327 §2º e de todo ordenamento jurídico, forçoso concluir pela possibilidade de importação para o procedimento comum das fases ou técnicas especiais que podem ser destacadas dos procedimentos especiais (itens b e c).

Por se tratar de modalidade de flexibilização voluntária, como dito, é faculdade do autor ²² que, uma vez preenchidos os requisitos, ele poderá optar: a) pela cumulação dos pedidos, adotando-se técnicas procedimentais distintas na mesma ação; b) pela cumulação de pedidos, adotando-se o procedimento comum para todos os pedidos; ou, ainda, c) ajuizar uma ação para cada pedido.

Merece destaque, também, que, em alguns casos, não existe apenas um procedimento capaz de satisfazer os interesses do demandante, podendo escolher aquele meio que entender mais conveniente (opcional). Nestes casos, é mais concebível que se aplique a regra da conversabilidade do procedimento em comum, com adoção de técnicas de procedimentos especiais. São exemplos de procedimentais especiais opcionais a ação de consignação em pagamento, o mandado de segurança²³ e as ações possessórias²⁴.

A princípio²⁵, a cumulação de pedidos com procedimentos distintos deve respeitar os requisitos do parágrafo primeiro do art. 327 do CPC/2015, de modo que devem ser compatíveis entre si, ter o mesmo juízo como competente para conhecer dos pedidos, bem como que o(s) procedimento(s) adotado(s) deve(m) ser adequado(s) aos pedidos. Ademais, a adaptação do procedimento comum com o emprego de técnicas ou fases dos procedimentos especiais, não se restringe àqueles codificados, sendo requisito apenas, nestes casos, a compatibilidade de adoção de ritos distintos.²⁶

²² QUEIROZ, 2016, P. 175-176.

²³ “[...] parece-nos inteiramente possível a cumulação da pretensão mandamental, própria para ser reduzida em ação de mandado de segurança, com pretensão condenatória de reparação de danos referente a períodos pretéritos à impetração e que são decorrentes do ato coator cuja ilegalidade se pretende fazer cessar. Quanto à pretensão mandamental, já que em torno da mesma é dispensada a produção de outras provas que não a documental acostada à inicial, pode o juiz se valer da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito, prosseguindo o processo em relação à pretensão de condenação.” (MAZZEI; GONÇALVES, 2015, p. 113).

²⁴ “O autor de uma ação possessória relativa a determinado bem imóvel pode cumulá-la à ação reivindicatória referente ao mesmo bem, desde que o fundamento do direito de posse não seja a propriedade, pois não se aplica a este caso a proibição constante do art. 557, do CPC/2015” (QUEIROZ, 2016, p. 175-176).

²⁵ Utilizamos da expressão “a princípio”, pois entendemos pela possibilidade de flexibilização judicial dos requisitos legais (art. 139, IV, do CPC/2015), se assentada na maior efetividade da tutela jurisdicional e respeitado o contraditório e o dever de fundamentação.

²⁶ Neste sentido é o Enunciado n. 506 do FPPC: “A expressão “procedimentos especiais” a que alude o §2º do art. 327 engloba aqueles previstos na legislação especial” (Grupo: Impacto nos Juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante).

Breve fechamento

Diante da necessidade de compreender organicamente o artigo 327, §2º, do CPC/2015, através da influência das normas fundamentais do próprio diploma processual, como também da CRFB, o estudo acerca da possibilidade de ajuizamento de ação pelo procedimento comum, com emprego de técnicas diferenciadas originalmente pensadas para os procedimentos especiais, revela-se um importante instrumento para a concretização da efetividade jurisdicional.

Conclui-se, portanto, que a importação de técnicas processuais dos procedimentos especiais para o procedimento comum denota absoluta sintonia com os preceitos adotados pelo CPC/2015, impondo uma percepção renovada sobre o tema, que não pode ser olvidada pela comunidade jurídica, sob pena de negar a proposta de flexibilização procedimental perpetrada pela nova codificação processual.

Referências

- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Barril de Macêdo; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 190, p. 163-178, 2011.
- LACERDA, Galeno. O Código como Sistema Legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário*, Porto Alegre, 1976.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 298–338, abr./jun., 2003.
- MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou “estória”) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO, Lucas

- Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Doutrina Seleccionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1. (2015a).
- _____. Procedimentos especiais no novo CPC. Programa Mesa Redonda nº 20 do Falando de Processo com MAZZEI, Rodrigo; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos; CALMON, Rafael; CARVALHO, Antonio. Transmitido ao vivo em 28 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ouRN6dQS0v0>>. Acesso em: 11 abr. 2017. (2015b).
- _____; GONÇALVES; Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais. In: Cassio Sarpinella Bueno. (Org.). PRODIREITO. Direito Processual Civil. Programa de atualização em Direito: Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana, p. 97-128, 2015. v. 2.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- QUEIROZ, Pedro Gomes de. A cumulação de pedidos relativos ao direito de família no CPC/2015. In: DIDIER JR, Fredie (coordenador geral); TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (coords.). Famílias e Sucessões (Coleção Repercussões do Novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2016. v. 15.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

As técnicas coercitivas no Código de Processo Civil de 2015: a exigência de “sinais exteriores de riqueza” do devedor para aplicação do art. 139, IV

Francisco Vieira Lima Neto¹

Myrna Fernandes Carneiro²

Resumo: O novo Código de Processo Civil – CPC/15, através do art. 139, IV, ampliou a possibilidade de uso de meios coercitivos atípicos (ou meios de “execução indireta”) para além das execuções de fazer e não fazer, a que outrora se circunscreviam por força do art. 461, §5º do CPC/73. É importante examinar, para correta compreensão e aplicação da nova cláusula geral de atipicidade dos meios executivos contida no referido art. 139, IV tanto a evolução da denominada “execução indireta” nos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, quanto as influências estrangeiras absorvidas pelo legislador brasileiro para criação do novo dispositivo. Mais do que isso, é crucial amoldar o art. 139, IV do CPC/2015 às normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias fundamentais em matéria processual e analisar criticamente a jurisprudência até então produzida sobre o tema, propondo um requisito a ser observado para que as medidas coercitivas sejam aplicadas às obrigações de pagar de forma a concretizar direitos fundamentais processuais: a exigência de “sinais exteriores de riqueza” do devedor.

Palavras-chave: Técnicas coercitivas; Direitos fundamentais processuais; Sinais exteriores de riqueza.

A busca pela efetividade: breve histórico da ‘execução indireta’

O fato de a tensão entre efetividade x segurança jurídica ter sido sempre decidida em favor da última durante a fase do *processualismo*, atrelado a outras questões externas ao processo, produziu verdadeira crise da justiça em razão da morosidade com que as regras jurisdicionais eram conferidas às partes interessas. “Demorar, sem justa causa, na prestação da tutela jurídica efetiva a quem tem, constitucionalmente, o direito de obtê-la, equivale a denegá-la, na ordem prática” (THEODORO Jr., 2009, p. 243).

¹ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP; Professor na Graduação em Direito e no Mestrado em Processo da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES e Procurador Federal.

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade Anhuera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada e Professora da Faculdade Castelo Branco.

Como aponta Guilherme Rizzo Amaral (2008, p. 233), “é o engessamento das técnicas de tutela que contribui para a injustiça e a debilidade do processo, seja para o autor, seja para o réu”, pois predefinir todas as etapas de um “programa processual” como único meio de realizar o direito material “significa algemar o juiz e torná-lo mero espectador ou fiscalizador do funcionamento débil do aparato processual”. Na fase do processualismo, este foi o modelo vigente, em que “a tarefa do juiz, então, cingia-se a descobrir a ‘vontade concreta da lei’” (MITIDIERO, 2005, p. 37-38).

Este modelo burocrático de processo se mostrou insuficiente para garantir a realização do direito daquele que tem razão por inúmeras razões. Primeiro porque, em muitos casos, somente através da conduta do próprio executado se pode atingir, através do processo, o resultado mais próximo possível daquele que se teria produzido caso não tivesse ocorrido a crise de inadimplemento [do direito material].

Segundo porque, o rito longo e predefinido – portanto, previamente conhecido pelo devedor – permitia a ele se preparar para os atos por vir, de forma que, quando atingido o momento de sua realização, não são mais capazes de produzir resultados eficazes.³

Essas constatações demonstraram a insuficiência do modelo tradicional de execução direta, em que o Estado substitui a vontade e a ação do devedor, e a necessidade de desenvolver mecanismos que tivessem o condão de induzir o devedor a praticar a conduta que lhe é exigida, gerando um resultado prático o mais equivalente possível ao que teria advindo do adimplemento espontâneo e voluntário em menor espaço de tempo.⁴

Assim, várias foram as leis editadas para remodelar os procedimentos previstos pelo CPC/73 em nome da efetividade, a que aqui nos referimos de forma simples como o direito aos “meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado”, assim entendidos como aqueles meios que têm “aptidão para propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática de sua vitória”. (ZARIF, 2006, p. 141)

Nesta ótica, por exemplo, foi generalizada a possibilidade de antecipação de tutela através do artigo 273 do CPC/73 pelas Leis 8.952/1994 e 10.444/2002; foi prevista a possibilidade de imposição de astreintes⁵ para coerção do devedor (artigo 461, §4º, por exemplo, inserido através da Lei 8.952/1994); foram reunidas a atividade cognitiva e a atividade executiva num mesmo processo sincrético (Lei nº. 11.232/2005) e foi, ainda, encampada a possibilidade de o juiz decidir, à luz do caso concreto, quais meios coercitivos são hábeis a compelir o devedor a cumprir obrigação de fazer ou não fazer (através da inclusão do §5º do art. 461

³ Nas palavras de Eduardo Talamini (2016, p. 20), “mesmo quando há, em tese, a possibilidade de sub-rogação, as providências substitutivas de conduta [do executado] tendem a ser onerosas e demoradas”.

⁴ Acerca do assunto, assinala Narda Roberta da Silva que “não basta que a decisão seja apenas proferida. A ordem jurídica deve prever mecanismos processuais cuja finalidade seja garantir o cumprimento efetivo e específico do comando judicial e, assim, realizar uma prestação jurisdicional adequada, efetiva, justa e tempestiva” (SILVA, 2011, p. 668). É esta a ótica que em grande parte se orientou a reforma da legislação processual.

⁵ Segundo Araken de Assis (ASSIS, 2008, p. 133), a astreinte é multa periódica imposta ao devedor com o objetivo de fazê-lo cumprir a ordem judicial, caracteriza pelo exagero do algarismo e pela ausência de limites temporais.

pela Lei nº. 8.952/97 e posterior alteração pela Lei nº. 10.444/2002), abrindo um novo leque de possibilidades para a concretização do direito material no plano fático.

Superando o antigo brocardo liberal *nemo potest cogi ad factum*, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a praticar um ato, observou-se que o direito de liberdade do executado se opõe, na execução, ao direito à tutela efetiva, adequada e tempestiva do exequente.⁶ Tem-se, portanto, um choque de direitos fundamentais, não podendo o direito à liberdade exsurgir sempre e aprioristicamente como o vencedor de forma a não se justificar qualquer abrandamento seu.

Abriu-se espaço, assim, para o crescimento da chamada “execução indireta”, que Luiz Rodrigues Wambier (2008, p. 334) a define como “o uso de mecanismos destinados a pressionar psicologicamente o devedor, a fim de que ele mesmo satisfaça a obrigação (*rectius*: dever)”.

No mesmo sentido, Marcelo Abelha (2015, p. 44) define o instituto como o conjunto de “meios coercitivos impostos com o desiderato de compelir o executado a adimplir o dever ou obrigação”.

Verifica-se, portanto, que a diferença fundamental entre a execução indireta e a direta consiste em que nessa última as medidas empregadas pelo juiz realizam, elas mesmas, a tutela executiva (vale dizer, a satisfação coativa do credor), enquanto na execução indireta a tutela realiza-se sempre com o cumprimento pelo próprio devedor da obrigação, embora induzido pela imposição de medidas coercitivas. (GUERRA, 1999, p. 28). A execução indireta trata de adimplemento voluntário, embora não espontâneo, pelo próprio devedor.

O ápice do reconhecimento da execução indireta, sob a égide do Código anterior, se deu com a inclusão do já referido §5º no art. 461, que dispunha, com a redação que lhe fora dada pela Lei nº. 10.444/2002, que:

Art. 461. [...]

§5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

Trata-se, como pontuou Marcelo Guerra (1999, p. 61), de verdadeira “norma de encerramento” a consagrar a *atipicidade dos meios coercitivos* na execução das obrigações de fazer e não fazer. Não estava o juiz, para atingir o cumprimento deste tipo de obrigação, vinculado a medidas prévia e taxativamente previstas pela própria legislação, aprioristicamente.

⁶ Desde o Código de Napoleão proibiu-se o atingimento da incolumidade física para cumprimento de obrigações, consagrando-se a máxima de que não se pode constranger alguém a um fazer que não queira voluntariamente realizar: trata-se da máxima *nemo potest cogi ad factum*. Criticando a suposta ilicitude deste constrangimento do devedor, Luiz Machado Guimarães, citado por Araken de Assis (2004, p. 08) há muito já assinalava que “parece evidente que nada há mais lícito do que exigir do devedor que cumpra a prestação a que se obrigou”.

Cabia-lhe definir, em cada caso concreto, a(s) medida(s) que se mostrasse(m) mais adequada(s) a constranger o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação – à evidência, não se trata de poder discricionário do juiz desvinculado de quaisquer critérios, devendo ser obedecidos alguns requisitos para a imposição de medidas coercitivas; a discussão acerca de tais requisitos, inclusive, é o cerne deste trabalho.

Como destaca Guilherme Rizzo Amaral (2008, p. 177), o referido dispositivo possui uma “instabilidade virtuosa”, uma “adaptabilidade, maleabilidade frente à eventual resistência ao seu cumprimento verificada no plano real”, indo ao encontro da efetividade tão buscada através das sucessivas reformas da execução.

Esta possibilidade, contudo, não havia chegado à execução de pagar quantia que abarrotam o Poder Judiciário. Segundo Amaral (2008, p. 178), a natureza das obrigações submetidas à técnica de tutela condenatória não é, em si, incompatível com a adoção de medidas coercitivas voltadas a coagir o devedor a cumprir pessoalmente a obrigação [no caso, de pagar], existindo, na verdade, incompatibilidade legislativa.

Assim, surgindo alteração legislativa que passasse a permitir a adoção de medidas coercitivas nas execuções de pagar quantia, poder-se-ia superar o único óbice até então existente para a concretização da chamada “execução indireta” nas obrigações de pagar: a falta de expressa previsão legal.

Dentro deste cenário, foi inserido no Código de Processo Civil de 2015 o art. 139, IV, que permite ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, *inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*”. (grifos nossos).

O novo Código como um todo é marcado pelo “empenho pela aceleração”, (DINAMARCO, 2016, p. 43)⁷ como se pode ver na disciplina de muitos institutos como a tutela de evidência (art. 311) e a estabilização das tutelas antecipadas (art. 304) além de, é claro, do novo regramento acerca da imposição de medidas coercitivas voltadas ao cumprimento da decisão judicial (art. 139, IV do CPC).

O tratamento da matéria no CPC/15

O novo Código, avançando em relação ao tratamento legislativo anterior da matéria, não trouxe a cláusula de atipicidade de meios coercitivos em capítulo referente a processos de execução ou ao cumprimento de obrigações, e sim em capítulo referente aos “*poderes, deveres e responsabilidade do juiz*”, a saber, Capítulo I do Título IV (Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça) do Livro III (Dos Sujeitos do Processo).

⁷ Com efeito, foram expressamente declarados cinco objetivos perseguidos pelo novo Código Processual, como pontua Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 42): (a) o da harmonia com a Constituição Federal; (b) o da fidelidade ao contexto social, com maior aderência possível às realidades subjacentes ao processo; (c) o da simplificação dos procedimentos, eliminando formalidades ou atos desnecessários ou inúteis; (d) o do maior rendimento possível, para otimização dos resultados de ‘cada processo em si mesmo considerado’, e (e) o de ‘imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe assim maior coesão’.

Repita-se sua redação:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Até então as medidas coercitivas eram instituto afeto às execuções (quer se lhes reconhecesse a natureza de “verdadeira” execução ou não⁸), visto que previstas especificamente para este tipo de atividade (executiva). Daí a razão, aliás, de terem sido agrupadas sob o rótulo de *execução* indireta.

Hoje, tanto a topografia da referida norma de encerramento (na parte geral do Código), como sua redação – que permite ao juiz eleger e aplicar meios coercitivos necessários “para assegurar o cumprimento de ordem judicial” sem restringi-los a um tipo específico de “ordem judicial” – sugerem que podem os meios coercitivos ser aplicados para assegurar o cumprimento de *qualquer* ordem judicial – como, por exemplo, a ordem a um terceiro a fim de que exhiba documento ou coisa para instrução do feito – e não só às ordens dirigidas ao devedor para que cumpra a obrigação em favor do credor.

Esta ideia, segundo pensamos, condiz tanto com a influência do *contempt of court* na construção do modelo brasileiro de técnicas de coerção, como com a influência do Direito Francês. Acerca da amplitude do *contempt of court*, destaca Marcelo Lima Guerra (2009, p. 93) que:

Como regra geral, somente quem é parte em um determinado processo pode ser considerado em *contempt of court*. Há hipóteses, no entanto, em que se tem reconhecido, também, que a conduta de terceiros pode ser considerada como *contempt*. Exemplos dessa espécie são os casos de comentários veiculados pela imprensa sobre processos em curso, assim como as situações em que terceiros, cientes da existência de uma determinada ordem judicial, ajudam a parte a descumprida.

Já no Direito Francês se verificou a ampliação da abrangência das astreintes, por reforma legislativa, para que viessem a ser aplicadas também para fins instrutórios do processo (“astreintes internas ao processo”) e para medidas de caráter provisório (cautelar ou antecipatório), extrapolando a atividade de natureza executiva (TALAMINI, 2003, p. 55).

E, independentemente de qualquer influência do direito estrangeiro, a interpretação ora preconizada do art. 139, IV do CPC/15 é compatível com a preocupação ética do processo que foi resgatada pela CF/88. Na esteira da nova ordem constitucional, o CPC/15 positivou

⁸ Parte da doutrina se inclinava no sentido de reconhecer que a coerção também fazia parte da atividade executiva, tendo natureza de verdadeira execução, enquanto outra parte se posicionava no sentido de que executar é substituir a vontade do devedor pela do Estado e, portanto, afirmava que apenas os meios sub-rogatórios (e não os coercitivos) tinham real natureza de execução (TALAMINI, 2003, p. 172 para melhor exposição da controvérsia).

o princípio da cooperação, que exige que *todos aqueles que participam do processo* ajam segundo os ditames da boa-fé objetiva, e não só as partes.

Assim, mantemos o uso da expressão “execução indireta” neste artigo apenas porque nosso escopo atual é tratar da aplicação da técnica de coerção à atividade executiva (especialmente a voltada ao cumprimento das obrigações de pagar), e não porque a técnica esteja legalmente adstrita a este tipo de atividade.

Punição x Coerção

Como adiantado acima, a “execução indireta” é instituto deveras influenciado pelo direito estrangeiro, notadamente pelo *contempt of court* oriundo do *common law* inglês e norte-americano e pelas *astreintes* do direito francês.

O *contempt of court* é instrumento destinado a resguardar a autoridade da Corte, reconhecendo o desacato por parte daquele que descumpre a ordem judicial emanada contra si e sancionando através de três modalidades de sanções:

[...] punitivas, para os casos de *criminal contempt* a fim de reivindicar sua autoridade; coercitivas, para os casos de *civil contempt*, uma vez que estes objetivam impor o cumprimento de suas ordens; e medidas compensatórias, *compensatory relief*, no caso de danos imediatos sofridos pela parte. (LIMA Neto e BARBOSA, 2011, p. 07)

Neste sistema não há, ainda, prévia definição das medidas que podem ser tomadas pelo juiz, a quem é conferido o poder-dever de defini-las no caso concreto, consagrando a atipicidade.

Já as *astreintes* do direito francês são meio típico de constranger o devedor a cumprir a decisão judicial contra si proferida e têm a natureza de “pena privada, uma vez que a quantia devida em razão de sua decretação é entregue ao credor” e são, por definição, medida coercitiva, “cujo único objetivo é pressionar o devedor para que ele cumpra o que lhe foi determinado por uma decisão condenatória” (GUERRA, 1999, p. 115 *usque* 117):

Embora o tratamento legislativo da matéria no CPC/2015 não evidencie a opção por um ou outro sistema, e sim a criação de um modelo próprio de “execução indireta” com características de ambos os institutos estrangeiros acima expostos em linhas breves, uma constatação é indiscutível: tal como no *civil contempt of court* e no Direito Francês, no modelo brasileiro de execução indireta consagrado no art. 139, IV do CPC/2015 o objetivo é o mesmo: a *coerção* de alguém ao cumprimento da ordem judicial emanada contra si.

Para a *punição* de descumprimento de decisões judiciais o CPC/2015 possui outras regras que, por certo, podem ser aplicadas cumulativamente às técnicas do art. 139, IV a depender dos contornos do caso concreto. Neste ponto, absorveu-se a influência do *contempt of court*, em que também se verifica a esta possível cumulação de medidas (LIMA NETO; BARBOSA, 2011, p. 05).

É característica do novo modelo brasileiro a *cumulatividade* das consequências punitivas e coercitivas do não atendimento da ordem judicial não porque o art. 139, IV possua esta

dupla finalidade, e sim porque ao lado de sua finalidade *coercitiva* existem outras regras no mesmo Código com finalidade punitiva. É deveras importante assentar, portanto, que a finalidade do art. 139, IV é precipuamente *coercitiva*.

A vinculação do art. 139, IV a esta finalidade [coercitiva] é extraível não só da interpretação histórica do instituto – que encerra as tentativas de generalizar o que antes estava adstrito às obrigações de fazer e não fazer, acolhendo a orientação da melhor doutrina que há muito criticava a diferenciação de tratamento – como de sua simples leitura, visto que o dispositivo enumera inúmeras “categorias” de medidas, sem se referir à categoria punitiva (fala-se em medidas *indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias*).

A incompreensão desta natureza [coercitiva] do instituto, como se demonstrará, acarreta graves restrições à liberdade do devedor sem que, em contrapartida, seja garantia a tutela efetiva, adequada e tempestiva ao credor, de forma que ao invés de concretizar direitos constitucionais processuais (do credor), a medida apenas ofende direitos constitucionais processuais (do devedor).

Os requisitos necessários para aplicação da técnica coercitiva

Como aponta Marcelo Guerra (1999, p. 37), a finalidade coercitiva das medidas “assinala um limite fundamental à sua aplicação. É que, não tendo nenhuma finalidade punitiva, tais medidas só podem ser aplicadas enquanto ainda é possível a realização da prestação devida pelo obrigado”. A mesma visão é compartilhada por Guilherme Rizzo Amaral (2008, p. 153) para quem, por exemplo, “a multa fixada contra devedor insolvente é inadequada, pois é incapaz de atingir o fim almejado”.

Na mesma esteira, salienta Luiz Rodrigues Wambier (2008, p. 355) que “as providências adotadas devem guardar relação de *utilidade*, adequação e proporcionalidade com o fim perseguido”, sendo certo que a medida coercitiva é inútil se o devedor não tiver condições de cumprir a ordem judicial.

No mesmo sentido se posiciona Eduardo Talamini (2016, p. 24) para quem as medidas só se justificam quando vinculadas instrumentalmente à perspectiva de cumprimento.

Vale dizer, há um *marco temporal* envolvido na diferenciação da natureza de uma medida imposta ao réu em função do descumprimento de uma ordem judicial:⁹ se a medida lhe é imposta *antes* do descumprimento (ou da reiteração do descumprimento que se quer evitar) visando sua inibição, trata-se de medida coercitiva, submetida ao art. 139, IV que, portanto, pode ser definida no caso concreto pelo juiz.

⁹ Assim já entendia José Miguel Garcia Medina sob a égide do CPC/73, confrontando o antigo art. 14 (litigância de má-fé) e os artigos 461 e 461-A do CPC (sistema de medidas coercitivas atípicas): “a multa tratada no art. 14 do CPC tem caráter punitivo, e não coercitivo – tal como ocorre nos casos dos artigos 461 e 461-A do CPC. O juiz fixará a multa mencionada no art. 14 após o descumprimento da decisão judicial, enquanto no caso dos arts. 461 e 461-A a multa é fixada antes, para compelir a parte a cumprir a decisão. (MEDINA, 2005, p. 217).

Se, contudo, a medida é imposta *depois* do descumprimento com o propósito de punir o descumpridor da ordem, trata-se de medida punitiva que não tem amparo no referido art. 139, IV do CPC/15 e que, por consequência, não pode ser definida à luz do caso concreto pelo juiz. As medidas punitivas passíveis de ser aplicadas àquele que descumpra a ordem judicial com o fito punitivo estão previamente definidas na legislação, a quem se vincula o juiz.

Em suma, a coerção é atípica; a punição é típica.

A observância da finalidade da medida imposta – se coercitiva ou punitiva – serve, portanto, para que se verifique a legitimidade das decisões judiciais proferidas sobre a matéria e para que se resguardem os direitos fundamentais dos envolvidos, do que o processo não pode se dissociar.

Se, invocando o art. 139, IV do CPC se pretender impor uma medida constrictiva de liberdades ou outros direitos fundamentais não tipificada legalmente com a finalidade de *punir* o descumpridor de uma ordem judicial, ter-se-á verdadeira inconstitucionalidade, pois não haveria, como contraponto à restrição de direitos fundamentais do devedor, o escopo de garantir direito fundamental do credor (à concretização da decisão judicial proferida em seu favor no mundo dos fatos).

Fincada esta premissa, faz-se possível definir alguns requisitos necessários à aplicação do referido dispositivo: (a) observância de razoabilidade e adequação na definição da medida a ser imposta, que não deve sacrificar bem jurídico substancialmente mais relevante do que aquele que se visa proteger (TALAMINI, 2016, p. 22-23 e 26) e deve guardar relação com as circunstâncias do caso discutido; (b) observância de prévio contraditório, ainda que em prazo bastante reduzido, permitindo-se ao devedor opor-se às medidas que se pretende impor contra ele (TALAMINI, 2016, p. 30)¹⁰ e (c) possibilidade prática de cumprimento da medida, pois se trata de “mecanismo essencialmente pragmático” (TALAMINI, 2016, p. 24).

Desta forma, se no curso de uma execução de obrigação de fazer até então inadimplida pelo devedor vier a se tornar impossível o cumprimento da obrigação por não existir mais a possibilidade fática do fazer, injustificada seria a imposição de quaisquer medidas atípicas contra o devedor para o caso de persistir no descumprimento da ordem, pois não depende de sua vontade cumpri-la se o cumprimento for, de fato, impossível.

Mais delicada é a verificação da possibilidade de cumprimento da obrigação pelo devedor nas obrigações de pagar, e a análise de alguns casos selecionados dentro do mesmo Tribunal evidencia a falta de uniformidade na aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 a casos de notória similitude fática, afrontando o art. 926 do mesmo diploma que exige estabilidade, integridade e coerência na jurisprudência dos Tribunais.

¹⁰ “O contraditório [...] constitui uma verdadeira garantia de não-surpresa, que ‘impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de toda as questões’”. (THEODORO Jr., 2009, p. 254) Esmiuçando a garantia do contraditório, o Código esclarece que este direito ao debate será sempre prévio à decisão, salvo nos casos excepcionais de tutelas de urgência e de emergência (CPC/2015, art. 9º). Acerca da necessidade de contraditório prévio para a imposição de medidas coercitivas, destaca Antônio do Passo Cabral (2010, p. 195): “O exercício do poder não pode ser arbitrário e sua legitimação decorre do procedimento participativo. Proíbe-se o arbítrio, somente sendo legítima uma decisão coercitiva caso haja participação daqueles que podem sofrer suas consequências”.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

O Tribunal de Justiça de São Paulo fornece claro exemplo do perigo residente na aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 sem a observância de critérios objetivos vinculados à função coercitiva da nova norma de encerramento.

Perante o referido Tribunal foram decididos alguns casos em que exequentes, em execuções de pagar quantia certa, requereram a imposição aos executados das mesmas três medidas: suspensão da carteira nacional de habilitação (CNH), apreensão do passaporte e bloqueio de cartões de crédito. Trata-se do *habeas corpus* nº. 2183713-85.2016.8.26.0000, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcos Ramos e dos agravos de instrumento nº. 2063499-31.2017.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rui Cascaldi e 2113286-29.2017.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Erickson Gavazza Marques.

O fundamento invocado pelo exequente para requerer a imposição das medidas, em todos os três casos, é que a execução se arrastava há muitos anos sem que tenha sido possível a satisfação do crédito pela execução direta (ou seja, pela substituição da vontade do executado pela atuação do Estado). Em suma, realizadas buscas de bens, nada foi encontrado.

Nada mais foi alegado pelos exequentes. Não há discussão, nos arestos oriundos do Tribunal resolvendo os referidos casos, acerca do *motivo* pelo qual as execuções estavam insatisfeitas: (a) se por ardil ou má-fé do devedor que se furta de cumprir sua obrigação mesmo possuindo condições financeiras para tanto ou (b) se por falta de condições financeiras do devedor para pagar o que deve. Neste último caso, configura-se a impossibilidade fática, real, concreta de cumprimento da obrigação de pagar, de forma que nenhuma medida será capaz de constranger o devedor a cumpri-la, pois está fora de seu alcance.

A imposição de quaisquer das medidas restritivas de liberdade aos casos em questão, portanto, demonstra apenas cunho punitivo, e não coercitivo, pois não há coerção diante de impossibilidade real de cumprimento da obrigação.

E, mesmo assim, eis o resultado do julgamento nos casos destacados: (1) no julgamento do *habeas corpus* nº. 2183713-85.2016.8.26.0000 todas as medidas antes deferidas pelo juízo de piso foram afastadas; (2) no julgamento do agravo de instrumento nº. 2063499-31.2017.8.26.0000 todas as medidas foram deferidas, ressalvando-se apenas a possibilidade de uso do cartão na modalidade "débito" pelo executado e (3) no julgamento do agravo de instrumento nº. 2113286-29.2017.8.26.0000 foi mantida a decisão de piso apenas no tocante ao bloqueio dos cartões de crédito do executado, revogando-a quanto à suspensão da CNH e apreensão do passaporte.

Como se vê, foram obtidos três resultados diversos diante do requerimento das mesmas três medidas em ações de mesma natureza (execução de obrigações de pagar) diante do mesmo cenário fático (inadimplemento da obrigação por longo período, já tendo sido tentadas as medidas sub-rogatórias de execução sem sucesso).

E a razão desta divergência na interpretação e aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 se mostra clara diante da leitura dos referidos acórdãos: em nenhum momento se atentou

para o fato de que não foi alegada (muito menos comprovada) pelo exequente que o motivo para a insatisfação da obrigação era a conduta furtiva do devedor que, *mesmo possuindo meios de cumpri-la*, optava por não fazê-lo. É nestes casos em que as medidas coercitivas se mostrarão eficazes, pois só neles há possibilidade de cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor.

E é nestes casos em que o cerceamento de liberdades individuais do devedor poderá ser justificado através da necessidade de garantir o direito fundamental do credor à concretização da decisão judicial favorável a si. Para a mera punição do devedor inadimplente o Código optou por adotar um sistema típico de sanções, não se justificando a imposição de quaisquer medidas atípicas com este desiderato.

Não obstante, as medidas foram avaliadas e deferidas ou não pelo referido Tribunal diante da premissa de que as execuções não haviam sido satisfeitas através dos métodos sub-rogatórios de execução direta, como se bastasse o não pagamento (mesmo que por impossibilidade real por parte do devedor) para a imposição de medidas atípicas com base no art. 139, IV do CPC/2015.

Conclusão: a imprescindibilidade de se observar “sinais exteriores de riqueza” na imposição de técnicas coercitivas

Desta breve comparação de casos com bases fático-probatórias bastante semelhantes e conclusões acerca do art. 139, IV do CPC/2015 bastante diversas já se observa a necessidade de se debruçar sobre o tema para evitar que o novo dispositivo crie terreno fértil para “decisionismos” amparados unicamente na visão subjetiva de justiça de cada julgador.

É necessário que critérios objetivos sejam observados para a correta aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 e um deles, como estabelecido, é a possibilidade real e atual de cumprimento da obrigação pelo devedor quando lhe for imposta a medida atípica.

No caso das obrigações de pagar, o requerimento de tais medidas só será cabível quando o credor alegar e demonstrar que “o devedor não paga por que não quer”, ou seja, que o devedor possui recursos financeiros que lhe permitem cumprir a obrigação, embora não o faça. Este é o meio de o credor demonstrar a possibilidade real e atual de cumprimento da obrigação de pagar pelo devedor, o que é fato constitutivo de seu direito à imposição de medidas coercitivas contra este.

Este requisito deve ser obrigatoriamente exigido do credor, portanto para que o pedido de imposição de medidas atípicas ao devedor possa ser analisado, o que nos leva ao seguinte questionamento: como verificar se existe a possibilidade de cumprimento de uma obrigação de pagar até então inadimplida pelo devedor?

Não se nega a dificuldade de responder a esta pergunta, mas é certo que em outros momentos o aplicador do Direito já se deparou com o mesmo dilema, já existindo conhecidas soluções que podem – e devem – ser trazidas para esta seara para evitar a imposição

de prova diabólica ao credor e, de outro lado, o cerceamento injustificado de liberdades individuais do devedor.

Nas ações de alimentos era e é comum a dificuldade de comprovar que o alimentante tem possibilidade de arcar com o valor da necessidade do alimentando, muitas vezes em razão da obtenção de renda informal por parte daquele. Sendo a possibilidade do alimentante um fato constitutivo do direito do alimentando, recaía sobre este o ônus de comprová-la, o que nos casos de renda informal se transformava em verdadeira prova diabólica.

Diante disso, e sendo certa a possibilidade de flexibilizar a distribuição do ônus da prova,¹¹ a doutrina e a jurisprudência se desenvolveram no sentido de exigir do alimentando apenas a prova de “sinais exteriores de riqueza” do alimentante a fim de formular sua pretensão, cabendo ao alimentante, portanto, o ônus de infirmá-los e demonstrar que não possui a renda que lhe é atribuída pelo alimentando.

Acerca desta possibilidade nas ações de alimentos familiares, lecionam LIMA Neto e CASAGRANDE (2011, p. 128) que:

Excluídos os casos em que a pessoa obrigada é servidor público ou empregado regular, cujos rendimentos são facilmente comprováveis, há inúmeras situações em que o reclamado é profissional liberal ou autônomo, não sendo fácil verificar seus ingressos financeiros. Nessas hipóteses, o magistrado deverá se valer, inclusive, do que Zeno Veloso denomina de ‘sinais exteriores de riqueza’, assim considerados os gastos com cartão de crédito, o custeio de festas e recepções, a vida social intensa, as despesas com férias em locais sofisticados, as viagens internacionais etc.

O mesmo critério é adotado pelo art. 6º da Lei nº. 8.021/1990 para identificação de contribuintes para fins fiscais.¹²

A mesma ideia, segundo pensamos, deve nortear a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015 nas execuções de pagar quantia, mormente quando o estágio atual de desenvolvimento da tecnologia e o uso constante de redes sociais permite aferir, com grande facilidade, sinais exteriores de riqueza incompatíveis com a condição financeira alegada pela parte no processo.

Não se pode exigir do credor que produza prova cabal de que o devedor possui meios de cumprir com a obrigação que lhe foi imposta e, mesmo assim, despreza-a. De outro lado, também não se pode permitir que a mera alegação do credor de que o devedor “não paga porque não quer” seja suficiente para restringir direitos fundamentais do devedor.

Cabe exigir-lhe, portanto, que comprove sinais exteriores de riqueza do devedor a fim de pleitear a aplicação de medidas coercitivas com base no art. 139, IV do CPC/2015.

O mero descumprimento da decisão judicial não permite a aplicação de medidas atípicas com base no art. 139, IV do CPC/2015 porque, repita-se, este dispositivo não tem o objetivo de punir o devedor descumpridor. O dispositivo tem o objetivo de compelir o devedor *que*

¹¹ Atualmente, diante do §1º do art. 373 do CPC/2015 que consagra a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, não há dúvidas quanto à possibilidade aqui proposta.

¹² Art. 6º O lançamento de ofício, além dos casos já especificados em lei, far-se-á arbitrando-se os rendimentos com base na renda presumida, mediante utilização dos sinais exteriores de riqueza. §1º. Considera-se sinal exterior de riqueza a realização de gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte.

tem meios de cumprir a obrigação que lhe é imposta e desdenha da ordem judicial a cumpri-la, mostrando-lhe ser mais vantajoso cumpri-la do que suportar as medidas que lhe poderão ser impostas a título de coerção caso insista em desprezá-la.

Desta forma, o devedor que não paga porque não tem meios de pagar não pode ser atingido por medida atípica lastreada no art. 139, IV do CPC/2015, que deve ser reservada ao devedor que, mesmo recursos suficientes para tanto, deixa de satisfazer o credor.

Como pontua Marcelo Guerra (1999, p. 60), “o principal indicativo da possível *eficácia* de uma medida coercitiva é a *situação concreta do devedor*, com base na qual se pode aferir a capacidade de determinada medida exercer uma pressão psicológica apta a, realmente, induzi-lo ao seu cumprimento”.

Assim, o mero não pagamento da dívida não pode ser entendido como causa apta a viabilizar a imposição de medidas atípicas de cerceamento de liberdades individuais do devedor, o que não vem sendo observado pela jurisprudência de acordo com os exemplos destacados acima.

A exigência de que o credor cumpra o ônus da prova em relação aos sinais exteriores de riqueza do devedor é requisito objetivo que, exigido para fins de aplicação do art. 139, IV do CPC/2015, garante que os direitos fundamentais do devedor só venham a ser restringidos quando for contrapartida necessária, razoável e adequada para garantir direitos fundamentais do credor, inibindo a restrição injustificada, porque punitiva.

O art. 139, IV do CPC não pode ser interpretado como uma “carta branca” ao exequente para requerer, sucessivamente, qualquer medida que lhe venha à mente para forma de tentar receber seu crédito, pois, em direito, como ressalva Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2006, p. 24) “os fins não justificam os meios: o direito material não deve ser realizado à custa dos princípios e garantias fundamentais do cidadão [no caso, do executado]”.

A aplicação do dispositivo da forma ora proposta tem o condão de evitar decisões contraditórias e o indesejado subjetivismo na decisão dos casos concretos, contribuindo para que o art. 139, IV do CPC/2015 venha a ser uma ferramenta útil na busca pela efetividade do processo sem atropelar, no caminho, outros direitos fundamentais.

Referências

- ABELHA, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Cumprimento e Execução da Sentença – sob a ótica do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ASSIS, Araken de. Manual de Execução. 11ª Edição. São Paulo: RT, 2008.
- ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. In: Revista Jurídica, Porto Alegre - RS, v. 318, 2004, p. 07-23.
- CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório (Princípio do). In: Dicionário de Princípios Jurídicos. TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio (Org.). São Paulo: Elsevier, 2011.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil – Vol. I. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016
- GUERRA, Marcelo. Execução Indireta. São Paulo: RT, 1999.
- LIMA Neto, Francisco Vieira e BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. Anotações acerca do contempt of court no direito norte americano. In: Revista de Processo, vol. 192/2011, fev/2011, São Paulo: RT on line, p. 129-165.
- LIMA Neto, Francisco Vieira e CASAGRANDE, Layra Francini Rizzi. Alimentos no Direito de Família – Aspectos Materiais e Processuais. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Novas sobre a Tutela Mandamental e o art. 14, V, e parágrafo único do CPC. In: Execução Civil: Aspectos Polêmicos. Coord.: LOPES, João Batista e CUNHA, Leonardo Carneiro da. São Paulo: Dialética: 2005, p. 203-2017.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: RePro. São Paulo: RT, 2006, p. 08-31.
- SILVA, Narda Roberta da. Possibilidade de execução das astreintes antes do trânsito em julgado. In: Processo Civil: novas tendências – homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. COORD.: JAYME, Fernando Gonzaga et al. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, P. 667-681.
- TALAMINI, Eduardo. Medidas Coercitivas e Proporcionalidade: o caso Whatsap. In: Revista Brasileira da Advocacia – ano 1, vol. 0 (jan-mar). COORD.: YARSHALL, Flávio. São Paulo: RT, 2016, p. 17-43.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, artigos 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2ª Edição. São Paulo: RT, 2003.
- THEODORO Jr., Humberto. Desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: Constituição e Processo – A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro. Coord.: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-264.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de e TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Volume 2: execução. COORD.: WAMBIER, Luiz Rodrigues. 10ª Edição. São Paulo: RT, 2008.
- _____. Disponível em: <<http://www.seteco.com.br/devedores-podem-ter-passaporte-e-carteira-de-habilitacao-apreendidos-valor-economico/>>. Acesso em 15.10.2017.

Tutela Processual Coletiva: os impactos e novidades do novo Código de Processo Civil

Gilberto Fachetti Silvestre¹

Guilherme Valli de Moraes Neves²

Gabriela Azeredo Gusella³

Resumo: O objetivo desse trabalho é auxiliar no esclarecimento de questões controvertidas relacionadas ao Direito Processual Coletivo no Brasil. Será feita, primeiramente, uma breve exposição acerca dos elementos que compõe o seu conceito e qual é o conteúdo destes, bem como um confronto entre diferentes modelos de tutela coletiva existentes no direito comparado. Será revelado, ainda, o modelo trifásico do procedimento de tutela dos direitos individuais homogêneos no Brasil, evidenciando as divergências existentes na doutrina acerca do tema. Por fim, será abordada a postura do Novo Código de Processo Civil frente ao problema das demandas de massas e necessidade de dar ênfase à tutela coletiva de direitos e de direitos coletivos.

Palavras-chave: Ações Coletivas; Direitos Individuais Homogêneos; *Class Actions*; *Verbandsklagen*; Demandas Repetitivas.

Introdução

Nas últimas décadas, passou a ser reconhecida a necessidade de se garantir uma efetiva tutela a novos tipos de direitos de alta relevância social, cuja titularidade não pertence a somente um indivíduo, mas a um agrupamento de pessoas, uma coletividade, tais como os direitos consumeristas, do meio ambiente, probidade administrativa, entre outros.

Além disso, com o emperramento do aparelho judiciário decorrente da multiplicação dos litígios de massa, percebeu-se que a tutela atomizada de certas situações jurídicas deveria ceder espaço para uma tutela molecular, que fomentasse a economia processual. Nesse contexto, a tradicional visão individualista do processo se tornou insuficiente e deficitária, o

¹ Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES, no Mestrado em Direito Processual. Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Advogado. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

³ Advogada. Pós-Graduada em Direito Penal pela Faculdade Damásio (FD). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

que forçou o estabelecimento de novos regramentos processuais que permitam a realização desses ideais (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 51).

Esses novos regramentos giram em torno de um novo tipo de processo, o processo coletivo, capaz dar uma tutela mais efetiva a esses novos direitos, além de promover, a um só tempo, uma maior economia processual e acesso a Justiça através do tratamento molecular da matéria litigiosa.

A partir daí, surge no Brasil aquilo que pode ser chamado de “microsistema processual coletivo”, responsável pela tutela de massa com regras e princípios próprios, inicialmente, à margem do Código de Processo Civil anterior (CPC/73), dado caráter marcadamente individual deste (MAZZEI 2007, p. 263-280). O marco inicial do surgimento deste microsistema pode ser atribuído à elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que, além de trazer grandes avanços e inovações no que se refere às tutelas coletivas, alterou a Lei da Ação Civil Pública, de modo a harmonizá-la com os novos regramentos coletivos, tornando-se um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 51).

Feitas tais considerações, buscaremos, neste trabalho, expor quais são os principais elementos que compõem o conceito de processo coletivo e quais são as suas principais características. Além disso, faremos uma análise dos novos institutos trazidos pelo CPC/15, que guardam relação com a tutela processual coletiva, apontando suas semelhanças e diferenças. Devido a grande quantidade de temas aliada a brevidade deste trabalho, não será possível uma análise profunda de todas as temáticas, mas sim uma abordagem geral e dinâmica da matéria.

As principais características do processo coletivo brasileiro

A afirmação de um direito coletivo lato sensu

A importância de se conceituar os direitos coletivos *lato sensu* está diretamente relacionada à efetividade que se busca alcançar na proteção destes direitos. A tarefa de conceituá-los, entretanto, não é fácil, pois o entendimento que existe na doutrina sobre quais seriam os direitos coletivos *lato sensu* não é pacífico, existindo duas correntes divergentes sobre o assunto.

Para a corrente majoritária, denominada de “individualistas”, à qual se afilia Teori Zavascki (2014, p. 33), direito coletivo *lato sensu* seria gênero do qual os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos seriam espécies. Já os direitos individuais homogêneos (DIH) não fariam parte dos chamados “direitos coletivos”, uma vez que seriam simplesmente direitos subjetivos individuais tutelados coletivamente, sendo imperioso que “não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais)”.

O conceito de cada uma das espécies de direito coletivo *latu sensu* que foi trazido pelo legislador brasileiro, de forma inovadora, no artigo 81, parágrafo único, incisos I a III do CDC.

Pela simples leitura dos incisos, poderia se dizer que o legislador, ao conceituar, acabou por optar, por omissão, pela corrente majoritária, uma vez que só reconhece expressamente os direitos difusos e coletivos como transindividuais de natureza indivisível, não tendo dito o mesmo sobre os direitos individuais homogêneos, o que, a contrário senso, dá a entender, *a priori*, que estes seriam individuais e divisíveis.

Entretanto, isso não é verdade. Os DIH também possuem natureza transindividual para fins de tutela coletiva, sendo isto reconhecido inclusive em julgado dos tribunais superiores (RE 163231/SP). Da mesma forma, quanto à indivisibilidade do direito coletivo, os DIH são também indivisíveis para fins de tutela coletiva, uma vez que a condenação da ação de conhecimento será genérica (art. 10 da Lei 8.078/90).

Tecidos estes comentários, pode-se mais facilmente traçar os conceitos e características de cada uma das espécies de direito coletivo *lato sensu*. Os direitos difusos, quanto ao aspecto subjetivo, são transindividuais (metaindividuais, supraindividuais), uma vez que pertencem a uma coletividade. Em relação ao aspecto objetivo são indivisíveis, só podendo ser considerados de forma molecular, não atomizada. Já os titulares desses direitos, são pessoas indeterminadas, não havendo qualquer individualização dos sujeitos, ligadas por circunstâncias de fato, não existindo qualquer vínculo de natureza jurídica entre elas, a exemplo de pessoas que moram em uma mesma região. Por causa dessa característica, a coisa julgada das sentenças de procedência de ações coletivas que versem sobre direitos difusos será *erga omnes* (art. 103, I, CDC).

Os direitos coletivos *stricto sensu*, por sua vez, também são direitos transindividuais de natureza indivisível, da qual serão titulares pessoas indeterminadas, mas determinadas enquanto grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas por uma relação jurídica base anterior à lesão, a exemplo do Estatuto da OAB. Observa-se, pois, que o que diferencia esses direitos dos difusos é a "determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão" (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 78). A coisa julgada neste caso será *ultra partes* (art. 103, II, CDC), mas limitada ao grupo, categoria ou classe. Os autores individuais neste caso, não serão prejudicados se optarem pela suspensão do processo individual enquanto se processa a ação coletiva, ou poderão, ainda, excluir-se da ação coletiva pelo *right to opt out*, seguindo adiante com suas ações individuais (art. 104, CDC).

Os DIH, por fim, analisados como direitos coletivos, são aqueles "nascidos em consequência de uma própria lesão, ou mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo)" (DIDIER JR., ZANETI JR., 2013, p. 80). Os fatos lesivos têm que ter uma homogeneidade de proporção tal que os torne de "origem comum", ou seja, o que se tem em comum nesses direitos é a procedência da lesão que lhes confere o grau de homogeneidade. Como já exposto, são direitos transindividuais e indivisíveis para fins de tutela coletiva, uma vez que são tratados na ação coletiva propriamente dita (primeira fase do procedimento) de maneira molecular e genérica, a partir da elaboração de uma tese geral. Aqui também, os sujeitos são indeterminados. Somente na segunda fase, após a sentença genérica de procedência ser proferida é que os titulares poderão ser individualizados. A coisa julgada será *erga omnes* (art. 103, III, CDC).

Legitimidade processual

Como é do saber geral, a legitimação processual será ordinária (art. 6º CPC/73 e art. 18 CPC/15) quando houver coincidência entre o autor da ação e o titular do direito discutido em juízo (age-se em nome próprio para defesa dos próprios interesses). A legitimação extraordinária, por sua vez, ocorrerá quando aquele que defende o direito material em nome próprio é um terceiro, alheio a relação, que não é titular do direito (age-se em nome próprio para defender direito alheio)⁴.

No que tange ao processo coletivo, a tese dominante e a adotada neste trabalho é a da legitimação extraordinária por substituição processual em ações coletivas, que é defendida, entre outros, por Barbosa Moreira. A ideia é que essa substituição não precisa de autorização legal expressa para ocorrer, podendo ser depreendida da análise de todo o sistema. Isto se convencionou chamar de “legitimação conglobante”, ou seja, uma legitimação que é permitida pelo ordenamento jurídico, mesmo que não esteja prevista de forma expressa em lei, por não contrariar nenhuma norma do sistema ou estar em desacordo com os princípios do microsistema do processo coletivo.

Em linhas gerais, a legitimação coletiva possui as seguintes características: a) está disciplinada, *a priori*, em lei (art. 5º da Lei Federal nº 7.347/85; art. 82, CDC, etc.); b) é conferida a entes privados e públicos; c) ocorre por substituição processual; d) a coletividade que é titular do direito não tem personalidade jurídica⁵, logo, não pode atuar em juízo, cabendo a defesa dos seus direitos aos legitimados coletivos por substituição processual.

Coisa julgada diferenciada

O regime jurídico da coisa julgada coletiva não é o mesmo do processo individual. No âmbito da tutela coletiva, “não existe somente uma coisa julgada, mas diversas espécies de coisa julgada, a depender da natureza do direito material litigioso e do resultado da demanda” (SANTOS, 2005, p. 66). O regime jurídico da coisa julgada coletiva⁶, portanto, será diferenciado, em relação aos seus limites subjetivos e objetivos, bem como pelo seu modo de produção.

Em relação ao limite subjetivo, poderá ser: *inter partes*, *ultra partes* e *erga omnes*. No que tange aos limites objetivos não há maiores dificuldades, tem-se no processo coletivo a mesma regra geral do processo individual. Já quanto ao modo de produção, existem três tipos

⁴ Sobre a legitimação extraordinária, Lino Palacio aduz: “el hecho de que personas ajenas a la relación jurídica sustancial que se controvierte en el proceso resultan habilitadas para intervenir en él. En esta hipótesis (...) se opera una verdadera disociación entre los sujetos legitimados para obrar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial” (PALACIO, 2004, p. 104).

⁵ Exceção à regra, em que ocorre a legitimação ordinária de um grupo é a hipótese rara prevista no art. 37 do Estatuto do Índio que atribui capacidade à “comunidade” para defender os direitos do grupo.

⁶ No processo coletivo existe um efeito positivo da coisa julgada, que é a possibilidade de se aproveitar a coisa julgada para os titulares de direitos individuais. Entretanto, há também um efeito negativo que é a vedação de repropor aquela mesma ação novamente (pressuposto processual negativo).

diferentes de coisa julgada: *pro et contra* (irá se formar independentemente do resultado do processo), *secundum eventum litis* (só será produzida se a demanda for julgada procedente, pois no caso de improcedência da ação) e *secundum eventum probationis* (só será formada se houver esgotamento de prova, caso se julgue por insuficiência de provas, não formará a coisa julgada material)⁷.

Avançando, faz-se necessário analisar o conteúdo do regime jurídico da coisa julgada coletiva a partir do exame do art. 103 do CDC, que se apresenta como regra geral do microsistema da tutela coletiva. Nos termos do referido dispositivo, quanto à extensão subjetiva, será *erga omnes* quando a ação versar sobre direitos difusos a coisa julgada (inciso I), e *ultra partes* quando versar sobre direitos coletivos *stricto sensu* (inciso II). Já com relação ao modo de formação, o regime da coisa julgada será para ambos *secundum eventum probationis*.

Já no tocante aos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada coletiva terá extensão *erga omnes* apenas para beneficiar os titulares individuais, isto é, *secundum eventum probationis* (inciso III). Porém, no que tange à sua formação, há divergências entre a doutrina majoritária e minoritária sobre o regime jurídico da coisa julgada. Tais divergências decorrem da natureza atribuída a esses direitos – se são coletivos ou, apenas coletivamente tutelados. Para a corrente minoritária, à qual nos filiamos, será utilizado o mesmo regime já examinado para os direitos difusos e coletivos (coisa julgada *secundum eventum probationis*). Já para a corrente majoritária, não seria possível a exceção da coisa julgada *secundum eventum probationis* no caso dos direitos individuais homogêneos.

Diante do exposto, é possível sintetizar o conteúdo da coisa julgada nas ações coletivas da seguinte forma: a) no caso de sentença de procedência do pedido, terá eficácia *erga omnes* em caso de direitos difusos e individuais homogêneos, já nos direitos coletivos *stricto sensu* a eficácia será *ultra partes* (limitada ao grupo, categoria ou classe de pessoas); b) no caso de sentença de improcedência por falta de provas, a coisa julgada não vinculará os indivíduos e a ação poderá ser reproposta por qualquer legitimado, desde que sejam oferecidas novas provas; c) se a sentença for de improcedência com esgotamento da prova, a coisa julgada não atingirá os indivíduos, que poderão propor ações particulares, restando imutável a decisão para o processo coletivo, vedando-se a possibilidade de repropor ação coletiva com mesma causa de pedir e pedido (coisa julgada *pro et contra* para os legitimados processuais) (ZANETI JR, 2006, p. 103).

⁷ Nesse sentido, comentando o modelo brasileiro de processo coletivo, Augusto Morello aduz: "Pero ese régimen (el de la cosa juzgada) en el proceso colectivo estará asimismo imbuido de otras manifestaciones según la manera en que se hubiera estructurado el proceso; si la sentencia hubiera sido desestimada por falta o deficiencia de prueba, no impedirá, sin embargo, que otro eventual legitimado inicie y gane un nuevo proceso por la misma causa de pedir". (MORELLO, 2015. p. 265).

As diferenças entre a tutela dos direitos coletivos no Brasil e nos modelos das *Class Action* e da *Verbandsklagen* (ações associativas)

Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 01), citando o jurista italiano Michele Taruffo, aduz que, tradicionalmente, se conhece e defende a existência de dois grandes modelos distintos e contrapostos da tutela jurisdicional dos direitos coletivos. O primeiro desses modelos é o alemão, das ações associativas (*Verbandsklagen*), amplamente adotado nos países da Europa Continental. E o outro é o modelo norte-americano das *Class Actions*, modelo este que, não só influenciou fortemente a legislação brasileira quanto da tutela coletiva, como é aquele que possui maior influência entre todos os países que adotam o processo coletivo.

A partir de tal constatação, faremos agora uma breve análise estrutural de cada um desses grandes modelos e, ao mesmo tempo, uma análise comparativa de suas peculiaridades e distinções em face do modelo brasileiro de tutela dos direitos coletivos, cujas linhas mestras já foram expostas nos tópicos anteriores.

O modelo alemão da Verbandsklagen (ações associativas)

Na Alemanha, a defesa dos interesses coletivos, em sentido amplo, é realizada basicamente por intermédio das *Verbandsklagen*, que são as ações associativas (MENDES, 2012, p. 111), cuja disciplina legal encontra-se espalhada por diversos textos normativos. Esta fragmentação acaba por gerar uma dificuldade no tratamento do tema, sobretudo sob a perspectiva de um estrangeiro. Não obstante, a existência das ações coletivas na Alemanha é posta acima de qualquer suspeita pelos juristas locais (RAMOS, 2014, p. 02).

Estas ações visam a tutelar certos direitos materiais específicos, como os direitos do consumidor, do meio ambiente e o direito concorrencial, “não tendo como sede uma filosofia comum que oriente uma mudança da perspectiva individual do litígio para a perspectiva coletiva” (ZANETI JR, 2014).

Grande parte da dificuldade na aceitação de uma tutela coletiva mais ampla na Alemanha decorre, inicialmente, do fato de que, neste país, a necessidade de instrumentos de tutela coletiva dos direitos não é tão sensível, uma vez que muitas das questões que poderiam reclamar esta espécie de tutela jurisdicional são resolvidas administrativamente por órgãos fiscalizatórios governamentais que, ao contrário de outros países, atuam efetivamente em fazer cumprir as leis (CABRAL, 2007), que, ademais, já são cumpridas espontaneamente pela cultura de respeito às normas existente naquele país.

Outro grande entrave ao maior desenvolvimento dos mecanismos coletivos de tutela decorre da própria Constituição alemã, que prevê apenas a tutela de direitos individuais e toma a defesa de tais direitos como um corolário da propriedade privada, o que traz como consequência uma grande desconfiança com a legitimação extraordinária, o que, por sua

vez, gera um entrave teórico no que diz respeito à legitimidade para agir que nas ações associativas, uma vez que tal legitimidade é conferida às associações (CABRAL, 2007).⁸

Nesse diapasão, na Alemanha, de uma maneira majoritária, sustenta-se que tais associações estariam em juízo defendendo interesses que lhe são próprios, ao menos no que diz respeito à reintegração da situação lesada⁹. Assim, a legitimação de tais entidades para a tutela de direitos coletivos se diz ordinária e autônoma.

Tal problema é tratado de maneira muito mais satisfatória no direito brasileiro. Aqui, a nossa Constituição Federal garante uma proteção ampla a todos os direitos indistintamente, quer sejam ele individuais ou coletivos. Além disso, com o advento do CDC, a legislação brasileira passou a definir o conceito e a titularidade dos direitos coletivos *lato sensu* que se subdividem em direitos difusos (artigo 81, §único, inciso I, do CDC), coletivos *stricto sensu* (artigo 81, §único, inciso II, do CDC) e direitos individuais homogêneos (artigo 81, §único, inciso III, do CDC), sendo a tutela desses direitos feita em juízo no regime de substituição processual exclusiva e autônoma – legitimidade extraordinária.

Outro aspecto marcante acerca da disciplina da *Verbandsklagen* diz respeito à sua imprestabilidade para a persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos (MENDES, 2012, p. 126), vale dizer, não há na Alemanha qualquer instrumento processual coletivo destinado à obtenção de provimentos condenatórios que imponham a obrigação de pagar determinada quantia aos indivíduos a título de indenização. Neste modelo, a tutela permitida em juízo se limita a pretensões inibitórias ou de injunção, relativas às obrigações de fazer e não-fazer, o que torna extremamente deficitária a proteção dos direitos coletivos no modelo em comento.

Também neste ponto, o ordenamento jurídico pátrio se mostra muito mais avançado. Aqui, a possibilidade de se obter uma tutela condenatória através de mecanismos de tutela jurisdicional coletiva é reconhecida desde o surgimento da Ação Popular em 1965 e ganhou ainda mais força com o advento do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo no que se refere à tutela dos direitos individuais homogêneos, cuja disciplina já foi abordada no tópico anterior.

Na esteira do que já foi exposto até o momento, não poderíamos deixar de trazer à baila as brilhantes considerações feitas pelo Dr. Hermes Zaneti Júnior que resumiu as principais características do modelo das ações associativas alemãs da seguinte forma: "a) especial legitimação ativa das associações, com a escolha de um 'sujeito supraindividual', um 'ente exponencial', para tutelar, em *nome próprio*, o direito que passa a ser considerado como direito próprio (tutela dos consumidores pelas associações de consumidores, tutela do meio ambiente pelas associações ambientais, etc.), exige-se ademais a autorização burocrática concedida pelo poder central para que as associações possam representar interesses coletivos;

⁸ Isso decorre de um elemento cultural do povo alemão que é o seu forte "associativismo" para defesa e organização de interesses comuns, o que resulta na grande força da sociedade civil do país.

⁹ Aluísio Mendes aponta para a existência de outra corrente teórica que defende que as associações não estariam fazendo valer nem interesses que lhe são próprios, nem de seus associados, mas, na verdade, interesses que seriam supraindividuais e públicos (2012, p. 126).

b) distanciamento da tutela dos direitos individuais de forma extremada e radical; c) duas formas de tutela coletivas são previstas para as associações, c') através da delegação da tarefa de representar o indivíduo, agindo a associação apenas mediante a autorização do titular da relação jurídica individual, método que mais do que uma tutela coletiva constitui apenas modalidade específica através da qual se faz valer um direito individual, c") hipóteses em que realmente a associação faz valer um direito supraindividual, que são infinitamente mais restritas e excepcionais no sistema" (ZANETI JR, 2014).

Por fim, vale destacar que, em paralelo às *Verbandsklagen*, mais recentemente o sistema processual alemão começou a introduzir outra espécie de instrumento de resolução coletiva de conflitos a partir do processamento e julgamento de ações-modelo, denominadas *Musterverfahren* (MENDES, 2012, p. 120). Este novo modelo será abordado de maneira mais ampla no próximo tópico, entretanto, que fique claro, desde já, que ele não se confunde com o das ações associativas aqui tratadas.

O modelo das Class Actions

O modelo norte-americano das *Class Actions*, tal como conhecido nos dias atuais, é originário da *Federal Rule* nº 23, que surgiu no ano de 1938 e sofreu sucessivas modificações nos anos de 1966, 1987, 1998, 2003 e 2007 (MENDES, 2012, p. 71). Conforme dito, este é o modelo de tutela coletiva mais bem-sucedido e difundido ao redor do globo, tendo exercido forte influência na legislação brasileira sobre o tema.

A motivação do surgimento deste tipo de ação nos Estados Unidos esteve relacionada à necessidade: *i)* de se obter uma maior economia processual, com a redução do número de ações que seriam propostas individualmente; *ii)* de evitar decisões conflitantes sobre um mesmo assunto e; *iii)* facilitar a instauração de determinadas demandas que de outra forma não seriam formuladas, já que o direito individual subjacente, por ser de pequena monta, não suscitaria o interesse de seu titular em acionar uma onerosa tutela jurisdicional.

Nesse diapasão, a criação das *Class Actions* decorreu da necessidade prática de que fossem tutelados da melhor maneira possível os novos tipos de direitos que surgiam a partir da evolução e desenvolvimento de uma sociedade de massa – os direitos coletivos. É um modelo pragmático, que reflete a cultura jurídica norte-americana, na qual se está mais preocupado com os resultados do que com as premissas teóricas/ideológicas que justifiquem a criação do sistema a ser seguido.

Nos Estados Unidos, o modelo adotado pode ser chamado de privado, isto é, baseado na iniciativa individual do sujeito interessado (SALLES, 2009, p. 04). Aqui, a ação não é proposta diretamente como uma ação coletiva, mas sim como uma ação individual, em nome próprio, por um candidato a representante do grupo¹⁰, porém, em defesa de todas as demais pessoas (membros do grupo) que se encontrem em situação semelhante (VIANA, 2008, p. 10).

¹⁰ Deve o interessado mostrar que também foi afetado pessoalmente, ao menos de maneira indireta, para que possa requerer a certificação da ação como coletiva.

A partir daí poderá o autor ou o réu requerer ao juiz que receba a ação na forma coletiva ou, ainda que nenhuma das partes requeira a certificação da ação coletiva, a jurisprudência autoriza que o juiz o faça *ex officio* (GIDI, 2007). O provimento que recebe a ação como uma ação coletiva é conhecido como *certification*¹¹ e depende da presença dos requisitos elencados na *Rule 23*, quais sejam: *i*) impraticabilidade do litisconsórcio (*numerosity*) – exige-se que a classe seja tão numerosa que a reunião de todos os membros no mesmo processo seja impraticável; *ii*) existência de questões de fato ou de direito que sejam comuns a toda a classe (*commonality*); *iii*) identidade de pretensões ou defesas (*typicality*) e; *iv*) representação adequada (*adequacy of representation*). Trata-se de requisitos dotados de amplo grau de indeterminação, o que confere amplos poderes ao juiz, cabendo a ele decidir caso a caso se eles estão presentes ou não.

De todos os requisitos acima elencados, o último deles é reconhecidamente o mais importante a ser analisado e controlado pelo juiz. Isso porque, além de estar intimamente ligado à ideia do devido processo legal coletivo, a coisa julgada na *Class Action* possui efeito vinculante *pro et contra* para todos os membros do grupo, isto é, atinge os indivíduos tanto em caso de procedência (para beneficiar) quanto de improcedência (para prejudicar) da ação. Logo, para que tal vinculação opere, é imprescindível que aqueles interessados que não tenham participado do processo (*absent class members*) ali estejam devidamente representados por quem tenha capacidade e interesse suficientes para demandar em seu nome. Nessa esteira, caso não haja a representação adequada, poderá ocorrer a decretação da ineficácia do que ficou decidido na *Class Action* em relação aos membros ausentes.

Uma vez que a ação é aceita como coletiva, deve o juiz, na mesma decisão, traçar os contornos básicos do grupo a que diz respeito a lide. Esta definição é de imprescindível para que se proceda à adequada notificação (*fair notice*) de todos os membros ausentes que venham a fazer parte da classe representada no processo.

Intimamente relacionada à noção de devido processo legal, caso a notificação seja considerada insuficiente ou inadequada, a coisa julgada não produzirá efeitos *erga omnes*. Ademais a importância dessa notificação se dá pelo fato de que, uma vez notificado, o membro da classe poderá fiscalizar a atuação do representante e participar do processo, ou poderá exercer o direito de “sair” do grupo (*right to opt-out*) a fim de que não ficar vinculado à ação de classe¹². Destarte, caso não haja a devida notificação, novamente o julgado não será oponível ao membro ausente.

No Brasil, considerando sua inspiração no modelo norte-americano, também é possível encontrar as figuras da adequada representação e notificação dos ausentes, porém, infelizmente, em proporção e importância muito inferiores àquelas assumidas no modelo que tomou por inspiração. Feita apenas por meio de edital, no Brasil, a notificação dos interessados

¹¹ A doutrina destaca que esta decisão é considerada a mais importante em uma *class action*, no sentido de que há um forte entrave no qual os demandados lutam com todas as suas forças para evitar que uma ação individual seja certificada como *class action*.

¹² Este direito de “sair” do grupo não existe em todos os tipos de *class action*.

é completamente incipiente e ineficaz, vale dizer, inadequada, de modo que raramente os titulares dos direitos individuais tomam efetivo conhecimento do processo coletivo que se encontra em curso.

Já no que diz respeito à adequada representação, após uma fase inicial em que a legitimação ativa era vista apenas por critérios *ope legis*¹³, a jurisprudência nacional vem evoluindo no sentido de admitir o controle dessa legitimação prevista abstratamente em lei para a propositura da demanda coletiva, a fim de afastá-la quando o legitimado em abstrato não se mostre concretamente capaz de exercer a adequada tutela dos interesses do grupo. No entanto, este controle ainda se mostra pouco efetivo e atrelado a aspectos meramente de fundo, tal como a pertinência temática, deixando de lado a apreciação da real capacidade do ente legitimado de, naquele processo, fazer valer os interesses dos indivíduos substituídos.¹⁴

Tal “descaso” do processo coletivo brasileiro com aspectos tão relevantes para as *Class Actions* decorre, sobretudo, do fato de que, aqui, a coisa julgada coletiva assume contornos completamente distintos daquele modelo. Nos processos coletivos brasileiros, por uma opção legislativa, os efeitos da coisa julgada somente se estendem aos titulares de direitos individuais se for para beneficiá-los, de modo que, eventual improcedência da demanda coletiva não lhes causa qualquer prejuízo direto. Esta opção, “se por um lado preserva as garantias de acesso à justiça, contraditório e devido processo legal em favor de cada legitimado individual, por outro, pouco contribui para a economia processual e a estabilização de uma resposta jurisdicional uniforme para casos iguais” (TALAMINI, 2015, p. 16).

Não obstante as diferenças existentes, a legislação brasileira é reconhecida como uma das mais avançadas no que se refere à tutela dos direitos coletivos e não deve ser menosprezada. Tendo se inspirado no regime das *Class Actions*, o “modelo brasileiro” adaptou muitas de suas premissas, firmando uma forte base teórica que servirá de transposição das normas abertas do direito norte-americano para os ordenamentos de *Civil Law* (ZANETI JR., 2014). Vale lembrar que temas importantes como a definição do conceito de direitos coletivos *lato sensu*, a disciplina peculiar da legitimação por substituição processual e a extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* ou *secundum eventum oprobationis* são peculiaridades próprias do direito brasileiro e que são imperativas da recepção dos institutos das *Class Actions*.

A tutela dos litígios agregados e o incidente de conversão da ação individual em coletiva do novo CPC: contraponto com a tutela coletiva pelas ações coletivas brasileiras

Nas últimas décadas, um dos principais fatores que tem gerado a patológica morosidade da tutela jurisdicional no Brasil, com a mácula aos princípios tanto da efetividade quanto

¹³ Entendia-se que, ao estabelecer a legitimidade ativa em favor de algumas entidades, o legislador já havia feito um juízo de valor e entendido que elas se apresentariam como representantes adequados para atuar em todas as situações.

¹⁴ Vale dizer, a capacidade econômica, a boa técnica jurídica empregue no processo, a idoneidade moral do ente legitimado, etc.

da segurança jurídica, é justamente a propositura repetitiva de milhares de demandas que possuem o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, diferenciando-se apenas quanto à sujeição ativa ou passiva da relação jurídica processual (SOUZA, 2014, p. 02).

Deslocou-se a litigiosidade de demandas individuais, que antes eram restritas e particularizadas, para abranger as demandas gerais e massificadas. Mudaram os litígios tanto em quantidade quanto em qualidade, em grande parte por conta da massificação da economia (AMARAL, 2011, p. 06). A privatização dos serviços públicos que passaram a alcançar a maior parte da população, aliada a maior disponibilidade de crédito em uma sociedade de consumo, levaram ao constante questionamento em juízo da qualidade dos serviços prestados, bem como as regulamentações aplicáveis a tais relações, gerando um “tsunami” de ações judiciais, muitas das vezes idênticas, que emperram o Judiciário.

Tal situação é percebida também fora do país, conforme se extrai das lições de Maite Aguirrezabal (2006, p. 69), a sociedade contemporânea é uma sociedade de massas na qual as relações travadas são cada vez mais complexas, visto que “hay agrupaciones de diversos tipo (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico que tiene relevancia colectiva”.

Outro fator que contribui para o abarrotamento do Judiciário é a ausência de uma punição vigorosa em casos de litigância de má-fé, bem como a análise não rigorosa da concessão da Gratuidade da Justiça, o que torna o processo no Brasil um negócio praticamente sem risco para o autor da ação (AMARAL, 2011, p. 07).

Ocorre que, conforme dito, essa massificação dos lítios importa em consequências graves, sobretudo no que diz respeito à efetividade e segurança na prestação da tutela jurisdicional. Vale dizer, além da morosidade na condução dos processos, a ausência de um julgamento concentrado de causas idênticas gera o risco da existência de decisões díspares, quando deveriam ser iguais.

Os processos coletivos surgiram e se apresentaram como uma forma de solucionar tais problemas decorrentes da massificação. Tal como foi dito no tópico referente às *Class Actions* - que inspiraram o modelo brasileiro de tutela coletiva – os objetivos desse tipo de processo são: obter maior economia processual, com a redução do número de ações que seriam propostas individualmente; evitar decisões conflitantes sobre um mesmo assunto e; ampliar o acesso à justiça.

Entretanto, no Brasil, o que se tem visto é que os dois primeiros objetivos não foram satisfatoriamente atingidos, isto é, as ações coletivas não foram capazes de efetivamente inibir a multiplicação exacerbada de demandas individuais de massa. Nesse sentido, destaca Aluisio Gonçalves Castro de Mendes: “A realidade dos últimos anos fala por si: embora tenham sido ajuizadas ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de contar a verdadeira sangria de ações individuais que foram ajuizadas” (MENDES, 2007, p. 28).

Isso se deu, especialmente, pelos seguintes fatores: i) inexistência de um modo efetivo de notificação dos titulares de direitos individuais acerca da existência da ação coletiva, o que faz com que estes, sem ter conhecimento da ação coletiva em curso, busquem tutelar seu

direito de maneira individual; *ii*) soma-se a isso o fato de que, no Brasil, a existência de uma ação coletiva em curso não induz litispendência para as ações individuais que versem sobre o mesmo tema (art. 104 do CDC), que somente serão suspensas caso haja requerimento individual; *iii*) a coisa julgada dos processos coletivos *secundum eventum probationis* para os demais legitimados ou mesmo sua extensão subjetiva *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os indivíduos substituídos faz com que o julgamento de uma ação coletiva não tenha, muitas das vezes, o fito de pôr um ponto final na controvérsia.

Nesse cenário e ciente dos malefícios que podem gerar a proliferação descontrolada de demandas repetitivas, o legislador brasileiro buscou introduzir no CPC/15 alguns institutos que visam a impedir a multiplicação desmesurada de processos similares, quais sejam, o incidente de resolução de demandas repetitivas e a possibilidade de conversão da demanda individual em coletiva¹⁵.

O incidente de resolução de demandas repetitivas

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) se encontra regulado nos artigos 976 *usque* 987 do Código de Processo Civil de 2015. Tal instituto possui nítida inspiração no já mencionado *Musterverfahren* (processos-modelo) do direito alemão que, ao lado das *Verbandsklagen*, funciona como um meio de tutela coletiva naquele país, por meio do qual se elege uma “causa piloto” em que serão decididos alguns pontos litigiosos expressamente indicados pelo requerente e fixados pelo juízo, pontos estes que devem ser gerais e comuns a diversos casos já existentes.

Doravante, a decisão tomada em relação a estas questões será adotada para todas as ações pendentes sobre o mesmo tema, ficando estas últimas suspensas até o julgamento final da “causa piloto” (CABRAL, 2007).

Como se vê, o IRDR visa a dar uma solução mais adequada à massificação de demandas que tenham por objeto controvertido uma mesma questão, favorecendo a economia processual com a maior agilidade no julgamento desse tipo de processo massificado, que representam a maior parte das demandas hoje existentes. Também a segurança jurídica é privilegiada, já que a decisão proferida no incidente deverá ser aplicada de maneira uniforme a todos os processos que versem sobre o tema, não só aos que já estejam em curso – hipótese em que ficarão suspensos até o julgamento do incidente –, como também, aos que serão ainda ajuizados.

Confrontando os principais contornos do incidente em testilha com a disciplina das ações coletivas no direito, destacam-se os seguintes pontos: à semelhança do que ocorre nas *Class Actions*, as próprias partes e, até mesmo o juiz agindo de ofício, em uma ação individual têm legitimidade para querer a instauração do IRDR fazendo com que a questão que era

¹⁵ Não obstante a abordagem deste instituto no presente trabalho, o dispositivo que tratava da possibilidade de conversão de demandas individuais em coletivas (artigo 333 do novo CPC) foi vetado pela presidente Dilma Rousseff.

inicialmente privada, seja decidida de maneira comum a um número indeterminado de indivíduos. Já as ações coletivas somente podem ser propostas por determinadas instituições e grupos previamente determinados na lei.

O IRDR permite, ainda, que a decisão nele proferida tenha aplicação *pro et contra* os indivíduos interessados, ao contrário das decisões preferidas nos processos coletivos, que, já foi dito, possuem uma extensão *in utilibus*.

Outro ponto de destaque é que o IRDR, uma vez admitido pelo Tribunal, induz a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, nos quais a questão que aquele tem por objeto seja abordada (art. 982, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015). Já as ações coletivas não induzem à litispendência das causas individuais, não obstante tenham objeto idêntico.

Por outro lado, as ações coletivas possuem uma cognição horizontal mais ampla quando comparadas ao IRDR. Naquelas, podem ser abordadas questões tanto de fato quanto de direito, ao passo que neste a questão controvertida, cuja repetitividade pode dar ensejo a sua instauração, deve ser unicamente de direito (art. 976, inciso I, do CPC/15).¹⁶

O que se vê é que, de certa forma, ao se trazer o IRDR no novo Código de Processo Civil, buscou-se atacar precisamente os pontos tidos como “problemáticos” das ações coletivas que fizeram com que este instituto não conseguisse dar uma solução adequada ao problema da massificação e aos males que dela advém.

A inovação é salutar, porém, é fácil perceber que este novo instituto, sozinho, também não será capaz de resolver todos os problemas que assolam o Judiciário brasileiro, sobretudo no que diz respeito ao número de demandas. Isso porque, por mais que a decisão proferida no IRDR deve ser aplicada *erga omnes* e *pro et contra*, isso dependerá de que novas ações sejam ajuizadas.

Portanto, o ideal será a boa convivência deste novo instituto, que tem o aparente potencial de resolver o problema da massificação de litígios sem as dificuldades impostas pela legislação das ações coletivas, juntamente com estas últimas e seu inegável mérito de promover o acesso à justiça (AMARAL, 2011, p. 12).

A conversão da ação individual em coletiva

O artigo 333 no CPC/15 inauguraria no ordenamento nacional a possibilidade de que, diante de certos pressupostos, a demanda que até então era individual, vinculativa de pretensão também individual, fosse convertida pelo juiz em demanda coletiva (SOUZA, 2014, p. 13). Entretanto, tal conversão não poderia se dar de ofício, dependeria de requerimento do Ministério Público, Defensoria Pública ou um dos legitimados previstos no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e no art. 82 do CDC.

¹⁶ Essa mesma limitação não é encontrada no *Musterverfahren* alemão, onde podem ser suscitadas e decididas questões comuns tanto de fato e de direito.

Os requisitos elencados no *caput* do aludido dispositivo eram: a dificuldade de formação do litisconsórcio e a existência de relevância social. O primeiro desses requisitos é idêntico ao do *numerosity* existente para que uma ação seja certificada como *Class Action* no direito norteamericano e se caracteriza quando, no caso concreto, se mostrar extremamente inconveniente, difícil ou custosa a reunião de todos os indivíduos que serão atingidos pela decisão naquele mesmo processo. Já o segundo, decorre dos efeitos que poderão ser produzidos pela tutela jurisdicional individual, ou seja, a amplitude de seu círculo de abrangência nas esferas sociais e na promoção geral de certos valores, tais como o da efetividade, celeridade, isonomia, dentre outros (SOUZA, 2014, p. 16).

Além disso, para que fosse possível a conversão, a ação individual teria que veicular pedido que: *i*) tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade ou que; *ii*) tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

Feita a conversão, o autor originário da demanda passaria a atuar como litisconsorte do legitimado que tivesse requerido a conversão da ação em coletiva e o feito passaria a observar as regras do processo coletivo.

Ocorre que este dispositivo foi vetado antes mesmo que pudesse entrar em vigor. Nas razões para o veto foi dito que “da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas”.¹⁷

Data vênia, não há como concordar com as razões para o veto do dispositivo. Inicialmente, entendo que não haveria qualquer prejuízo às partes - o autor teria suas pretensões reforçadas pela entrada no processo de um dos legitimados para a condução do processo coletivo. Além disso, o §9º do artigo vetado já previa que, caso o pedido do autor tivesse natureza estritamente individual, o processamento desse pedido dar-se-ia em autos apartados, assim não ficaria afetada a duração razoável do processo por ele iniciado. Quanto ao réu, seria igualmente beneficiado por ter de responder a apenas uma ação ao invés de responder tanto à individual já proposta quanto à coletiva que, agora, terá que ser proposta em separado.

Por outro lado, no que pese os requisitos para a conversão sejam, de fato, dotados de certo grau de abstração, exigindo uma verificação caso a caso pelo magistrado, isso não significa dizer que as ações individuais seriam convertidas em coletivas de maneira pouco criteriosa, vez que a decisão deveria ser sempre devidamente fundamentada e precedida de efetivo contraditório, devendo ser ouvidos tanto o autor inicial da demanda quando o

¹⁷ Texto disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/03/18/os-vetos-do-poder-executivo-no-cpc-2015/>>. Acesso em: 17.05.2017.

Ministério Público¹⁸. Além disso, tal decisão poderia ser atacada por recurso, o que certamente possibilitaria um maior controle.

Por fim, vale lembrar que, *mutatis mutandis*, é este o regime adotado no modelo das *Class Actions* – reconhecidamente o melhor modelo de tutela coletiva –, no qual a ação é sempre inicialmente proposta como individual, podendo ser, desde que presentes certos pressupostos, certificada pelo juiz como coletiva. É o que tínhamos no Brasil. Enfim, perdeu-se a oportunidade de trazer à legislação pátria um bom mecanismo do direito comparado que iria incrementar e tornar ainda mais forte a tutela dos direitos coletivos em nosso país.

Conclusão

Como foi possível perceber, os processos coletivos são uma realidade inexorável e imperativa, dado o atual estágio de evolução da sociedade. Regido por normas e princípios próprios, diametralmente opostos ao tradicional dogma individualista, este tipo de processo possui a dupla finalidade de tutelar os direitos de índole coletiva e proporcionar efetividade e ampliação do acesso à Justiça em sociedades de massa.

É certo que diferentes países, atentos ao seu contexto social e suas peculiaridades na tradição jurídica, adotam modelos diversos de ações coletivas, uns mais avançados outros ainda nem tanto. Nesse cenário, o Brasil se apresenta na vanguarda, além de ter aproveitado o que há de melhor em cada modelo estrangeiro, criou uma das legislações mais técnicas e bem elaboradas dentre os países que adotam o modelo da *Civil Law*.

Nesse diapasão, o CPC/15 também se mostrou atento ao novo cenário de valorização da tutela coletiva, buscando trazer novos institutos e mecanismos capazes de avançar ainda mais neste tipo de tutela. Embora não se confundam com os processos coletivos, estes institutos certamente buscarão atingir os mesmos objetivos, sendo, portanto, salutar a integração dos mesmos para a mais ampla efetivação dos direitos coletivos *latu sensu*.

Referências

- AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista chilena de derecho*, Santiago, v. 33, n. 1, p. 69-91, abr., 2006.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 196, p. 237-274, 2011.

¹⁸ Por óbvio, apenas nos casos em que não tivesse sido ele quem formulou o pedido de conversão.

- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa as ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, p. 123, maio., 2007. Disponível em: <https://www.academia.edu/215397/O_novo_Procedimento-Modelo_Musterverfahren_alem%C3%A3o_uma_alternativa_%C3%A0s_a%C3%A7%C3%B5es_coletivas>. Acesso em: 24 mai. 2017.
- DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4.
- GIDI, Antonio Carlos Oliveira. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 394, a. 103, p. 263-280, nov.-dez., 2007.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. O anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: _____. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). *Direito processual coletivo e anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.
- MORELLO, Augusto. El proceso civil colectivo. *Themis*, Argentina, n.30, p. 261-270, 2015.
- PALACIO, Lino E. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2004.
- RAMOS, André Luiz Arnt Ramos. Lineamentos do Processo Civil Coletivo na Alemanha. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232, p. 223, 2014.
- SALLES, Carlos Alberto de. Class Actions: algumas premissas para comparação. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 174, p. 215, 2009.
- SANTOS, Ronaldo Lima do. Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas. *Brasília: B. Cient. ESMPU*, a. 4, n.17, p. 61-86, out./dez., 2005.
- SOUZA, Artur César de. Conversão da demanda individual em demanda coletiva no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 236, p. 205-241, 2014.
- TALAMINI, Eduardo. Direito Individuais Homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 337-358, 2015.
- VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 159, p. 93-117, 2008.
- ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podvim, 2006.
- _____. Três Modelos de Processo Coletivo no Direito Comparado: Class Actions, Ações Associativas/Litígios Agregados e o "Processo Coletivo: Modelo Brasileiro". *Processos Coletivos*, v. 5, p. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista>>

eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1460-tres-modelos-de-processo-coletivo-no-direito-comparado-class-actions-acoooes-associativas-litigios-agregados-e-o-processo-coletivo-modelo-brasileiro>. Acesso em: 09 mar. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A fraude à execução e os seus desdobramentos diante do Código de Processo Civil de 2015

Leonardo Goldner Dellaqua¹

Resumo: Após longas discussões no judiciário, em procedimento cognitivo, percebemos que, ao final do processo, o bem da vida, objetivo da demanda, encontra-se, por diversas vezes, longe das mãos daquele de direito. Sabemos que a tutela jurídica não se exaure com o encerramento do processo de conhecimento e sua sentença. A intenção é que se concretize aquele comando abstrato, ou seja, busca-se não apenas dizer qual é a parte vencedora, mas entregar a esta o direito concreto. Diante de inúmeras artimanhas que visam fraudar a execução, realizadas durante o desenrolar processual, desde o início da demanda e até mesmo após a sentença, o poder judiciário vem se especializando, junto à legislação e jurisprudência dispostas, em fechar o cerco diante dessa prática que vai de encontro ao espírito do Direito e da boa-fé processual. É neste cenário que abordaremos o artigo 792 do CPC de 2015, junto à súmula 375 do STJ, editada, esta, ainda sob a égide do CPC de 1973, na tentativa de se observar se é possível coexistência de ambos os textos normativos, no intuito de sempre tentar coibir qualquer prática fraudulenta pelo réu/executado, mostrando-se, então, algumas situações novas trazidas pela lei atual.

Palavras-chave: Execução; Conhecimento; Fraude; Terceiros; Boa-fé.

Introdução

Após longas discussões no judiciário, em procedimento cognitivo, percebemos que ao final do processo o bem da vida, objetivo da demanda, encontra-se, por diversas vezes, longe das mãos daquele de direito. Diante de inúmeras artimanhas, realizadas durante o procedimento de conhecimento, ou até mesmo antes, durante a elaboração dos contratos, no mundo extrajudicial, que visam fraudar o cumprimento das obrigações, o poder judiciário vem se especializando, junto ao código de processo civil, leis esparsas e decisões de nossos tribunais, em fechar o cerco diante dessa prática que vai de encontro ao espírito do Direito e da boa fé processual.

Se o processo é o meio utilizado para a resolução de um conflito, não podemos concordar que a frustração da prestação final, ou seja, o não cumprimento da ordem judicial exarada na

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, Matrícula 2017141702. Pós-Graduado em Direito Público e Direito do Trabalho. Oficial de Justiça Federal Lotado no TRT 17ª Região.

sentença, leve a essa pacificação. Obviamente que há muitos casos onde o devedor realmente não possui patrimônio que satisfaça a dívida, mas aqui nosso foco é outro, procuramos tratar justamente daquele que, mesmo possuindo bens, esquivar-se, das mais diversas formas, de sua obrigação de adimplir o que lhe fora determinado.

Antes de nos aprofundarmos, dentro dos limites que nosso artigo nos permite, ao tema aqui proposto, é fundamental que deixemos claras as teorias que abordam a responsabilidade patrimonial do devedor. São diferentes correntes, dos mais ilustres e renomados autores, quanto ao tempo em que surge tal responsabilidade, se quando do inadimplemento da obrigação, após uma sentença transitada em julgado, ou na elaboração do próprio contrato no mundo extrajudicial, pré-processual. O objetivo deste estudo não é dar todas as respostas que possam vir a evitar uma possível fraude à execução, obviamente porque os seus meios se renovam conforme a atualização legislativa e atividade judiciária, mas é procurar esclarecer na mente do leitor que é necessário se atentar aos frutos que uma demanda judiciária deve exorar, já que o aparato estatal é oneroso e deve não só dizer o direito, mas também entregar-lhe.

Fraude à execução

Embora haja uma relação entre devedor e credor, esta se dá internamente em um processo judicial, sua principal característica. Por essa razão o professor Yussef Cahali (2013) qualifica esta Fraude à Execução como uma especialização de Fraude Contra Credores, embora se tratem de institutos distintos.

Lembremos que um processo penal pode resultar em reparação civil, e, assim sendo, entendemos que o réu em esfera penal, ao se desfazer de seus bens, com processo ainda em tramitação, poderá incidir no instituto ora mencionado.

Importante frisar, também, que embora o instituto se refira à execução, tal fraude se dá ainda no processo cognitivo, cujo momento inicial, onde os atos de disposição serão considerados em fraude, será analisado mais a frente, dadas algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais (GONÇALVES, 2016, p. 749).

Aqui temos um campo de atuação mais monitorado, havendo maior dificuldade do devedor dilapidar seu patrimônio no intuito de não honrar suas dívidas. Nesse campo, mais restrito, conforme expõe o professor Marcelo Abelha, quando o devedor assume essa postura cafajeste (RODRIGUES, 2016), ele o faz de maneira amadora, justamente por ser um campo mais vigiado, com punições mais severas (THEODORO JUNIOR, 2012), cujos movimentos ardilosos de fraudes podem ser mais facilmente detectados. E aqui, nesta esfera, outro prejudicado, de grande relevância, surge, além dos credores, o Estado-Juiz, cuja Fraude direcionada contra si passa a ser considerada como "Ato atentatório à dignidade do Judiciário" (Art. 774 CPC/2015).

Como dito, a Fraude à Execução pressupõe um processo e em seu interior é que irá se configurar tal instituto. Aqui não há necessidade de se comprovar conluio, dada a gravidade das características que importam esse tipo de alienação, basta que o devedor pratique atos

de disposição de seus bens de forma que seu patrimônio já não garanta mais a execução (LIEBMAN, 1968). Na Fraude à Execução não é necessário que se promova uma ação própria para que se tomem as medidas cabíveis, esta pode ser feita com uma simples petição da parte no processo em que o bem foi alienado na tentativa de frustrar a execução, pode ser arguida incidentalmente, inclusive em defesa de embargos de terceiro (BEDAQUE, 2006, p. 364).

Embora, pelo aspecto material, haja uma alienação válida, seus efeitos diante do credor, no plano processual, serão considerados ineficazes (Art.792 §1º CPC/2015). Isso quer dizer que, caso constatada a Fraude à Execução, o bem alienado não retornará ao patrimônio do alienante, mas os efeitos da alienação só incidirão a partir do montante que extrapole a dívida (GONÇALVES, 2016, p. 746). Simplificando, os bens alienados serão destinados ao pagamento da dívida, ao credor, até o limite desta dívida, permanecendo os bens restantes, se houver, no patrimônio do terceiro adquirente (LIEBMAN, 1968).

Pois bem, como afirmado, não só há o prejuízo do credor, mas há um ato atentatório à dignidade da justiça (Art. 774 do CPC 2015) onde o Estado, representado pelo juiz, também é "vítima" dessa prática. Nota-se que, de maneira distinta da qual ocorre na Fraude contra Credores, nessa situação, a dilapidação patrimonial, endoprocessual, tem caráter mais grave, mais danoso, sendo prevista multa e sanção penal. Percebe-se aí que a legislação processual impõe multa às tentativas de frustrar o cumprimento da execução, o que pode se transformar em imposição legal sem efeito, caso o devedor tenha sucesso em ocultar seus bens, ou aliená-los a terceiro de boa-fé. Ora, se o terceiro de boa fé, comprovadamente, tomou todos os cuidados em adquirir determinado bem, cuja finalidade seria garantir uma execução judicial, de nada adiantará a aplicação de uma multa ao devedor que concluiu o negócio em fraude. Não havendo bens para pagar a obrigação principal, dificilmente terá saúde financeira para arcar com possíveis multas. Isso porque ainda não nos referimos à Sumula 375 do Superior Tribunal de Justiça, editada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, que incumbe o ônus da prova ao credor, autor da ação, ainda aplicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, que analisaremos em seus pormenores mais adiante.

Tanto o código de processo civil (789 do CPC/2015) quanto o código civil (Art. 391 do CC/2002), pátrios, deixam clara a responsabilidade patrimonial do sujeito por suas obrigações, bens presentes e futuros. Resta-nos saber, então, a partir de qual momento processual, a responsabilidade patrimonial do sujeito, por suas obrigações, irá se configurar em fraude, caso haja alienação.

Nossa doutrina (RODRIGUES, 2016, p. 1084), em sua maioria, e a jurisprudência do STJ (06/08/1990), consideram que a citação do réu, em eventual demanda, preenche o requisito que resguarda o credor da dilapidação patrimonial por parte do devedor (Arts. 240 e 312 do CPC 2015). Acontece que, em posição diversa (CAHALI, 2013, p. 509 [et. seq.]), alguns autores consideram o marco temporal, para configurar a fraude à execução, a propositura da ação, com a protocolização da peça exordial. A justificativa para tal é que o devedor pode ter conhecimento de eventual demanda contra si antes mesmo de ser citado, podendo esvaziar seu patrimônio antes mesmo desse momento (DINAMARCO, 2002). Se

fizemos um paralelo, dentro daquilo que seja possível, com a Fraude contra Credores, essa medida não nos parece absurda, já que, naquele instituto, o campo de atuação do credor é bem mais amplo, permitindo-lhe que questione a alienação patrimonial do devedor até mesmo quando este ainda está adimplente e gozando de solvência aparente. Não nos parece tão precipitado caso se adote essa vertente, pois o objetivo do processo é entregar o bem da vida, dentro das regras do jogo, obviamente. Porém, o que se quer evitar é que, após uma movimentação do judiciário, com todo dispêndio necessário, o réu, dentro de suas possibilidades fáticas, isso inclui ter ciência do processo antes de sua citação, furte-se do cumprimento de suas obrigações.

Para nós, nos termos dos arts. 238 e 239 do CPC/2015, fica claro que a intenção da citação é dar conhecimento ao réu de uma demanda que corre contra si, abrindo-lhe, posteriormente, o prazo para preparar sua defesa. O artigo 239 em seu parágrafo 1º deixa claro que o réu pode tomar ciência espontaneamente, conforme sua vontade, tratando-se de um ato formal, momento onde começam a correr os prazos para a sua defesa. Não podemos, então, considerar a defesa do réu, e as formalidades que a precedem, com o momento que caracterizam os atos atentatórios ao judiciário. Tendo conhecimento da ação antes de sua citação (CAHALI, 2013, p. 509), o réu não pode ter o direito de se desfazer de seu patrimônio já ciente de sua possível responsabilização. A citação, reiteramos, é para formalização de sua participação processual, não para se utilizar de artimanhas ilegais para frustrar a entrega do bem da vida.

Notamos que nesse espaço de tempo há um limbo que permite todo tipo de dilapidação patrimonial por parte do devedor, isso porque, não havendo nenhum negócio jurídico anterior à ação, com credores e devedores estabelecidos, não há que se falar em ação revocatória ou inibitória, ainda, não havendo demanda judicial, por não estar consolidada a notificação inicial, ou citação, não há fraude à execução.

Se o Direito está para servir o cidadão, acreditamos que deve haver algum remédio para que se supra essa lacuna temporal, entre ciência de fato e citação válida. O que não se pode aceitar é que o devedor que possua bens e condições financeiras se esquive de cumprir suas obrigações e à determinação judicial proposta contra si.

Embora, mesmo que de maneira sutil, esteja tomando ar essa corrente, a grande maioria doutrinária, inclusive nossos tribunais, entende que a Fraude à Execução só se caracteriza quando se fecha o elo da relação processual, que se dá com a citação. Vejam precedente neste sentido:

1. A jurisprudência desta e. Corte está firmada no sentido de que se a doação ocorreu em momento anterior à citação do devedor (*in casu*, sócio da pessoa jurídica), fica descaracterizada a fraude à execução prevista no art. 593, inc. II, do Código de Processo Civil. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.347.940/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 25.02.2014, DJe 05.03.2014).

Em se tratando de desconconsideração da personalidade jurídica, o art. 790, §3º deixa claro que a Fraude à Execução estará configurada a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconSIDERAR, ou seja, com a citação da parte, pessoa jurídica, no respectivo incidente, o sócio, pessoa física, caso aliene seus bens particulares, poderá estar inserido no instituto de Fraude à Execução. Notemos que o legislador, aparentemente, deduzindo que o sócio, pessoa física, tenha conhecimento de demanda contra sua empresa, procura impedir que este se desfaça de seus bens particulares, que poderão, com a desconSIDERação, fazer parte do acervo que irá garantir a execução contra empresa. Neste contexto, o sócio ainda não figura como polo passivo da demanda, apenas se presume sua ciência de ação contra sua empresa, sendo-lhe tolhida a disposição de bens. A desconSIDERação da personalidade jurídica, assim como o incidente de fraude à execução, embora não se confundam, servem para proteger a responsabilidade patrimonial (RODRIGUES, 2016, p. 1086-1087), evitando que o devedor, então, esconda ou aliene seus bens, manipulando diversas personalidades, físicas, ou jurídicas.

Em decisão recente, a Justiça do Trabalho descobriu, em primeira instância, por meio do CCS – Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional, que determinado sócio de uma executada possuía outra pessoa jurídica sob seu comando. DesconSIDERada a personalidade jurídica, esta outra empresa, que não constava na demanda inicial, passou a ser nova executada. Não havendo bens da empresa originariamente demandada, procedeu-se à desconSIDERação de sua personalidade jurídica. Não havendo bens do sócio que garantissem a dívida, procedeu-se mais uma vez a desconSIDERação da personalidade jurídica, mas neste caso de forma inversa, levando a uma segunda empresa ser responsável pela dívida trabalhista (CSJT, 2016).

Percebemos que o intuito da desconSIDERação da personalidade jurídica é de achar bens onde estejam escondidos, mas não parece ir nesse sentido o entendimento que a Fraude à Execução só se dá com a citação do réu. Se assim for entendido, sempre haverá o limbo desprotegido entre a ciência de fato pelo devedor e a sua citação.

Transportemos essa lógica, que ocorre na desconSIDERação, adotada de maneira sensata, ao nosso entender, à citação inicial. Ora, se o legislador, prevendo a dilapidação patrimonial, proíbe a alienação de bens, por parte do sócio, pessoa física, antes mesmo desse figurar no polo passivo da demanda, antes mesmo de ser julgado o incidente de desconSIDERação de personalidade jurídica, presumindo sua ciência inequívoca a respeito de uma demanda contra a empresa da qual seja sócio, responsabilizando, então, seu patrimônio particular, não visualizamos absurdo em adotar tal prática ao demandado que ainda não fora citado, mas possui ciência inequívoca de demanda contra si proposta. Quando da propositura da ação, antes mesmo da citação, já podemos identificar o polo passivo da relação, embora esta não esteja formalmente triangularizada. Na desconSIDERação da personalidade jurídica, o sócio, ainda não figurando no polo passivo, correrá o risco de seus bens alienados serem considerados em fraude. Não vemos disparate em tal lógica ser adotada na propositura da

ação, onde o réu não fora citado, porém tem ciência inequívoca da demanda contra si, e já figura no polo passivo.

Concordamos que identificar esse momento de ciência do réu fora das normalidades processuais não é matéria de fácil constatação, mas se a formalidade a qual impedisse a dilapidação patrimonial ocorresse com a inauguração da demanda, com sua peça exordial, comprovada a má-fé processual, a garantia de uma execução frutífera se tornaria mais próxima. O que procuramos com o presente artigo é ampliar o campo de atuação que impeça a prática da Fraude à Execução, exatamente por existirem diversas hipóteses cuja intenção é frustrar a obrigação processual. Não podemos nos contentar que nosso ordenamento prescreva de maneira exaustiva todos os atos atentatórios a dignidade da justiça. Temos que considerar que conforme o judiciário se especializa em fechar o cerco aos executados fraudulentos, há uma via inversa, qual seja, de especialização em se blindar o patrimônio perseguido.

Como já dito, a Súmula 375 do STJ, editada sob a égide do CPC/73, ainda é aplicada em nossos tribunais, porém, com o advento do CPC de 2015 uma celeuma se instalou quanto ao ônus probatório dessa alienação patrimonial que comprometa o cumprimento das obrigações estabelecidas. Diante dessa discussão, separaremos a mencionada súmula em duas partes e as relacionaremos com os dispositivos que tratam da Fraude à Execução no CPC de 2015.

Passemos analisa-la, então, dividida em partes, relacionando-a ao CPC/2015. Em sua primeira parte, "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado...", a mencionada súmula parece ser transcrita no nosso atual código de processo civil, tratando do registro público como condição que traz eficácia "*erga omnes*" a terceiros. Neste prisma, nosso novo diploma legal elencou novas situações registrais, trazendo a presunção absoluta de ciência por parte de terceiros, e de presunção absoluta de Fraude à Execução dos bens alienados nessas hipóteses, quais sejam, onde haja o registro público. O professor Rodrigo Reis Mazzei vai além, afirmando ser importante que tal presunção absoluta se aplique a todas as transações que se submetam a registro, e não somente essas elencadas na súmula mencionada ou naquelas contidas no corpo do art. 792 do CPC 2015 (MAZZEI, 2016, p. 157-162).

O art. 792, I se relaciona com 790, I do Código de Processo Civil. Ambos os dispositivos dizem respeito à demanda para entrega de uma coisa específica. Trata-se exatamente do bem fruto da lide, o bem a se perseguir. Inicialmente, nos termos do art. 792, I, não se fala, em primeira análise, de responsabilidade patrimonial, ou seja, mesmo que o devedor seja solvente, possua outros bens que suportem uma possível execução, a discussão é acerca de bens individualizados, determinados. Havendo averbação desta demanda em registro público obviamente a alienação do bem perseguido será tida como fraudulenta. Tal bem, objeto da discussão judicial, só poderá ser substituído com a anuência do autor da ação. Neste inciso do art. 792 do CPC/2015 pode haver uma fusão das características da responsabilidade patrimonial trazidas nos demais incisos do mesmo dispositivo. Isso se dá por que mesmo se perseguindo um bem individualizado, em demanda judicial, podem surgir alguns encargos reflexos à essa persecução, como custas processuais, honorários periciais, advocatícios,

perdas e danos, lucros cessantes etc. Existindo tais encargos, originados pela disputa de bens determinados e individualizados, e se desfazendo de seu patrimônio, o devedor, a fim de fraudar a execução, referente a esses montantes, o credor poderá arguir incidentalmente essa prática, alegando insolvência, ou iminência desta.

Os incisos II e III do art. 792 não tratam do bem exato a ser perseguido, mas da garantia que determinados bens, do devedor/executado, podem dar para resguardar a execução. Neste contexto o código diz respeito à responsabilidade patrimonial. Nesses casos, caberá ao exequente realizar os registros necessários que importem no reconhecimento de terceiros, sob o risco, desse exequente, arcar com os prejuízos de uma alienação, caso tal registro não seja efetuado.

Mesmo havendo outros bens no patrimônio do devedor que garantam a dívida este não poderá alienar os que foram restringidos por força judicial (CABRAL, 2015, p. 1249-1255), parte da doutrina, inclusive, considera que tais atos de disposição, de bens restritos judicialmente, são irrelevantes, e basta que não se considere a existência dessa transação, continuando, então, a execução como se os mesmos ainda estivessem no patrimônio do executado/devedor, não se precisando, dessa forma a recorrer ao instituto da fraude à execução (CAHALI, 2013, p. 595-596). Aqui tratamos da presunção absoluta de fraude à execução, inclusive como dispõe o art. 844 do CPC/2015.

Temos que nos três primeiros incisos do dispositivo 792, em análise, está claro que há presunção absoluta, com eficácia "*erga omnes*", da ciência das restrições, por terceiros, quando registradas. Já percebemos que tanto a súmula 375 do STJ quanto o CPC de 2015 trataram de maneira aparentemente equivalente, quanto à eficácia e presunção, dos bens submetidos a registro. Nesse contexto, é bom que abordemos algumas situações registrais que podem se desenrolar em uma demanda judicial.

O princípio da continuidade registral prega (CAHALI, 2013, p. 496-497) que deve haver uma cadeia de registros, lógica, que demonstre e individualize cada titular nessa gama de sucessões, demonstrando-se seus titulares, antecedentes e sucessores. Há que se observar uma continuidade cronológica quanto a seus titulares e suas respectivas titularidades, respeitando-se, então, cada ato de transmissão, sem que seja omitida qualquer nova situação ou informação que apareça. Em detrimento de tal princípio, é que se proíba, embora existam decisões em contrário, que, no decorrer de um processo judicial, seja averbada, no registro do respectivo imóvel, a penhora, se este bem foi alienado, mesmo que em Fraude à Execução. Melhor explicando, caso o devedor, em demanda contra si proposta, aliene um imóvel, fruto de penhora não averbada em registro público, não poderá o autor averbar tal restrição posteriormente, pois não há mais no registro público imóvel em nome do devedor principal, se assim o fizesse, a cadeia de atos registrais seria quebrada. O que a doutrina e jurisprudência, majoritários, defendem é que somente após o cancelamento desse registro, quando julgado procedente o incidente de Fraude à Execução, é que, concomitantemente, será averbada a referida penhora ou, quando exauridos os atos executórios, com o cancelamento do registro

da alienação fraudulenta e registrado em nome do arrematante ou adjudicante (CAHALI, 2013, p. 496-497).

Questão interessante surge quando há contrato de compra e venda de bem imóvel anterior a qualquer demanda processual, sem o devido registro imobiliário, e posterior restrição judicial desse bem. Não havendo fraude contra credores nem mesmo processo judicial que pudesse configurar uma fraude à execução, em uma relação jurídica de compra e venda, por meio de contrato particular, sem o registro de tal transação no respectivo registro imobiliário, como ficaria o comprador que adquiriu essa propriedade se o bem, não registrado, fosse objeto de penhora em demanda futura contra aquele vendedor? Esse descuido do comprador lhe custaria o imóvel adquirido? Essa penhora averbada no devido registro geraria presunção absoluta contra esse comprador originário? Essa questão poderia ser fruto de debate em sede de Embargos de Terceiro? Não havendo a transmissão do bem dentro dos parâmetros legais, que exige o registro público para tal, o STF se posicionou que o adquirente de bem imóvel, que tivesse sofrido a restrição em uma penhora judicial, de processo no qual não faça parte, não poderia tentar reaver tal bem em sede de embargos de terceiro (Súm. 621 STF).

Acontece que o próprio STF, embora editada súmula, resolveu decidir de forma abrandada, se não distinta, quanto ao entendimento disposto. Analisando o caso concreto, onde, no arsenal probatório, juntamente com o contrato particular de promessa de compra e venda, restava claro que o adquirente comprara o imóvel muitos anos antes à demanda judicial que restringia seu bem, o próprio STF admitiu os embargos de terceiro, dando razão a este adquirente que não registrara o imóvel, apesar do negócio jurídico instaurado (2ª Turma do STF 14.08.1987, JSTF 108/5).

Diante desse abrandamento, a jurisprudência pátria caminhou no sentido de permitir os embargos de terceiros, conforme cada caso concreto, onde havia aquisição de bem imóvel sem o devido registro. Assim, posteriormente, o STJ editou a Súmula 84 justamente nesse sentido. Obviamente que cada caso deva ser analisado em sua completude para que se evite a confecção de contratos fraudulentos com data retroativa, a fim de frustrar processo ou execução em andamento. Entendemos que não basta a simples apresentação de contrato particular de compra e venda, com data anterior à demanda judicial que restringe o bem imóvel objeto da discussão, para que se ofereçam embargos de terceiro. Diante de cada caso, todo arsenal probatório que o adquirente/embargante possuir deverá ser levado para análise do magistrado.

Notemos que já fora falado da presunção absoluta de ciência por terceiros, e de consequente fraude à execução, quando a penhora tiver sido averbada no respectivo registro público. Porém, devemos considerar um marco temporal para que essa presunção tenha efeito. Devemos considerar que nos casos de aquisição de bem imóvel, por meio de contrato particular de compra e venda sem registro, embora a penhora, em processo contra o alienante, venha a ser averbada, sua presunção não pode ter esse efeito em contratos elaborados anteriormente. Tal presunção absoluta se dá apenas a contratos que vierem, eventualmente, a ser efetuados após a restrição, não antes. Nesse diapasão, de produção jurisprudencial e

doutrinária, o código de processo civil também inovou trazendo o §4º ao artigo 792, que dispõe sobre os embargos de terceiro contextualizado no tema ora em análise que trata de fraude à execução.

Tal novidade está longe de chegar a uma aplicação comum, e para explicar tal afirmação deveremos confrontá-la com a parte do código de processo civil que trata de maneira geral e abrangente o tema embargos de terceiro em seu art. 675, quando permite que os embargos de terceiro sejam opostos a qualquer tempo. Por estar ainda em construção jurisprudencial, o tema trazido pelo §4º do art. 792, aparentemente tem aplicações de maneiras diversas em nossos Tribunais. Em primeira análise, parece-nos claro que o §4º se aplica contextualmente nos incidentes de fraude à execução, ou seja, obtendo conhecimento de um terceiro adquirente, o juiz irá intimá-lo a fim de que ofereça os respectivos embargos de terceiro, quanto à discussão do bem alienado em incidente de fraude à execução, no prazo de 15 dias.

Desse dispositivo, temos posições divergentes, tanto de nossos tribunais quanto de nossa doutrina. Embora nos pareça clara a intenção desses embargos tratarem apenas de matéria suscitada em incidente de fraude à execução, temos que alguns Tribunais, ao comunicarem ao terceiro adquirente, antes de julgar o referido incidente, irão intimá-lo para oferecer embargos de terceiro não somente à questão suscitada em fraude. Nesse sentido, a expoente Magistrada, Mestre e Doutora, Trícia Navarro (2017, Informação Verbal), ao intimar o terceiro adquirente identificado em fraude à execução, entende que o prazo que se abre, de 15 dias, mesmo que para embargar no incidente do art. 792, §4º, o intimado deverá arguir todo e qualquer tipo de matéria que possa ser tratada em sede de embargos de terceiro, inclusive sobre matéria que se desconecte do incidente que lhe deu espaço. Parte da doutrina considera tal prazo, de 15 dias, preclusivo (JORGE, 2017, Informação Verbal), posicionamento este aparentemente majoritário, enquanto outra vertente, esta minoritária, acredita se tratar de prazo decadencial. O professor Marcelo Abelha assim discorre:

Parece-nos que este dispositivo citado fixa um prazo decadencial para o terceiro ajuizar a referida demanda quando seja intimado pelo juiz para manifestar-se acerca da constrição do bem que supostamente seria de sua posse ou propriedade (RODRIGUES, 2016, p. 1088).

Tratando-se o prazo decadencial de uma consequência mais gravosa, caso seja adotado o entendimento trazido pela ilustre Magistrada, o de tratar toda matéria em sede de embargos de terceiro que surge no incidente de fraude à execução, entendemos que tal prazo não deva assim ser caracterizado. Seria menos danoso que tal prazo fosse preclusivo, podendo a matéria, posteriormente ser discutida em ação autônoma. Talvez, esse prazo, decadencial, sugerido pela doutrina minoritária, tivesse uma aplicação caso os embargos de terceiro do art. 792 §4º pudesse apenas e exclusivamente tratar de matéria arguida em fraude à execução, dando fim, então, à discussão quanto àquele tema pontual. Tratamos aqui apenas de suposições, dada, ainda, à baixa criação jurisprudencial e doutrinária em cima do tema. Trata-se de legislação extremamente nova que depende de tempo para que se consolide alguma posição, se isso realmente for capaz de ocorrer. A característica decadencial possui

consequências mais extremas, por isso devemos prestar maiores cuidados ao inseri-la em determinado conceito, o que acreditamos não se encaixar em nenhum dos casos, mesmo que em interpretação mais rigorosa.

O que, de forma pacificada em conjunto com a doutrina e jurisprudência, entendemos, é que, não oferecidos os embargos de terceiro no prazo de 15 dias, quanto à matéria arguida em fraude à execução, com conteúdo relativo à fraude, o terceiro adquirente não poderá recorrer ao art. 675 do CPC/2015 que permite que tais embargos sejam oferecidos a qualquer tempo.

Nesse sentido foi editado o enunciado 191 no VI Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis – VI FPPC, realizado nos dias 23, 24 e 25 de outubro de 2015, em Curitiba-PR, sob a coordenação de Fredie Didier Jr. (coordenação geral) e Eduardo Talamini e Rogéria Dotti (coordenação local):

arts. 792, § 4o, 675, caput, parágrafo único) O prazo de quinze dias para opor embargos de terceiro, disposto no § 4o do art. 792, é aplicável exclusivamente aos casos de declaração de fraude à execução; os demais casos de embargos de terceiro são regidos na forma do caput do art. 675 (Grupo: Execução; redação revista no VI FPPC-Curitiba.

A questão que trazemos aqui é quanto à matéria, que poderia ser discutida em sede de embargos de terceiro, mas não se conecta com o incidente de fraude à execução. Quando o magistrado abre o prazo de 15 dias para que o terceiro adquirente embargue, há controvérsia quanto à matéria que deva ser tratada, se somente àquela ligada ao incidente, ou toda a matéria tratável em embargos de terceiro. Caso este terceiro não trate da matéria desconexa ao incidente de fraude, surge a dúvida, se o mesmo poderia oferecer embargos a qualquer tempo, nos moldes do art. 675. Embora não haja posição consolidada, entendemos que o incidente de fraude à execução, que permite o embargo de terceiros em 15 dias, deve tratar apenas da matéria que envolve o incidente. Havendo outras questões tratáveis em sede de embargos, devemos aplicar o art. 675 do CPC 2015. É nosso melhor juízo ao lermos o Enunciado 191 do VI FPPC de Curitiba.

Isso porque, entendemos que o código de processo civil de 2015 nos trouxe uma situação excepcional ao prescrever o §4º do art. 792, colocando o instituto justamente no contexto de seu dispositivo. Sendo disposto no artigo que trata de fraude à execução, entendemos que o legislador ali o colocou estrategicamente para ser apresentado somente neste incidente, para decidir de uma vez por todas a questão ligada à fraude. Nos casos gerais, aplica-se o art. 675, não tolhendo, então, os direitos do terceiro adquirente, que contraiu um bem sem fraudar qualquer credor ou a execução, não atingindo então os negócios jurídicos praticados sem conexão com qualquer fraude.

Caso seja entendido que o terceiro tenha o prazo de 15 dias para se manifestar quanto à aquisição de bens não configurados em fraude, nem mencionados nesse incidente, temos que este adquirente sofrerá prejuízos, de difícil reparação posterior, contra seu patrimônio, por decisão fora do contexto previsto legalmente. Percebemos que dada a novidade do

tema nossa jurisprudência ainda está em processo de construção e que, conforme cada caso concreto, sua aplicação dependerá de uma espécie interpretativa.

Por fim, o inciso IV do artigo 792, trata da fraude à execução quando determinados bens não podem ser registrados, por suas características intrínsecas (Ex: uma bicicleta muito cara), ou pela fase processual que não permite que sejam registrados, que não haja oportunidade processual para averbar uma restrição judicial, ou ainda não haja uma restrição dessa natureza. O inciso em análise diz respeito à alienação que possa resultar na insolvência do devedor. Em primeira interpretação podemos nos levar ao erro de que o processo é que causará a insolvência deste réu/devedor, mas o dispositivo diz respeito aos atos de alienação durante o processo que o levem a tal situação (RODRIGUES, 2016). Resta-nos saber a partir de quando os atos de disposição patrimonial, não submetidos a registro, poderão se configurar em fraude à execução. Nesta situação os atos do devedor irão requerer uma análise mais aprofundada, pois nessa fase ainda não há registros, sobre os bens, que possam prevenir possíveis alienações. A dilapidação patrimonial deverá ser analisada em cada circunstância. É nesse cenário que surge a discussão já debatida neste artigo, de quando se configura a fraude à execução, se a partir da citação inicial ou a partir da "ciência de fato" do réu. Na situação prevista neste precedente o credor, conforme a segunda parte da súmula supramencionada: "...ou da prova de má-fé do terceiro adquirente"), deverá provar a má-fé do terceiro adquirente.

Neste momento é oportuno que passemos a confrontar a dita súmula com o que expõe a novidade trazida pelo CPC de 2015 em seu art. 792, §2º, quando exige a adoção das cautelas necessárias pelo terceiro adquirente. Até então, sob a edição da súmula 375 do STJ tínhamos que o ônus probatório, quanto às alienações em fraude à execução onde não houvesse registro, caberia tão e somente ao credor, autor da demanda.

Vimos também que em caso de registro, devidamente efetuado, a presunção de ciência possui eficácia "erga omnes", não cabendo falar em boa-fé, ou que foram adotadas as cautelas necessárias para a aquisição do bem. A presunção é absoluta.

A celeuma se dá justamente por conta de uma primeira impressão que o comando trazido no §2º do art. 792 nos dá, que, em análise superficial, leva-nos a crer que o terceiro adquirente só deverá adotar as cautelas necessárias, cabendo-lhe então o ônus da prova, quando não há possibilidade de registro, do bem, por não ser o objeto passível de registro ou por não haver ainda oportunidade processual para tal, ou, ainda, não há possibilidade do registro da demanda, como no caso do inciso I do mesmo artigo. Havendo possibilidade do registro, o ônus da prova da má-fé do terceiro adquirente caberia única e exclusivamente ao credor, como dispõe a mencionada súmula 375 do STJ.

É de posição majoritária que a inovação trazida pelo CPC 2015 em seu art. 792, §2º deva ser interpretada de forma extensiva, ou seja, as cautelas necessárias a serem adotadas pelo terceiro adquirente devem estar presentes também quando havia a possibilidade de se registrar o bem ou a demanda, mas por algum motivo não o foi. A professora Tereza Arruda Wambier, inclusive, acredita que, com o advento do CPC de 2015, a segunda parte da referida súmula 375 do STJ deve ser revogada (LIMA, s/n; RODRIGUES, 2016, p. 1146-1147).

Buscando amparo nos arts. 5º, 6º, 378, 380, 401, 772, todos do CPC 2015, a doutrina majoritária justifica tal interpretação extensiva (RODRIGUES, 2016). Tais dispositivos trazem ao processo os princípios da boa-fé processual, da coparticipação na produção de provas, assim como as determinações para que terceiros colaborem, prestando informações ao juízo. Diante dessa interpretação, que nos parece a mais correta, em toda e qualquer situação, o terceiro adquirente deverá demonstrar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição desse bem, mesmo quando a situação permitia registro e ainda assim não fora feito. Importante deixar claro que aqui falamos do terceiro que adquiriu o bem diretamente do alienante que consta no polo passivo da demanda, pois o terceiro que adquiriu de outro terceiro estará isento desse ônus probatório, cabendo a prova de má-fé, dessas sucessivas alienações, ao credor. Nesta situação, de terceiro que adquire bem de terceiro, que não foi registrado, porque não podia ou mesmo podendo não o foi, esta aquisição se presume de boa fé. (LIMA, s/n; RODRIGUES, 2016)

Não podemos, nessa etapa de nossos estudos, deixar passar essa questão da boa-fé do terceiro adquirente sem, com "*Data Máxima Vênia*", fazer uma crítica. Sabemos que o terceiro adquirente, sem anuência do autor da ação, não poderá figurar no polo passivo da demanda (Arts. 108 e 109 do CPC/2015), a não ser como assistente. Notamos, no entanto, que o legislador procura proteger a todo custo essa figura que aparece no decorrer de uma demanda judicial. Procura-se resguardar de todo jeito o patrimônio desse terceiro adquirente que agiu de boa-fé, como se esta fosse mais significativa do que a boa-fé do autor da demanda, que já havia instaurado uma relação com o devedor muito antes desse novo personagem. Em nosso entendimento, a boa fé desse credor, originário, que possui uma relação anterior com este devedor/alienante, deveria ser levada em consideração em detrimento à boa-fé desse terceiro adquirente, que, mesmo adquirindo o bem não registrado, nas melhores das intenções, apenas foi ludibriado pelo réu/executado/devedor, como o fora o credor originário, não podendo haver transferência dessas consequências (LIMA, s/n; RODRIGUES, 2016).

Outra questão nos surge, ainda quanto ao inciso IV, no que diz respeito ao momento de alienação dos bens, que serviriam de garantia à execução, para que haja configuração de fraude à execução. Conforme Cahali (2013), corrente minoritária alega que qualquer ato de disposição de bens durante uma demanda judicial poderão ser consideradas em fraude, havendo insolvência ou não. Outra corrente, esta majoritária, defende que somente a alienação do último bem, que tornasse o devedor insolvente, seria considerada em fraude. Ou seja, havendo diversos bens, cujo valor total fosse superior a dívida, o devedor poderia aliená-los conforme lhe fosse conveniente, mas, no momento, após diversas alienações, que o valor de patrimônio se tornasse menor que sua dívida, os últimos bens alienados que deram causa à insolvência, deveriam ser considerados em fraude, e a alienação destes últimos bens, consequentemente, ineficaz diante do credor. (CARNELUTTI, 2004, p. 717).

Nesse diapasão, deveria estar caracterizado o dano, o prejuízo ao credor, a simples disposição patrimonial não incidiria em fraude à execução se tal prejuízo não fosse verificado (CAHALI, 2013, p. 582).

Entendemos que não se pode adotar nenhuma das duas correntes de maneira irrestrita, “data máxima vênia”. Acreditamos que devemos analisar cada caso concreto para aplicar uma ou outra teoria, explicaremos.

Imaginemos um devedor/réu/executado que possua extrema saúde financeira, com um patrimônio vasto, que garanta mais do que suficientemente suas dívidas. Porém, imaginemos que esse mesmo devedor se desfaça de todos seus bens de maior liquidez, alienando-os, onerosamente ou não, restando em seu patrimônio bens de grande valor, porém de péssima liquidez. Obviamente essa situação irá frustrar a execução, devendo ser considerados em fraude a alienação dos bens cuja liquidez é maior, que efetivamente satisfizessem a execução.

Por fim, dentre as diversas, outra situação que pode surgir é quando o executado possui muitos bens, um patrimônio considerável, e tenta de todas as formas se desfazer de tudo que possa garantir a execução. Mesmo que haja essa escancarada intenção de dilapidar seu patrimônio, não vemos como o bastante para que a alienação desses bens se configure como Fraude à Execução. Isso porque, satisfazendo a dívida, ao fim do processo, não há motivo para que os negócios jurídicos efetuados, mesmo que em tentativa de frustrar a execução, sejam ineficazes diante do credor que nenhum prejuízo veio a sofrer (CAHALI, 2013, p. 586-594).

Conclusões

Dada à mudança legislativa e à manutenção jurisprudencial aparente, percebemos que será necessário que o tema seja tratado com extrema elasticidade interpretativa, devendo a doutrina, e a jurisprudência que se for criando, traçar caminhos que levem à uniformização das decisões nos incidentes de fraude à execução. Há uma manifesta modificação quanto ao ônus probatório, trazido pelo CPC de 2015, que aponta novos rumos. A solução provavelmente virá com exaustivas análises de casos concretos, interpretações, tudo conforme a base principiológica processual e constitucional, valorando-se a dialética inserida e exaltada no atual processo civil.

O tema relativo aos embargos de terceiros, em incidente de fraude à execução, também é novidade que ainda há muito caminho para trilhar. A análise dos efeitos de seu prazo e conteúdo ainda demanda tempo e experiência, conquistadas, também, com práticas reiteradas de produção de precedentes. O presente artigo, com orientação da mais qualificada doutrina, procurou expor a nova problemática surgida diante do Código Processual Brasileiro de 2015 e apontar um direcionamento que nos pareça razoável. Obviamente, os estudos acerca do tema estão longe de serem conclusivos, no entanto, dificilmente, qualquer tema dentro desse vasto campo de trabalho, que é o Direito Processual, haverá debates conclusivos, mesmo que nossos Tribunais, em determinada época e cenário, político, jurídico, econômico ou social, adotem uma linha de aplicação.

Referências

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Cognição e decisões do juiz no processo executivo". Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.429/SP, Quarta Turma, Brasília, DF, 19 de junho de 1990. Diário da Justiça, Brasília, DF, 6 ago. 1990.
- CABRAL, Antonio do Passo. II. CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. 1. Direito processual. 2. Direito processual - Brasil. 3. Processo civil - Brasil. I. Cabral, Antonio do Passo. II. Cramer, Ronaldo. III. Título.
- CAHALI, Yussef Said. Fraudes contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2013.
- CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil. Francesco Carnelutti. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ª Ed. São Paulo: - Lemos e Cruz 2004. Pág. 706. Título Original: Sistema de Diritto Precessuale Civile.
- CSJT. Processo 00047-2014-074-03-00-7 (AP) — Acórdão em 29/11/2016). Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/noticias-dos-trts/-/asset_publisher/q2Wd/content/jt-utiliza-ccs-para-identificar-fraude-e-incluir-construtora-controlada-por-socio-em-execucao?redirect=%2Fnoticias-dos-trts>. Acesso em: 15/05/2017.
- DINAMARCO, Candido Rangel. Execução Civil. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil esquematizado. Coordenador Pedro Lenza – 7ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2016 – Coleção Esquematizado.
- JORGE, Flávio Cheim. Mestrado UFES. Vitória, 2017. Debate ocorrido no dia 26 de Maio de 2017 na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, em aula eletiva por ele ministrada e pelo Professor Marcelo Abelha, para preenchimento dos requisitos essenciais para conclusão do Curso de Mestrado.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva. 1968.
- LIMA, Rafael de Oliveira; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fraude à execução e terceiro adquirente*. Texto inédito.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. *Fraude à execução no CPC/2015: algumas questões registrais*. In: Coleção repercussões do novo CPC, Direito Notarial e Registral, 2016.
- MIGALHAS. O que fazer quando o executado é um "cafajeste"? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>>. Acesso em: 15/05/2017.

- NAVARRO, Trícia. Mestrado UFES. Vitória, 2017. Debate ocorrido no dia 26 de Maio de 2017 na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, em aula eletiva ministrada pelo Professor Marcelo Abelha, para preenchimento dos requisitos essenciais para conclusão do Curso de Mestrado.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil / Marcelo Abelha. – 6.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-7075-8 1. Execuções (Direito). 2. Processo civil. I. Título.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo de Execução e Cumprimento da Sentença. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Universitária de Direito, 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et. al]. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1146/1147.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a distribuição dinâmica do ônus da prova no contencioso tributário

Roberto Sartório Junior¹

Resumo: O presente trabalho tem o escopo de realizar uma análise acerca da aplicabilidade do instituto do incidente da desconsideração da personalidade jurídica e da distribuição dinâmica do ônus da prova no âmbito do contencioso tributário, mais precisamente nas execuções fiscais. Conforme observam-se nos processos executivos envolvendo fisco e contribuinte, os entes federativos, de forma contumaz e arbitrária, requerem o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio-administrador, a fim de obter o cumprimento do dever jurídico com o pagamento da prestação pecuniária devida ao ente pela pessoa jurídica. O fundamento para tal ato funda-se no artigo 135 e seus incisos do Código Tributário Nacional, de modo que o redirecionamento dá-se de forma automática. Eis, portanto, que surge a indagação acerca da possibilidade do uso do procedimento do referido instituto, dando ao contribuinte o uso da garantia fundamental do contraditório, de maneira a proceder, por vezes, com o uso da distribuição dinâmica do ônus da prova para evitar a produção de uma prova impossível por parte do sócio.

Palavras-chave: Incidente de desconsideração da personalidade jurídica; Prova; Execução fiscal; Responsabilidade tributária; Contraditório.

Introdução

O tema ora estudado tem o escopo de analisar aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e, por conseguinte, da distribuição dinâmica do ônus da prova no contencioso tributário, haja vista no âmbito das execuções fiscais.

De início, far-se-á a análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, com apresentação de suas nuances. Em seguida, o artigo partirá para análise do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, sendo que, de antemão, realizará o desenvolvimento da importância do contraditório, norma fundamental ditada pelo Código de Processo Civil, para a obtenção de um resultado justo para as partes.

Nesse panorama, prosseguirá para o estudo do redirecionamento da execução fiscal e as razões que embasam a aplicabilidade do incidente do art. 133 do CPC na ação exacional.

¹ Mestrando em Direito Processual pela UFES.

Por fim, haverá a verificação do uso e da relevância da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo com o fito de demonstrar a promoção de isonomia entre as partes e, desse modo, efetivar decisões justas visando assegurar a tutela do direito material violado.

Por conseguinte, em linhas gerais, o presente estudo buscará analisar a prática contumaz por parte das Procuradorias das pessoas políticas de direito público de procederem com o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio administrador da empresa executada pelo Fisco, de modo a compeli-lo a pagar ou nomear bens a penhora sem a observância do contraditório. Caso não haja o pagamento nem a nomeação, o Estado-juiz prosseguirá com a constrição do patrimônio do suposto responsável tributário.

Vê-se, nesse aspecto, que a autoridade fiscal redireciona a execução fiscal contra o sócio sem sequer ter dado a este a possibilidade do contraditório em processo administrativo antes da inscrição do crédito tributário em dívida ativa. Isto é, em um ato, diga-se de passagem, arbitrário, responsabiliza o sócio por meio da inserção do nome deste na certidão de dívida ativa, cujo fundamento é a prática de atos descritos nas hipóteses do artigo 135 do Código Tributário Nacional. E o pior, a responsabilidade tributária é visualizada tão somente com nome do responsável na CDA, deixando a uma importância secundária a juntada de provas de que o novo executado tenha praticado atos de infração à lei ou excesso de poderes mediante uma discussão administrativa com o efetivo contraditório.

O responsável tributário, por sua vez, depara-se com obstáculos para realizar a defesa no âmbito judicial. Caso opte pela exceção de pré-executividade, ele não poderá realizar uma cognição profunda, já que tal meio não permite dilação probatória, exigindo, assim, uma prova pré-constituída. Outro meio de defesa seria os embargos à execução fiscal, no entanto, tais embargos representam um instrumento mais oneroso ao responsável, uma vez que terá que garantir o juízo para que ocorra a suspensão da exigibilidade do crédito tributária com o depósito integral do débito tributário.

Desse modo, observa-se a viabilidade da aplicabilidade do incidente da desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais com a finalidade de garantir o efetivo contraditório - norma fundamental apregoada pelo Novo Código de Processo Civil, de forma a obter um resultado justo e adequado.

Tal instituto de intervenção de terceiros acarretará menos onerosidade ao responsável, além de proporcionar um debate mais justo dentro do processo com o uso da distribuição dinâmica do ônus da prova. A carga dinâmica probatória, por sua vez, evita com que o sócio realize a produção de uma prova negativa de que não realizou os atos descritos no art. 135 do CTN. Ora, a mera menção deste dispositivo na certidão de dívida ativa, que embasa a execução fiscal, não pode servir de suporte para a formação de convicção do julgador, já que houve cerceamento de defesa antes mesmo da confecção da CDA. Nesse sentido, percebe-se que o responsável fica fadado a realizar a produção de uma prova impossível, uma prova diabólica, visto que não tem como provar que não praticou os atos ilícitos que fundamentam o redirecionamento.

Diante dessa situação, necessária será a “inversão do ônus da prova” para que a Fazenda Pública prove a prática pelo sócio das hipóteses descritas do mencionado art. 135, ainda que a certidão de dívida ativa goze de presunção de certeza e liquidez.

Feita essas colocações, o presente artigo partirá com a análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro.

A desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro

A desconsideração da personalidade jurídica é oriunda da doutrina inglesa que a denominou de *disregard of legal entity* cujo objetivo é tornar ineficaz, de forma episódica, a personificação jurídica a fim de proceder com a responsabilização dos sócios ou administradores que usaram do abuso de direito para manipular a pessoa jurídica.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2014, p. 423) lecionam que “o ato constitutivo da pessoa jurídica poderá, episodicamente, tornar-se ineficaz em relação a terceiros, prejudicados pela prática de condutas abusivas ou ilícitas pelos sócios, utilizando-se da personalidade jurídica como véu protetivo”.

Vê-se que o referido instituto é visualizado diante do abuso de direito, sendo este a fonte para a configuração da desconsideração da personalidade jurídica, cujas hipóteses estão dispostas no artigo 50 do Código Civil².

Destaca-se que a desconsideração não é sinônimo de sucessão, tampouco de substituição processual (BIANQUI, 2011, p. 111), uma vez que a inclusão do sócio no pólo passivo não faz com que seja sucessor processual da sociedade executada inicialmente. Isto é, como a pessoa jurídica não é extinta com a desconsideração e continua sendo parte e respondendo pela dívida, o sócio não assume o lugar em definitivo da pessoa jurídica. Ademais, não há que se falar em substituição, já que o substituto sempre defende direito alheio, ao passo que na desconsideração o sócio atingido defende seu próprio direito e não da sociedade empresária. Some-se a isso, tanto o sócio quanto a pessoa jurídica permanecem no pólo passivo na hipótese de desconsideração, ao contrário dos casos de sucessão e substituição processual.

Aponta-se, assim, o esclarecedor entendimento de Rodrigo Reis Mazzei sobre o tema:

Desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica importa em ignorar os efeitos da sua personificação num determinado caso concreto, isto é, mitigar a existência de obstáculo à responsabilização dos sócios e administradores de determinada sociedade. [...] Não há, assim, decisão que importa em extinção da pessoa jurídica, mas apenas considera como ineficaz a personificação societária naquele caso

² Art. 50. Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

concreto, alvo de julgamento. A pessoa subsiste ainda que, em determinadas circunstâncias, o princípio da autonomia patrimonial, que a suporta, seja rompido.³

Nesse sentido, percebe-se que uma pequena diferenciação entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização pessoal do sócio. Nesta as hipóteses encontram-se no art. 135, do Código Tributário Nacional, isto é, de vinculação de terceiros, que representa o contribuinte ou lhe serve de instrumento (BALEEIRO, p. 755, 2009, p.755). que exprime que são pessoalmente responsável pelos créditos tributários os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado em razão de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. No mencionado dispositivo encontra-se o fundamento que embasa o redirecionamento da execução fiscal que não se confunde com a desconsideração contida no art. 50 do Código Civil.

O problema é que, no campo pragmático, o uso do art. 135 do CTN pelos aplicadores do direito é feita sem observar de forma atenta aos critérios colocados pelo legislador para configurar a responsabilização pessoal. De modo contumaz, é admitida a responsabilização dos sócios, ainda que o débito inadimplido seja oriundo dos atos ilícitos decorrentes do referido artigo.

Em que pese essa pequena diferenciação, necessário será um estudo mais detido concernente aos efeitos que gerará o novel incidente de desconsideração de personalidade jurídica do Código de Processo Civil no contencioso tributário.

A lei de execução fiscal e o incidente de desconsideração da personalidade jurídico do Código de Processo Civil

A Importância do contraditório para o alcance de um resultado justo

De início, cumpre frisar que, o contraditório se apresenta como valor-fonte do processo democrático (ZANETI, 2014, p.81), e como elemento intrínseco do próprio acesso à Justiça (GRECO, 2005, p. 541), a garantia do contraditório, conhecido também como direito da parte de informação-reação (CABRAL, 2010, p. 104) informação-reação denota que as partes têm o direito a se manifestar em relação às alegações levantada pela outra parte antes da formação de convicção do juiz na decisão.

Desse modo, conforme apregoado pelos art. 9º e 10 do CPC/2015, deve o magistrado ouvir o sujeito de direito subjetivo e o sujeito de dever jurídico para, por conseguinte, proferir decisão buscando uma maior democratização no processo por meio de um efetivo contraditório.

³ MAZZEI, Rodrigo Reis. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e no novo Código de Processo civil in: Direito processual empresarial. Org BRUSCHI, Gilberto Gomes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 764.

A propósito, Elio Fazzalari (1996, p. 83), ao demonstrar o contraditório como elemento principal do processo, assevera ser este um procedimento em contraditório, de modo a realizar a verdadeira função dialética estruturante. Ademais, ensina que o processo é um lugar a produzir efeitos por meio da atuação das partes em contraditório de maneira que uma não pode excluir a atividade da outra, já que o papel de cada sujeito de direito são reflexas o que demonstra a conexão de correspondência de poderes, deveres e a faculdades. Em conformidade a isso, o jurista italiano ensina:

Il procedimento va, infine, riguardato come una serie di facoltà, poteri, doveri: quante e quali sono le posizioni soggettive che è dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch'esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetta ad un soggetto quando un dovere sai stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l' esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l'insorgere di un altro potere (o facoltà o dovere)⁴.

Nesse aspecto, por fim, ainda sobre a importância da participação da parte no contraditório, Fredie Didier leciona que:

A garantia de participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional dá cumprimento à garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.⁵

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a Lei 8.630/80

A par disso, os arts. 133 ao 137, que dispõem acerca do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, guardam consonância em relação à observância da norma fundamental do contraditório ao exigirem a prévia citação do sócio antes de se iniciar sua inserção no pólo passivo tendo em vista a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, de forma a notar que o novo Código fixou um novo paradigma concernente à concretização do contraditório.

Feita essa análise preliminar, investigar-se-á a aplicação do procedimento do incidente do art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil no âmbito das execuções fiscais.

De antemão, sabe-se que o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio-administrador da empresa executada é fundamentado nos art. 135, III, do CTN contida da certidão de dívida ativa. Sob a alegação da presunção de liquidez e certeza da CDA, muitos magistrados autorizam o redirecionamento sem sequer se ater se houve antes da confecção do título executivo extrajudicial a observância da ampla defesa e do contraditório dentro do

⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 78.

⁵ DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: JusPodvim, 2017. P. 92.

procedimento administrativo para discussão do lançamento tributário, bem como da prática dos atos ilícitos levantados pelo fisco.

Dessa forma, os Tribunais brasileiros têm permitido o redirecionamento da execução fiscal sem ter a prévia citação, ou possibilidade de contraditório à pessoa física a ser responsável pelo débito tributário da empresa. Nesse passo, tão somente após a autorização do redirecionamento pelo juízo, o sócio tem como meios de defesa a oposição do dispendioso embargo à execução ou, dependendo das nuances do caso concreto, da exceção de pré-executividade, a qual, por sua vez, não permite uma cognição profunda. Já que não é possível uma ampla dilação probatória, ficando atrelada a oposição de argumentos relativos à matéria de direito.

Diante dessa situação, a aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica torna-se uma solução para essa problemática que tanto aflige sócios que, de modo recorrente, são responsáveis por dívidas tributárias indevidamente em decorrência do arbítrio da Fazenda Pública. Isso oportuniza o respeito ao contraditório e à ampla defesa na execução fiscal com a citação prévia do sócio-administrador para se manifestar acerca do redirecionamento e, a partir disso, fazer com que o juiz, à frente dos elementos probatórios esposados nos autos, decidir pela responsabilização ou não do sócio do crédito tributário consubstanciado na certidão de dívida ativa.

Em consonância a isso, a Lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), em seu art. 1º, permite a aplicação de forma subsidiária do Código de Processo Civil nos pontos omissos na referida lei especial. Portanto, em razão de inexistir determinado procedimento para os casos de redirecionamento, imperioso será a adoção do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Não obstante isso, O Superior Tribunal de Justiça⁶, a princípio, está entendendo pela não aplicação do instituto do art. 133 do CPC/2015 influenciado pelo Enunciado 53 da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) segundo o qual “o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC”.

No entanto, tal entendimento não deve prosperar. Ora, além da Lei 6.830/80 permitir a aplicação de forma subsidiária das regras do novel Código, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica permite um contraditório efetivo com a insurgência do pretense responsável contra o fato de assumir o polo passivo da nova relação jurídico-tributária, bem como da ação executiva.

Mary Elbe de Queiroz e Antonio Carlos F. de Souza Júnior (2015, p. 272) ensinam que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica tem aplicabilidade obrigatória na execução que haja discussão da ocorrência de hipótese de responsabilidade tributária

⁶ “[...]Em relação à alegada ofensa aos arts. 133, 134 e 135 do CPC/2015, diante da não aplicação das regras relacionadas ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, verifica-se que o Tribunal de origem afastou a análise de tais argumentos observando que na execução fiscal não se aplica o contido nos referidos regramentos, em conformidade com o enunciado 53 do ENFAM.” (RECURSO ESPECIAL Nº 1.669.488 – PR (2017/0100197-5), MINISTRA REGINA HELENA COSTA, Pub. 23.05.2017)

não imputada anteriormente na ocasião da norma individual e concreta lavrada, isto é, do lançamento tributário pela autoridade fiscal.

Instaurado o incidente, o novo sujeito passivo pode contestar a liquidez e a certeza do crédito tributário e, outrossim, o controle de legalidade prévio pela autoridade fiscal, visto que o exercício do contraditório foi relegado.

Embora parte da corrente doutrinária evoque a diferenciação entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade tributária para não aplicar os dispositivos do CPC/2015, tal entendimento não pode ganhar respaldo, uma vez que os efeitos do abuso de direito do art. 50 e dos atos ilícito do art. 135, III, do CTN são os mesmos tanto no campo do direito material quanto no campo do direito processual, ou seja, os dois dispositivos intencionam ter a satisfação do crédito executado contra pessoa diversa devedor de origem.

Observa-se que a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica conferirá, decerto, maior segurança às partes envolvidas, que poderão, através da dilação probatória, comprovar a subsunção ou não às hipóteses do art. 135 do CTN (GRUPENMACHER, 2015, p.19).

Conclui-se, nesse sentido, que a aplicação do incidente nas execuções fiscais está em consonância com as normas fundamentais do Código de Processo Civil imbuídas na busca da segurança jurídica das partes com o uso dos princípios da cooperação da proibição de decisão surpresa, inseridos nos artigos 6^o E 10⁸, do CPC/2015. Inclusive, há julgados entendendo pela instauração do incidente.⁹

⁷ Art. 6^o Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁸ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁹ [...] A partir da vigência do Novo CPC, para a análise de eventual pretensão de redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios tornou-se necessária a instauração do mencionado incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

Note-se que nos termos do dispositivo processual a instauração do incidente exige a comprovação dos requisitos legais específicos que são aqueles previstos pelo artigo 50 do Código Civil, Assim, nos termos do dispositivo legal transcrito, para a desconsideração da personalidade jurídica exige-se a comprovação da ocorrência do abuso da personalidade jurídica (desvio de finalidade) ou confusão patrimonial.

Esse incidente aplica-se, em toda sua extensão, à Fazenda Pública, por expressa disposição do artigo 4^o § 2^o, da Lei de Execuções Fiscais, que prevê que "à dívida ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial".

Sem que se tenha demonstrado eventual responsabilidade dos sócios na criação do fato gerador de modo irregular, ou seja, mediante abuso da personalidade jurídica (artigo 135 do CTN: infração à lei, ao contrato ou ao estatuto) ou confusão patrimonial (criação de grupo econômico com intenção de burlar o fisco ou esvaziamento patrimonial fraudulento contemporâneo), não se há de falar em redirecionamento (TRF 3^a Região -AGRAVO DE INSTRUMENTO N^o 0022670-51.2016.4.03.0000/SP , RELATOR WILSON ZAUHY, Pub. 12.06.2017)

A distribuição dinâmica do ônus da prova

Com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica instaurado nas execuções fiscais, ficará evidenciado que o responsável tributário não tenha condições de proceder com a produção de prova negativa para desdizer a prática dos atos ilícitos do art. 135 do CTN contidos na CDA. Atrelado a isso, encontra-se a dificuldade de acesso, por parte do sujeito passivo, aos documentos que instruem o procedimento fiscal que culminou no lançamento definitivo do crédito.

Em razão disso, o responsável executado depara-se com a pressão de produzir uma prova impossível (prova diabólica), já que na prática o sócio sequer participou do processo administrativo sobre o débito tributário que foi, posteriormente, inscrito em dívida ativa.

Entretanto, com o advento do novo Código, este, em seu art. 373, § 1º, prescreveu a possibilidade de ter a distribuição dinâmica do ônus da prova. Eis o teor do citado dispositivo: “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Nesse raciocínio, o critério de distribuição do ônus probatório deve ser aferido pelo juiz sob a perspectiva do contraditório, da igualdade e levando em consideração em cada caso os mais diversos tipos, que obstruem a produção probatória. (RODRIGUES, 2016, p. 546)

De tal excerto é extraído que há a implementação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, o que permite a “inversão do ônus da prova” no decorrer do processo quando visualizado que uma das partes reúne melhores condições de realizar a produção da prova. Assim, desloca-se o objeto da prova, que deixa de ser o fato alegado constitutivo, passando a consistir no fato alegado da impossibilidade probatória (TOMÉ, 2016, p. 291).

Dessa forma, Daniel Mitidiero (2015, p. 136) ressalta que o órgão jurisdicional tem que, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar.

Averigua-se de tal conteúdo, a viabilidade de ter uma ampla dilação probatória para provar a não prática dos ilícitos do art. 135 do CTN com a distribuição do ônus da prova, cabendo ao Fisco a produção de prova de que inexistiu autuação fiscal contra o sócio-administrador, de modo a demonstrar que não ficou provado o ilícito que culminou a responsabilidade tributária.

Nessa toada, compreende-se ser inadmissível redirecionar sem que sejam analisados os elementos subjetivos da responsabilidade, assegurados o contraditório e a ampla defesa, o que torna imprescindível que a desconsideração da personalidade jurídica e o redirecionamento da execução fiscal sejam feitos pelo incidente disposto no Código de Processo Civil. (CUNHA, 2016, p. 413).

Diante dessa circunstância, portanto, o que se verifica no caso concreto é a responsabilização pessoal dos administradores, sem que tenham praticado efetivamente qualquer das hipóteses do art. 135 do Código Tributário Nacional, de modo a concluir que, conquanto tal regra não seja concernente às hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica e, sim, de responsabilidade pessoal, a instauração do incidente, bem como a distribuição dinâmica do ônus da prova acarretará, além da segurança jurídica para as partes, maior cooperação entre estas a fim de alcançar um resultado mais justo no processo.

Conclusão

A inclusão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Novo Código de Processo Civil representam uma importância ímpar nos contenciosos que envolvem matéria tributária.

No que tange à mencionada intervenção de terceiro, a relevância diz respeito à busca da efetivação do contraditório nos processos de execuções fiscais em que as Procuradorias, de forma recorrente, inserem o nome do sócio na certidão de dívida ativa mesmo que este não tenha participado do processo administrativo compelindo-o de exercer sua defesa. De tal ato arbitrário, o sócio, em vez de usar os onerosos embargos à execução ou a exceção de pré-executividade, poderá buscar a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com o espoco de privilegiar o contraditório, sendo este entendido como uma diretriz a ser seguida no processo civil.

Paralelo a isso, no que concerne à distribuição dinâmica do ônus da prova, esta conferirá uma maior cooperação entre as partes com o fim de ter um resultado efetivo e justo no processo tributário, a partir de transferir à Fazenda Pública o ônus de prova em razão da inviabilidade de produção de uma prova negativa pelo suposto responsável, de forma a colher e anexar aos autos as provas da prática de atos contrários à lei ou ao contrato social da pessoa jurídica. Por conseguinte, tal distribuição propiciará um norte ao julgador com as provas juntadas, as quais poderão se tornar suficientes para a formação do seu convencimento acerca do fato.

Referências

- BALEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 11 ed. Atualizada Por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 13 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: JusPodvim, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Parte geral e LINDB. 12 ed. Salvador: JusPodvim. 2014, vol. 1.
- FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996.
- GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Estudos de direito processual. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Critérios para exigência dos responsáveis tributários, em face da previsão de "incidente de desconsideração de personalidade jurídica, no novo CPC de 2015 in Grandes questões atuais de direito tributário, 19º volume. Coord ROCHA, Valdir de Oliveira. São Paulo: Dialética, 2015.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e no novo Código de Processo civil in: Direito processual empresarial. Org BRUSCHI, Gilberto Gomes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- QUEIROZ, Mary Elbe; SOUZA JUNIOR, Antonio Carlos F. de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015 e a responsabilidade tributária: primeiras impressões. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA JUNIOR, Antonio Carlos F. de. (Coords.). Novo CPC e o processo tributário. São Paulo: Foco Fiscal, 2015.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual. 6 ed. São Paulo: Forense, 2016.
- TOMÉ, Fabiana, Del Padre. Prova no direito tributário 4 ed. São Paulo: Noeses, 2017.
- _____. Efetividade do direito e a "carga dinâmica probatória" prevista no Código de Processo Civil de 2015: implicações nos processos tributários. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); SOUZA, Priscila de (Org.). 50 anos do Código Tributário Nacional. São Paulo: Noeses, 2016.
- ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

***Contempt of Court*: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro**

Vander Santos Giuberti ¹

Resumo: Relevante mecanismo de tutela da autoridade do poder judiciário e do exercício da atividade jurisdicional nos países da *common law*, o *contempt of court* recebeu as vestes brasileiras através da Lei nº 10.358/2001. Malgrado seu escopo relacionar-se diretamente com a proteção e a manutenção da dignidade e autoridade do Poder Judiciário, sendo utilizado no direito alienígena como eficiente técnica processual de execução indireta, o *contempt of court*, inegavelmente, exerce no ordenamento pátrio a função de medida processual punitiva, não se confundindo, portanto, com o mecanismo próprio das *astreintes*, ou ainda com a chamada “má-fé” processual. A partir de uma abordagem histórica e conceitual, o presente estudo realiza uma análise das técnicas processuais de *contempt of court* utilizadas pelos países da *common law*, adentrando brevemente no texto do Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº. 13.105/2015). Por fim, aponta-se, ainda, eventuais avanços conquistados e as inovações no tema, bem como as incorreções preservadas ou geradas a partir da promulgação do texto do novo diploma processual pátrio.

Palavras-chave: *Contempt of Court*; Processo Civil; Dignidade da Justiça; Boa-fé; Astreinte.

Introdução

Nos últimos anos a doutrina processualista e a jurisprudência pátria debruçaram-se com relevante vigor - e com absoluta pertinência - na busca por uma atuação do Poder Judiciário mais célere, coesa, uniforme e efetiva. Com efeito, diversas alterações legislativas na ritualística processual, promovidas no corpo do diploma adjetivo predecessor, foram imprescindíveis para a obtenção de significativo sucesso nessa empreitada, culminando,

¹ Graduado em Direito pela UFES, pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Civil e Processual Civil pela FGV-RJ, mestrando em Direito Processual pela UFES.

v.g., na criação de mecanismos próprios das tutelas de urgência, recursais e executivas²⁻³, bem como para garantia da autoridade das decisões judiciais e da dignidade do Poder Judiciário⁴.

A mudança do paradigma do Estado Liberal⁵ para o Estado Democrático Constitucional foi fator derradeiro para se propor uma alteração legislativa substancial no processo civil pátrio. Notadamente, o avanço das interações sociais, o surgimento de novos direitos (digital, genético, biodireito) e a democratização do acesso à justiça convergiam como demandas para a elaboração de um novo Código de Processo Civil, mais condizente com a realidade enfrentada pelos operadores do direito e apto a proporcionar uma tutela cada vez mais efetiva dos direitos. Soma-se a isto, a perda de coesão e da sistemática do vetusto código, oriundas das mais de sessenta revisões em seu texto, bem como a enorme dispersão jurisprudencial enfrentada⁶.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015) surge com objetivos claros de trazer eficiência, harmonização e coerência ao processo ao buscar *resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere*⁷, conforme traçado nas linhas mestras evidenciadas na sua exposição de motivos.

² Veja-se, por exemplo, no ano de 1994, a inclusão no diploma processual do instituto da antecipação de tutela através da Lei nº 8.052; em 1995, a alteração do regime do agravo (Lei nº 9.130); e, mais recentemente, as leis que alteraram o processo de execução (Leis nºs. 11.232/2005 e 11.382/2006).

³ Guilherme Rizzo Amaral (2006, p. 13-14), ao tratar da correlação entre o acesso à justiça e a efetividade do processo, anota que "a doutrina brasileira, notadamente a partir da introdução da sistemática da antecipação da tutela no artigo 273 do Código de Processo Civil, produziu uma série de importantes estudos em torno do tema [...] Ao lado da tutela de urgência, a temática da execução também desenvolveu-se consideravelmente", sobretudo com a eliminação do processo autônomo de execução para as obrigações de fazer, não-fazer e entrega de coisa e a modificação da sistemática executiva dos títulos judiciais pela Lei nº. 11.232/2005, demonstrando uma preocupação do legislador e da doutrina com a efetividade do processo. Dessa forma, conclui que "este valor – efetividade – é o diapasão que dá tom das reformas legislativas e da própria aplicação do direito pelo órgão judicial.

⁴ Nesse sentido, as alterações promovidas no art. 601 do CPC-73, por meio da Lei nº 8.953/94, e a introdução do inciso V e parágrafo único ao art. 14 do CPC-73, através da Lei 10.358/01.

⁵ Em estudo realizado acerca da evolução histórica do direito processual civil brasileiro, cotejando os diplomas processuais vigentes em todo período histórico nacional, Rodrigo Mazzei (2015, p. 47 et seq.) pontua acerca da necessária vinculação da exegese das normas processuais do CPC-73 ao modelo democrático instituído pela Constituição de 1988, alertando que a fragmentação sistêmica decorria muito mais de uma interpretação equivocada do texto do que de alterações legislativas.

⁶ Muitos outros motivos podem ser apontados: (i) a omissão do Código de 1973 quanto à defensoria pública; (ii) a necessidade de unificação da jurisprudência a partir da atribuição de significativa força aos precedentes judiciais; (iii) a crescente demanda por meios adequados de solução de conflitos, tais como a arbitragem e a mediação; (iv) a adaptação ao modelo eletrônico de processo (em 1973 discutia-se a possibilidade de a parte apresentar petições datilografadas); (v) a criação de instrumentos ou técnicas processuais capazes de dar mais agilidade ao processamento das chamadas "demandas de massa".

⁷ Texto integral da exposição de motivos do Novo CPC, disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>>. Acesso em 16.08.2017. A propósito, eis os cinco objetivos delineados no texto da sua exposição de motivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recurso; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

A decisão emanada do Judiciário deve ser vista como aquela que permite e faz cumprir a transformação do escopo do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88) em modificações concretas na esfera pessoal e sensível do detentor do direito material em juízo. O magistrado, ao julgar uma demanda, não pode se dar ao luxo de preocupar-se tão só com a declaração (do direito) da parte vencedora, mas também deve pensar em como a decisão deve ser cumprida (efetivada) a partir de uma estrutura processual cada vez mais compartilhada (STRECK; NUNES, 2016, *passim*)⁸.

O processo, desse modo, há de ser um instrumento efetivo de atuação do direito, não podendo tolerar resistências injustificadas às ordens judiciais proferidas. Para tanto, a garantia do acesso à justiça e a segurança da tutela efetiva contra qualquer forma de denegação do direito de ação devem buscar arrimo no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional - hoje presente, com fórmulas próprias, em quase todos os ordenamentos pátrios.

A atuação do Poder Judiciário, portanto, deve ser vista como baluarte efetivo de transformação do mundo dos fatos a partir do direito. E, para que carregue esse efeito transformador, a decisão judicial necessita de força. Precisa ser cumprida e respeitada, não podendo ficar seu cumprimento espontâneo a mercê da vontade dos sues jurisdicionados⁹.

Nas irretocáveis palavras de Dan B. Dobbs (1971, p. 184):

Every system of resolving dispute must, in some form and under some name, provide for at least these two things: its own power to preserve the orderliness of the decision-making process and its own power to enforce decisions once made. [...]The power to preserve courtroom order is clearly essential¹⁰.

Eis, portanto, o ponto de partida e o escopo do presente trabalho: o estudo da autoridade da decisão judicial a partir da análise da influência do instituto do *contempt of court*, desenvolvido no direito anglo-saxão e tendente à coação dos jurisdicionados à cooperação por intermédio da aplicação de sanções, e a sua influência no processo civil brasileiro, com vistas à análise das técnicas e instrumentos fornecidos pelo direito pátrio para se evitar o *contempt*, ou seja, o ato de desprezo ao tribunal ou de desobediência a uma ordem judicial.

⁸ Nesse sentido, os autores exprimem verdadeira preocupação com os contornos que uma interpretação solipsista pode acarretar acerca do alcance da "cláusula geral executiva de efetivação" do art. 139, IV, do CPC-15. Para eles, tal dispositivo deve ser interpretado conjunta e necessariamente com vistas à participação e à negociação processual do arts. 190 e 191, do referido diploma processual.

⁹ SILVA, L.A. M. A, 2011, p. 84.

¹⁰ Em tradução livre: "todo sistema de solução de conflitos deve, de alguma forma e sob algum nome, prover pelo menos essas duas coisas: seu próprio poder para preservar a ordem no processo de tomada de decisão e seu poder de fazer cumprir as decisões tomadas. [...] O poder de preservar a ordem do Tribunal é claramente essencial".

Breve esboço histórico: a tradição anglo-saxônica do *Contempt of Court*

A origem do *contempt of court* se confunde com a origem do próprio Poder Judiciário nos países de *common law*, existindo para tutelar o exercício da atividade jurisdicional desde os tempos da lei da terra¹¹.

O instituto do *contempt of court* remonta origem aos países da *common law*¹², em especial no desenvolvimento do direito inglês, cujas origens anglo-saxônicas foram primordiais para a formação de uma cultura consuetudinária, baseada em um *judge-made-law*, ou seja, um direito jurisprudencial criado e aperfeiçoado pelos juízes e mantido graças à autoridade reconhecida à Corte e aos precedentes judiciais formados. Nos Estados Unidos o *Judicial Act* de 1789¹³ (alterado em 1821) conferiu formalmente poder aos Tribunais Federais para punir atos de *contempt*, sendo seguido, posteriormente, pela disposição de similar previsão na legislação de alguns estados da federação¹⁴.

É justamente essa convicção de que o Judiciário (Cortes e juízes) detém o exercício de um poder inerente à função jurisdicional (*inherent power*), enraizada na tradição da *common law*, que fundamenta a noção do *contempt of court*¹⁵. Afinal, negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência¹⁶.

A ideia de *inherent power*¹⁷ possibilita a atipicidade das medidas de *contempt of court*, franqueando ao juiz a escolha do instrumento coercitivo ou punitivo mais eficaz para o cumprimento da decisão judicial e para a administração da justiça de forma eficiente, efetiva e organizada¹⁸. Tal poder, portanto, compreende todos aqueles essenciais para que o órgão jurisdicional conserve sua existência institucional, sua dignidade e promova

¹¹ Expressão talhada por Araken de Assis (2003, p. 18) ao se referir sobre o tema.

¹² A respeito do Common Law, assevera Sálvio de Figueiredo Teixeira (1979, p. 97): "Consolidou-se através dos séculos o sistema inglês, conhecido como 'common law', calcado no precedente judicial e nos costumes, em contrapartida ao romano, igualmente conhecido como 'civil law', calcado no direito escrito e codificado. O 'common law', também chamado 'case law', é um corpo de princípios, precedentes e regras, que busca alicerçar-se não em normas fixas, mas em princípios voltados para a justiça, a razão e o bom senso, determinados pelas necessidades da comunidade e pelas transformações sociais, partindo-se da premissa de que esses princípios devem ser susceptíveis de adaptação às novas condições, interesses, relações e usos impostos ou requeridos pelo progresso da sociedade".

¹³ Disponível em: <http://www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm>, acesso em 21.08.2017.

¹⁴ Veja-se, v.g., a previsão constante do act 236 of 1961 do estado de Michigan, a New York Judiciary Law §756 e a Louisiana's Code of Civil Procedure em seu art. 225.

¹⁵ "Gradually, any questions about the right of the judiciary to punish disobedience, obstruction, or disrespect (and they were few) were answered with the claim that this was an inherent right of English courts. Necessity then became with maturity the mother of this claimed innate, natural right of courts. The natural inclination to claim this power as one innate in judicial institutions was but one step in the rise in power of the courts, and later the Parliament, in England" (GOLDAFARB, 1963, p. 13).

¹⁶ Nota da Professora Ada Pellegrini Grinover (2003, p. 5) ao citar Joseph Moskovitz (1943, p. 780-824).

¹⁷ Marcelo Lima Guerra (1998, p. 92-93) explica que ao atribuir aos órgãos judiciais poder para exercer a sua função específica, o ordenamento jurídico atribui também poderes para realizar todas as atividades e tomar todas as providências que assegurem, concretamente, o desempenho correto e ordenado dessa mesma função. É esse o sentido que se deve entender a ideia de inherent powers no common law.

¹⁸ "Contempt of court is the Proteus of the legal world, assuming in almost infinite diversity of forms" (MOSKOVITZ, 1943, p.780).

o adequado desenvolvimento de suas funções, razão pela qual a oposição de embaraços à administração da justiça, por quem seja, permite uma reação das Cortes em sentido contrário (*contempt power*)¹⁹.

O *contempt power*, criado pelas Cortes com base na ideia do poder inerente, possibilita duas espécies de regras: uma destinada a reprimir atos praticados contra o legislativo (*contempt of congress*) e outra destinada a reprimir atos praticados contra o Judiciário (*contempt of court*)²⁰, essa última merecedora de atenção no presente estudo. A execução indireta, nos países que adotam tal sistema, forma-se pela combinação entre ordens judiciais que impõem um fazer ou uma abstenção (*injunction* e *order of specific performance*)²¹ e o *contempt of court*²².

A dificuldade de uma conceituação: *Contempt of Court* e suas variáveis

A expressão *contempt of court*, em tradução livre e pura, poderia ser traspassada como algo próximo a "desrespeito à (ordem da) Corte". Contudo, tal literalidade não é capaz, por si só, de exprimir a ideia exata daquilo que a expressão carrega em si. Eis a cautela que merece ter qualquer tendência em se importar institutos estrangeiros a um sistema de tradições jurídicas distintas²³. Diante disso, Araken de Assis (2003, p. 20) adverte, às voltas com essa problemática, que não há tradução precisa na língua portuguesa para a palavra "contempt", a qual pudesse retratar a exata acepção do vocábulo, escudando-se na melhor definição trazida por Molina Pasquel ao traduzi-la como "desacato".

O celebrado professor gaúcho (ASSIS, 2003, p. 20), ao tratar da locução suso referida, a define como sendo a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial. Trata-se, como se verifica em primeira análise, de uma ideia semelhante à de desacato, desrespeito ou desobediência ao órgão de decisão do Judiciário.

Nesse contexto de busca por uma definição do conceito de *contempt of court*, socorremo-nos às definições trazidas pela doutrina conceitual, pelo que se transcreve a definição encontrada por Henry C. Black (1979, p. 288), disposta no Black's Law Dictionary:

¹⁹ ZARONI, 2014, p. 125-126.

²⁰ BARBOSA, 2010, p. 46.

²¹ As injunctions são ordens judiciais que tem por conteúdo a determinação para que alguém faça ou deixe de fazer determinada ação, cuja finalidade é a prevenção a atos cujo resultado poderia causar danos irreparáveis ao direito da outra parte. É marcada pela atipicidade das técnicas utilizadas e seu descumprimento enseja a aplicação de contempt of court como instrumento executivo igualmente atípico. A specific performance é uma ordem judicial que determina o cumprimento de obrigação contratual na forma específica, podendo ser comparada a uma execução específica ou uma execução de objeto específico, funcionando, dessa forma, como remédio jurisdicional que concede a tutela específica das obrigações. A exemplo das injunctions, o descumprimento de uma order of specific performance abre a possibilidade ao julgador de submeter o descumpridor ao contempt of court.

²² ZARONI, 2014, p. 126.

²³ Nesse sentido Paula Sarno Braga (2008) manifesta-se ao reconhecer um "contempt of court à brasileira".

Any act which is calculated to embarrass, hinder, or obstruct court in administration of justice, or which is calculated to lessen its authority or its dignity. Committed by a person who does any act in willful contravention of its authority or dignity, or tending to impede or frustrate the administration of justice, or by one who, being under the court's authority as a party to a proceeding therein, willfully disobeys its lawful orders or fails to comply with an undertaking which he has given²⁴⁻²⁵.

De um modo geral, o *contempt of court* tratado na doutrina estrangeira consiste em um ato ou omissão que substancialmente perturba ou obstrui o processo judicial em um caso concreto, podendo incluir o comportamento da parte ou de terceiros durante o julgamento (com a interrupção deste) ou comportamentos obstrutivos fora do tribunal propriamente dito. O *contempt* pode incluir também a desobediência de uma ordem judicial, como por exemplo, quando uma parte viola uma *injunction* ou quando uma testemunha se recusa a responder uma pergunta efetuada pelo juiz²⁶.

O *contempt of court*, outrossim, pode ser visto sob dois vieses: um primeiro relacionado ao ato de *contempt* praticado pelo *contemnor*, e um segundo visto como instituto jurídico. Nesse diapasão, vale reprimir a abordagem distintiva realizada por Adriana Barbosa (2010, p. 16) ao tratar o *contempt of court* no sentido estrito como um ato de desprezo ao tribunal ou de desobediência a uma ordem judicial que, por interferir na administração da justiça, é punível com multa ou prisão; e no sentido amplo como um "instituto jurídico" originário dos países de *common law*, cuja finalidade é coagir as pessoas sujeitas à jurisdição à cooperação por intermédio da aplicação de sanções. Logo, a definição compreenderia não só o ato de desacato propriamente, mas, principalmente, o poder conferido ao juiz de reação ao mesmo e de aplicação das sanções cabíveis em reprimenda.

Classificação

Procedimentos para apuração e aplicação de *contempt of court* são *sui generis*²⁷. Tradicionalmente, à semelhança de outros institutos jurídicos, o *contempt of court* recebeu algumas classificações, sendo uma delas merecedora, ainda que brevemente, da devida

²⁴ Em tradução livre vê-se que *contempt of court* corresponde a qualquer ato que é praticado para embaraçar, impedir ou obstruir o Tribunal na administração da justiça, bem como aqueles atos praticados visando diminuir a autoridade ou a dignidade da Corte. Pode ser praticado tanto por aqueles que intencionalmente violam a autoridade ou dignidade do Tribunal, dificultando a administração da justiça, quanto por alguém que, estando sob a autoridade do tribunal, como uma parte em um processo, intencionalmente desobedece às ordens emitidas ou não cumpre um compromisso que a ele tenha sido imposto.

²⁵ No Brasil, o também escritor e dicionarista Oscar Joseph de Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico Conciso. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 205) assim define o termo (devidamente atualizado por Nagib Slaibi Filho): "Contempt of court é a expressão inglesa que designa a ofensa ao Tribunal pela conduta da parte que desrespeita a ordem judicial. No Direito Brasileiro, também prevê a ordem jurídica sanções para aquele que descumpra os mandamentos judiciais, como se vê, por exemplo, nos arts. 14, parágrafo único e 601, do Código de Processo Civil".

²⁶ DOBBS, 1971, p. 185-186.

²⁷ MOSKOVITZ, 1943, p.783.

análise no presente estudo²⁸: o *civil contempt* e o *criminal contempt*, classificados de acordo com a finalidade da aplicação das sanções.

Civil contempt e criminal contempt na common law

A classificação mais relevante para o presente estudo é aquela que distingue o *contempt of court* em *civil* e *criminal*. Nesse diapasão, a importância da distinção não reside no fato da conduta em si, porque qualquer conduta tanto pode ser qualificada como civil ou penal, nem nas respectivas sanções, pois essas podem ser utilizadas para reagir a um e a outro, sendo em tudo idênticas, mas, sim, no propósito da reação. Ao *contempt* civil o juiz reage para obter o cumprimento de uma prestação do *contemptor*, ou seja, daquele que cumpre conduta desrespeitosa; no *contempt* penal o propósito da medida relativa é apenas a punição (GUERRA, 2003, p. 315-316).

Dessume-se, por tal ilação, que o desiderato primário da aplicação das sanções constitui a principal distinção das modalidades de *contempt* criminal e civil. Nesse sentido, os casos de *contempt* criminal possuem caráter primordialmente punitivo, objetivando punir o transgressor pelo ato cometido a fim de impor a autoridade do tribunal e proteger a administração da justiça; já os casos de *contempt civil*, por sua vez, tem por escopo principal a coerção do *contemnor* ao cumprimento da ordem judicial ou, não sendo essa mais possível, a compensação do autor pelo prejuízo suportado em decorrência da desobediência cometida (BARBOSA, 2010, p. 70).

Logo, se um ato de desprezo for praticado contra a dignidade e autoridade da justiça o *contempt* é considerado criminal. Por se tratar de ato já praticado, enseja a aplicação de sanções punitivas, com o intuito de penalizar o *contemnor* para evitar a sua recalcitrância, vindicando-se desta forma a autoridade do Tribunal. Importante ressaltar que no *contempt criminal* deve ficar provado que a conduta do transgressor foi praticada de forma intencional, ao passo que no *civil contempt* só fica descaracterizado se comprovado que decorreu de um ato acidental ou por impossibilidade de se cumprir o comando judicial (TALAMINI, 2003, p. 99)²⁹.

O *contempt* civil decorre da ação ou omissão a certo comportamento prescrito pelo tribunal, podendo ser uma *injunction* ou *order of specific performance*. Tem por escopo a preservação da autoridade da justiça por intermédio de medidas precipuamente coercitivas destinadas a pressionar o transgressor ao cumprimento do comando. As sanções para o *contempt civil* apesar de serem coercitivas por natureza, apresentam, algumas vezes,

²⁸ Marcelo Lima Guerra (1998, p. 93) propõe, ainda, uma terceira classificação de *contempt of court*: *contempt* cometido pelas partes do processo e por terceiros. Exemplos dessa última espécie são os casos de comentários veiculados pela imprensa sobre processos em curso. Contudo, por não ser o mote do presente estudo, a discussão será brevemente tratada dentro das demais classificações do *contempt of court* aqui debatidas.

²⁹ Para a caracterização e sancionamento, em ambos os casos de *contempt* é necessário que o comando judicial seja claro e preciso, e o transgressor tenha sido adequadamente cientificado (TALAMINI, 2003, p. 99).

caráter compensatório e, mesmo que não intencional, podem surtir efeitos punitivos. Por isso, Moskovitz (1943, p.780-781) alerta que, frequentemente, a linha distintiva entre o *contempt* civil e criminal se faz muito tênue, podendo um mesmo ato constituir ambas as espécies de *contempt*³⁰.

Conforme observa Adriana Barbosa (2010, p. 68), o *contempt* civil além de preservar a integridade da justiça é considerado como profícua técnica de execução indireta. As medidas coercitivas mais aplicadas são a prisão, a multa diária e o sequestro provisório de bens, podendo ser destinadas a todos que foram notificados da ordem judicial expedida. Dado o seu caráter coercitivo, a punição do *contempt* civil pode ser por tempo indeterminado, bastando para sua interrupção o cumprimento da ordem judicial desobedecida³¹.

Por mais que a literalidade do vocábulo possa transparecer uma ideia de que o *contempt* criminal ensejaria medida de cunho prisional, enquanto o *contempt* civil estaria associado às restrições de direitos ou sanções pecuniárias, vale frisar que em ambos os casos poderá ocorrer tanto a prisão como a multa, diferenciando-se, contudo, quanto ao propósito pelo qual se pune.

Isso porque, como sublinhado, a ideia do *contempt* criminal é a de punição, que poderá ser por prisão (desacato, prática de atos de violência, exaltação em audiência) ou multa (atos atentatórios a dignidade da justiça). Por outro lado, o escopo do civil *contempt* é o de justamente servir como instrumento de coerção do *contemnor* a cumprir a ordem judicial, podendo ser efetivado por prisão coercitiva ou multa nas hipóteses de descumprimento à ordem judicial.

Por fim, não é despidendo lembrar que uma conduta desrespeitosa ao tribunal pode ser passível, concomitantemente, de *contempt* civil e criminal, tanto no processo civil, quanto no penal. É dizer, um *civil contempt* tanto pode ser cometido durante um processo civil como em um processo penal, valendo a mesma regra para o *criminal contempt*³².

Sanções aplicáveis ao *contempt of court* no direito estrangeiro

Tradicionalmente, entende-se que são três as principais sanções aplicadas aos casos de *contempt of court* pelas principais Cortes do *common law*, havendo singulares diferenças entre um país e outro³³: a multa (*fine*), a prisão (*imprisonment* ou *committal*) e o sequestro de bens (*sequestration*).

³⁰ "The courts have recognized that the line between civil and criminal contempt is often very tenuous, yet this distinction is made decisive in such vital matters as parties, procedure, evidence, judgments, and review. The same acts, moreover, may constitute both civil and criminal contempt" (MOSKOVITZ, 1943, p.780-781).

³¹ Por isso Araken de Assis (2003, p. 31) mencionar que em casos de prisão do desobediente como meio coercitivo, o preso guarda no próprio bolso a chave para sair do cárcere, bastando adotar o comportamento prescrito pelo juiz.

³² A esse respeito vide DOBBS, 1971, p. 237.

³³ Sobretudo entre os tribunais ingleses e as cortes norte-americanas, como se passará a expor.

A multa utilizada para punir atos de *contempt* criminal é imposta em valores fixos e, por apresentar caráter punitivo, seu pagamento é destinado ao estado. Já aquela utilizada como medida coercitiva para punir atos de *contempt* civil é decretada em valor suficiente para desestimular a prática (gravidade da conduta) e impactar de forma coercitiva o transgressor até o cumprimento da ordem judicial desobedecida ou, ainda, imposta de forma condicional, ou seja, incidente a cada vez que a ordem judicial for violada.

Acrescenta Marcelo Lima Guerra (1998, p. 100) a admissão de multa com caráter compensatório, servindo essa para indenizar os danos sofridos em razão do *contempt* (inclusive com as custas). Contudo, adverte, tal função compensatória tem sido alvo de críticas no direito anglo-americano, na medida em que a condenação em perdas e danos (*damages*) deve ser obtida através de um processo com júri, diferentemente do tradicional *civil contempt*³⁴.

Entretanto, há que se reconhecer que a multa se mostra eficiente nas situações em que o *contemnor* possui patrimônio. Para os casos em que a parte se encontra desprovida de patrimônio suficiente para arcar com a multa, a mesma se mostra inócua, o que pode fragilizar ainda mais o poder do Judiciário. Nesses casos, para contornar tal situação, tem sido a aplicação da prisão ou mesmo sua ameaça (SILVA, L.A.M.A, 2011, p. 91-92).

A prisão, tal qual a multa, tem no *criminal contempt* caráter punitivo para a parte que descumpriu o comando judicial ou de alguma ofendeu a dignidade da justiça, e por isso deve ser decretada por um período determinado de tempo. Já se se passa a apresentar caráter coercitivo, instrumento do *civil contempt*, a prisão pode ser decretada por um período indeterminado de tempo, até que o transgressor decida cumprir a ordem judicial. Pode ainda ser decretada condicionalmente, a fim de que a parte, ciente da possibilidade de sua aplicação, decida evitá-la.

Outra sanção, aplicada exclusivamente no *contempt* civil britânico, é o sequestro (*sequestration*) de bens do *contemnor*. Conforme ensina Lima Guerra, o sequestro de bens (instrumento de coerção) é uma medida extrema que atinge todo o patrimônio do *contemnor*, impedindo-o de dispor ou usufruir desse patrimônio sem a devida autorização judicial, cabendo sua utilização, ainda, como garantia do pagamento de multa imposta em virtude do *contempt* (GUERRA, 1998).

Há, ainda que menos comumente utilizada, uma quarta espécie de sanção, excepcional e extrema, aplicada pelos tribunais exclusivamente em casos de *civil contempt*: a limitação de alguns direitos processuais da parte que pratica a ofensa (*Denial of Right To Litigate*). Ensina Dobbs (1971, p. 278-279) que (em tradução livre) "sanções por *contempt* podem incluir também negações a uma parte de alguns poderes e faculdades normais do processo. Isso pode ser feito desconsiderando alegações, rejeitando a admissão de recursos ou limitando, de qualquer outra forma, a participação do litigante no procedimento enquanto ele permanecer em *contempt*"³⁵.

³⁴ Para maior aprofundamento na questão ver Dan Dobbs (1971, p. 275-278).

³⁵ "Contempt sanctions may also include denying a litigant some of the normal rights or privileges of litigation. This may be done by striking pleadings, refusing to permit appeals, or otherwise limiting his

Não é despidendo frisar que as medidas analisadas, apesar de serem as mais comuns, não são as únicas possíveis, visto a atipicidade dos mecanismos para a prevenção e repressão ao *contempt*. A razoabilidade e a proporcionalidade, diante dos direitos e garantias individuais, servem como limites à aplicação das sanções e ameaças de sanções pelo desrespeito ou desobediência ao comando judicial³⁶.

Considerações acerca do *Contempt of court* no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)

No escólio da doutrina de Hermes Zaneti Junior (2007, p. 247) os ordenamentos jurídicos nas tradições do *common law* e do *civil law* evoluíram muito no sentido de diminuir sua tensão original, de tal sorte que já não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas entre os dois ramos do direito ocidental, crescendo a olhos vistos o movimento de harmonização entre o *common law* e a tradição romano-germânica.

Contudo, apesar da clara tendência no sentido de uma maior aproximação com institutos tradicionais da *common law* (a exemplo do *contempt of court* e do *stare decisis*), ainda não é possível se vislumbrar no ordenamento jurídico pátrio instituto com a mesma amplitude e poder de coerção do *contempt of court* inglês e norte-americano.

No direito processual civil brasileiro as normas legais que embasam o *contempt of court* dimanam como corolários dos princípios do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle jurisdicional e, principalmente, da cooperação/comparticipação (art. 6º/CPC), não possuindo, contudo, a mesma gama de possibilidades de atuação franqueada aos tribunais da *common law*. Em menor intensidade, o *contempt* adotado no Brasil deita raízes, ainda, em outros princípios constitucionais-processuais, como do devido processo legal, da boa-fé processual (art. 5º) e do contraditório (arts. 7º, 9º e 10)³⁷, elevados a condição de “normas processuais fundamentais” pelo CPC-15³⁸.

Não se pode mais negar vistas à constatação de que o princípio da cooperação (ou participação) entre os sujeitos do processo foi erigido à condição de norma fundamental de direito processual civil, de forma que o *contempt of court* pode (e deve) ser utilizado

participation in the trial while he remains in contempt. This can be an extreme and dangerous sanction, and its use as a criminal punishment for contempt is probably unwarranted”.

³⁶ Analisando os limites para aplicação das sanções por contempt of court no direito brasileiro: SILVA, L.A. M.A., 2011, p. 91.

³⁷ Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, 2015, p. 124-125.

³⁸ Nessa senda, vale o escólio da doutrina de Ada Pellegrini (2003, p. 1-2) ao se referir sobre as normas de conduta ética e abusos no processo: “Dessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter a vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade, sempre entendida como verdade processual e não ontológica, ou seja, como algo que se aproxime ao máximo da certeza, adquirindo um alto grau de probabilidade. É por isso que os códigos processuais adoram normas que visam a inibir e a sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e a seus procuradores”.

com maior rigor, não servindo apenas como mera regra intimidadora como constava no CPC revogado (ABELHA, 2015, p. 67).

Dentre as manifestações da consagração do modelo cooperativo de processo no Brasil podemos encontrar os deveres insculpidos no art. 77, caput e § 1º e no art. 772, II, ambos do CPC-15. Esse último, vale ressaltar, evidencia o dever de o juiz advertir o sujeito de que sua conduta desleal pode configurar-se como ato atentatório à dignidade da justiça, passível de punição com multa de até vinte por cento do valor atualizado do débito em execução.

Pois bem. Os revogados inciso V e parágrafo único do art. 14 do CPC-73 encontram parcial correspondência no atual art. 77, incisos IV, VI e parágrafos do CPC-15. A nova redação do art. 77 do CPC-15 demonstra que o legislador poderia ter andado melhor acaso inserisse a previsão da possibilidade de prisão coercitiva do *contemnor* (semelhante a que se aplica atualmente ao devedor de alimentos)³⁹ ou, ainda, tivesse afastado a ressalva da aplicação de multa em relação aos advogados quando não atuantes em estrita representação da parte. Contudo, apesar de, *prima facie*, a nova redação sugerir pouca evolução em relação à matéria do *contempt of court* no Brasil, é possível notar avanços, ainda que modestos, em relação às medidas coercitivas que buscam impor efetividade às decisões judiciais e respeito à autoridade da Corte.

O novel código processual traz preocupação de fundo moral, que se busca atender com a previsão de deveres éticos ao longo de todo o processo. Nesse sentido, Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015, p. 162) sustentam que o sobredito art. 77 do CPC-15 prevê deveres, e não ônus, àqueles que de qualquer forma participem do processo, e não apenas as partes, sendo o seu eventual desatendimento passível de sanção (arts. 77, §§ 2º e 7º, 79, 81 e 96, CPC). De outra banda, deve o juiz do caso dirigir o processo prevenindo ou reprimindo qualquer ato contrário à dignidade da justiça, bem como indeferindo postulações meramente protelatórias (art. 139, III, CPC), o que demonstra um nítido avanço legislativo na atuação do magistrado para garantir o respeito a esse importantíssimo bem jurídico difuso que é a dignidade da justiça⁴⁰.

³⁹ Frise-se que não se está a tratar da dívida advinda do inadimplemento obrigacional, como nos casos do devedor de alimentos, mas, sim, àquela relacionada ao desrespeito à autoridade do juiz. Defendendo a possibilidade de prisão civil por *contempt of court*: Sérgio Cruz Arenhart (A prisão como meio coercitivo. In: TESCHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. Instrumentos de Coerção e Outros Temas de Direito Processual Civil – Estudos em Homenagem aos 25 anos de Docência do Professor Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Forense, 2007, p.634-651), Marcelo Lima Guerra (op. cit., 2003) e Fabiano Aita Carvalho (Multa e prisão civil - o *contempt of court* no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012).

⁴⁰ Nesse ponto fica a pergunta: Poderia o juiz valer-se da regra do artigo 139, III, para buscar sanções processuais atípicas além daquelas que já existem no CPC? Pensamos que, no Brasil, um dos principais problemas a serem enfrentados quando se pensa em *contempt of court* como meio de efetivação de resultados no processo seja o risco de utilizar-se de medidas punitivas como fator de coerção. Não cabe aos magistrados saírem imaginando medidas punitivas novas, não previstas no ordenamento legal pátrio, para fazer valer a autoridade da decisão. Seria de bom alvitre que o legislador tivesse esclarecido que a prevenção e a repressão de atos atentatórios previstas na cláusula geral do artigo 139, III, do CPC gozasse de atipicidade de sanções processuais. Contudo, fazemos a ressalva de que a ideia ainda deve ser amadurecida na doutrina e na jurisprudência.

À semelhança do *contempt of court* da *common law*, o ato atentatório à dignidade da justiça e ao exercício da jurisdição por violação do dever de cumprimento das decisões judiciais ou por embaraço à efetivação das ordens judiciais, coloca o infrator sujeito a multa de até vinte por cento do valor da causa (§2º do art. 77), sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis. O problema é que o legislador não definiu o que seriam as “sanções criminais, civis e processuais cabíveis”, pairando a dúvida dantes existente sobre o quê, além da multa, poderia ser aplicado àquele que incidisse na hipótese do artigo 77, IV e VI, do CPC.

Dúvidas não pairam, de outro lado, de que a multa do sobredito § 2º apresenta caráter nitidamente punitivo, a exemplo do *criminal contempt* da *common law*, razão porque pode ser cumulada com a multa coercitiva do art. 537 e com a multa a que se refere o art. 523, § 1º, ambos dispositivos do CPC-15.

Outra novidade interessante inovação é a trazida pelo § 7º do referido dispositivo ao reconhecer que havendo a violação ao disposto no inciso VI do art. 77, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação da sanção prevista em seu § 2º. Aqui se tem uma clara manifestação, no direito brasileiro, da chamada *Denial of Right To Litigate*, ou seja, a limitação temporária de alguns direitos processuais da parte que pratica a ofensa⁴¹.

Tema ainda controvertido na doutrina diz respeito à natureza jurídica da multa aplicada por ato atentatório à dignidade da justiça prevista no parágrafo único do art. 774 do CPC. À primeira vista, o desiderato do dispositivo ora tratado não se coadunaria com aquele previsto no art. 77, IV, do CPC-15. Isso porque embora o art. 77, § 2º se refira também a “ato atentatório à dignidade da justiça”, as sanções dos dispositivos não seriam equivalentes, porquanto a multa do art. 774 se reverte em favor da parte (conforme parágrafo único), enquanto a multa do art. 77 é dirigida ao Estado (art. 77, § 3º)⁴².

No ponto, nos parece que o legislador pátrio se contradiz ao distinguir, sem qualquer explicação razoável para tanto, o beneficiário da sanção pecuniária (multa) aplicada ao *improbis litigator* da parte geral do CPC-15 daquele outro do processo de execução. Ora, se o instituto do *contempt of court* é aplicado mediante a punição com multa processual àquele que atentar contra a jurisdição (art. 77, §§ 1º, 2º e 3º), a referida verba será destinada aos cofres públicos, o que se mostra lógico e sensato, visto que estamos tratando de ato que atenta contra a jurisdição estatal⁴³. Entretanto, malgrado se tratar de expresso ato atentatório à dignidade da justiça e ao poder de efetivação das decisões dos Tribunais (semelhante ao art. 77, IV), os incisos IV e V do art. 774, do CPC-15, têm por beneficiário da punição o exequente, o que não nos aparenta coerente com a sobredita previsão.

⁴¹ Outro exemplo do emprego da referida técnica se encontra no art. 78, §1º do CPC-15, verbis: “Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados. §1º Quando expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra”.

⁴² Nesse sentido: MARINONI; MITIDIERO; ARENHART (2015 p. 738) e AZEVEDO (2016, p. 1015).

⁴³ No ponto, interessante a crítica tecida por Marcelo Abelha a respeito da aparente falta de sistematização do tema (2015, p. 68).

Logo, nos parece que as referidas multas, ainda que mediatemente tenham por finalidade tutelar o direito do autor, visam, precipuamente, a garantir a efetividade das decisões judiciais e, por conseguinte, a dignidade da Justiça. A leitura conjunta destes artigos (art. 77, IV e §2º c/c art. 774, IV e parágrafo único) não nos deixa dúvidas a esse respeito.

A litigância de má-fé e o *contempt of court*

Não se pode olvidar que além da previsão contida no art. 77, IV, do Código de Processo Civil, o referido diploma consagra em outros dispositivos, ainda que parcialmente, comandos que possuem escopo similares ao do *contempt of court*, sobretudo aqueles que, de alguma forma, visam assegurar a dignidade da justiça, impedindo a litigância de má-fé, o embaraço ao andamento processual e o descumprimento às decisões judiciais.

O art. 80 do CPC trata de apresentar um rol exemplificativo⁴⁴ dos sujeitos que serão considerados litigantes de má-fé a partir dos atos praticados no processo. O art. 81, por sua vez, se encarrega das consequências jurídicas que incidem na condenação do litigante de má-fé, tendo sempre por pano de fundo que a condenação do mesmo poderá ser arbitrada “de ofício” ou à requerimento da parte, à semelhança do que ocorre com o *contempt of court* norte-americano⁴⁵. Observe-se que o reconhecimento da litigância de má-fé poderá acarretar, além da imposição de multa (art. 81), a condenação cumulativa do participante desleal em perdas e danos (se comprovado o prejuízo causado à parte contrária pela conduta de má-fé), despesas processuais e honorários advocatícios.

Logo, não há se confundir litigância de má-fé com punição por *contempt of court*. Asseveram Nelson Nery e Rosa Nery (2015 p. 464-465) que, caracterizada a litigância de má-fé (do art. 81, do CPC-15), há para o *improbis litigator* o dever de indenizar, mesmo que seja vencedor na ação, pois independe do resultado da demanda. Ademais, essa condenação pode ser imposta cumulativamente com a pena pelo embaraço à atividade jurisdicional (*contempt of court*), prevista no CPC 77, IV e § 1º, do CPC-15, na medida em que os bens jurídicos ofendidos e seus titulares são diferentes: no último caso, o dever de não causar embaraço ao exercício da atividade jurisdicional e o Estado-juiz (*contempt of court*); no primeiro caso, o dever de probidade e a parte prejudicada (litigância de má-fé)⁴⁶.

Daí se explica porque as sanções dos arts. 79 e 81 (multa e perdas e danos por litigância de má-fé) podem ser cumuladas com a multa por ato atentatório à dignidade da justiça (*contempt of court*) do art. 77, § 2º. Vale dizer, esta última penalidade será revertida em favor da Fazenda Pública, enquanto a primeira - ofensiva ao princípio da probidade/lealdade

⁴⁴ Vide hipótese do art. 142, do CPC.

⁴⁵ Desse modo, Cândido Rangel Dinamarco (1995, p. 62) afirma que a possibilidade de condenação do litigante de má-fé ex officio é “consequência do verdadeiro *contempt of court* que toda litigância de má-fé encerra (matéria de ordem pública)”.

⁴⁶ Ibidem. Nesse sentido: THEODORO JUNIOR, (2015, p. 322).

processual (art. 5º) - será imposta em favor da parte prejudicada, caracterizando, pois, medida compensatória que não visa restabelecer diretamente a dignidade da justiça.

O próprio legislador pátrio procurou deixar clara essa distinção no art. 777 do CPC-15, ao dispor que “a cobrança de multas ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé ou de prática de ato atentatório à dignidade da justiça será promovida nos próprios autos do processo”, separando, pois, os dois conceitos⁴⁷.

Astreintes e *contempt of court* no direito pátrio

A chamada *astreinte*, inspirada no direito francês e no instituto do *contempt of court* do direito anglo-saxão, é forma de coerção psicológica do executado para pressioná-lo a cumprir certa obrigação específica. Atua por meio da imposição de multa coercitiva, aplicada por tempo indeterminado, destinada a pressionar o devedor ao cumprimento de específica decisão judicial.

No CPC-15 as *astreintes* estão previstas como multas progressivas pelo atraso (mora) no cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer e de entrega de coisa (art. 536, § 1º), aplicáveis tanto nas decisões provisórias como nas definitivas e nos atos da execução forçada (art. 537). Há, ainda, a multa moratória fixa, incidente no (des)cumprimento de sentença relativa a obrigação de pagar quantia certa, prevista no art. 523, § 1º (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 742).

Apesar do caráter coercitivo das *astreintes*, fato que a aproxima da ideia do *contempt civil* da *common law*, temos que a mesma não se destina a tutelar diretamente a autoridade das decisões judiciais e, por conseguinte, a própria dignidade do Poder Judiciário. Para tanto, há previsão na legislação adjetiva pátria de outras espécies de multas, a exemplo daquela já citada do art. 77, §2º, e em menor grau, a multa do parágrafo único do art. 774 do CPC-15.

A respeito da distinção entre as *astreintes* utilizadas no processo civil brasileiro e as sanções aplicadas por *contempt of court*, valemo-nos das precisas lições expostas por Guilherme Rizzo Amaral (2004, p. 70 *et seq*) que, em obra referencial sobre o tema, sintetiza o porquê da necessária separação: i) nas obrigações de pagar quantia certa, em que não há previsão da imposição de *astreintes*⁴⁸ (o autor se referia ao CPC-73), se o devedor descumpre a determinação de pagar, ou

⁴⁷ Entendemos, contudo, que a punição pela litigância de má-fé exerce um papel secundário, mas relevante, para tutelar a dignidade da justiça, guardando relação, ainda que indiretamente, com os atos abarcados pelo *contempt of court* norte-americano. Isto porque o interesse público indica ao magistrado o dever de prevenir e reprimir os abusos cometidos pelos litigantes por prática de atos que sejam contrários à dignidade da justiça. Deve assim proceder de ofício, independentemente de requerimento da parte.

⁴⁸ Entendemos que o CPC-15, inovando em relação ao seu antecessor, possibilita ao juiz, na execução ou cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia, fixar multa periódica para se atingir o pagamento de quantia certa, com fulcro na redação do art. 139, IV, in fine: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Nesse sentido, ver também: DELLORE, Luiz. Aspectos da multa diária no Novo CPC. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/aspectos-da-multa-diaria-no-novo->

seja, descumpra decisão judicial, não haveria aí também ofensa à dignidade da justiça?; ii) se o descumprimento de uma ordem judicial deve equiparar-se à ofensa à dignidade da Justiça, não serão as *astreintes* que irão evita-la (como visto, para isso existe a previsão da aplicação de tipos específicos de multa); iii) por caber somente ao autor a iniciativa de executar a quantia resultante da incidência da multa, seria difícil se sustentar que uma determinada sanção prevista em prol da dignidade da justiça e, portanto, em interesse do Estado, tenha seu último e derradeiro momento - a execução - conferida ao encargo de um particular; iv) o interesse subjetivo, imediato e predominante de que se torne efetiva a prestação jurisdicional é do indivíduo, tanto que sua eventual renúncia ao direito protegido pela multa coercitiva, ou mesmo ao crédito dela resultante, desautoriza o Estado a continuar perseguindo o atendimento da decisão judicial; v) por fim, salienta o autor que, se as *astreintes* fossem medidas protetivas da dignidade do Poder Judiciário e de suas decisões, teríamos também de admitir sua incidência e posterior execução mesmo naqueles casos em que a decisão que contém a previsão cominatória descumprida pelo réu fosse posteriormente reformada⁴⁹⁻⁵⁰.

Vê-se, pois, que a multa punitiva do art. 77, §2º e, em menor intensidade, aquela prevista no art. 774, par. único do CPC-15, correspondentes (ainda que de forma limitada) ao *contempt of court* do direito estrangeiro, visam tutelar a dignidade e a autoridade do Poder Judiciário, principal baluarte do exercício da jurisdição estatal. Por outro lado, as *astreintes* tem por escopo proporcionar ao autor a tutela específica mediante coerção psicológica ao cumprimento voluntário da decisão judicial.

Nessa senda, com muita precisão, esclarece Marcelo Abelha (2015, p. 67-68) que a multa processual do §2º, do art. 77, do CPC-15

é punitiva de uma conduta processual ímproba, caracterizando-se como *contempt of court* e aplicável a qualquer sujeito do processo. Ela não se confunde com as *astreintes* impostas ao réu como categoricamente prescreve o § 4.º do art. 77. Nesse dispositivo o objeto tutelado é a dignidade da justiça e essa multa não se baralha com a *astreinte*, cujo papel coercitivo é precípua e o sujeito processual por ela atingido é sempre o requerido em desfavor de quem é efetivada a tutela. A cumulatividade das duas multas processuais é absolutamente possível de acontecer como claramente estabelece o NCPC.

Conclusões

As acentuadas diferenças outrora existentes entre os sistemas da *common law* e da *civil law* deixaram de ser analisadas de forma isolada nas últimas décadas. Intuitivo imaginar

cpc>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

⁴⁹ Para o autor a multa somente seria exigível se a decisão que a fixou fosse confirmada e transitasse em julgado, posição essa que encontra relevante resistência na doutrina.

⁵⁰ Igual entendimento fornece Eduardo Talamini (2003, p. 259) ao repudiar o argumento de que a multa resguarda a autoridade do juiz – e não diretamente o direito pretendido pelo autor – ressalvando que, mesmo posteriormente verificada a falta de razão do autor, isso não apagaria, no passado, o descumprimento pelo réu da ordem judicial que a ele fora imposta

que, em um país cujo o ordenamento jurídico e a atuação jurisdicional em grande parte ancoram-se em tradições romanísticas, a (pseudo) segurança fornecida pela letra da lei pretira valores morais e atuações casuísticas. O *contempt of court* aparentemente, ainda, se encontra relegado a segundo plano pelos Poderes Judiciário e Legislativo no Brasil, os quais se esteiam em técnicas processuais mais próximas de suas tradições, a exemplo das *astreintes*.

Contudo, pensamos que um avanço legislativo – corrigindo contradições e aumentando os poderes de correção e coerção dos tribunais – junto a uma maior disposição para aplicação prática das medidas de *contempt of court* pelos tribunais brasileiros, poderá ser a centelha necessária para gerar o impulso comportamental da adequação do paradigma jurídico brasileiro à função do instituto de servir efetivamente como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa.

E, apesar de trazer interessantes avanços na tratativa do tema, o novel diploma processual manteve a multa pecuniária como instrumento quase exclusivo para a tutela da “dignidade da justiça”, bem como trouxe novas contradições internas, como aquela gerada pelo legislador pátrio ao distinguir, sem qualquer explicação razoável, o beneficiário da sanção pecuniária (multa) aplicada ao litigante do art. 77, IV e §2º (parte geral) do CPC-15 daquele outro do processo de execução (art. 774, IV e parágrafo único).

Por fim, viu-se que não há se confundir os conceitos de *ma-fé*, *astreinte* e *contempt of court*, sendo, cada qual, destinado a tutela de um bem jurídico imediato distinto, com medidas processuais próprias e aplicáveis especificamente a cada caso. A verdade é que ainda existe um amplo caminho, legislativo, jurisprudencial e doutrinário, no sentido de utilizar o “*contempt of court* à brasileira” como meio de efetivação de resultados no processo.

Referências

- ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Manual de Execução Civil. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. As *astreintes* e o processo civil brasileiro: Multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação. Porto Alegre: 2006, 301 f. Tese (Dissertação de doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. Revista de Processo: São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003.
- AZEVEDO, Gustavo Henrique T. de. Art. 774. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. O *contempt of court* no direito brasileiro e norte-americano. Vitória: 2010, 212 f. Tese (Dissertação de mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo.
- BLACK, Henry Campbell M. A. Black’s Law Dictionary. 5. Ed. St. Paul: West Publishing, 1979.

- BRAGA, Paula Sarno. O parágrafo único do art. 14 do CPC: um contempt of court à brasileira. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2008/docente/doc2.doc>. Acesso em 24.08.2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O contempt of court brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. Revista Dialética de Direito Processual nº 18, 2004, p. 9-19.
- DELLORE, Luiz. Aspectos da multa diária no Novo CPC. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/aspectos-da-multa-diaria-no-novo-cpc>>. Acesso em 22 de agosto de 2016.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil - v. 1: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. ePub. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- DOBBS, Dan B. Contempt of court: a survey. Cornell Law Review, v. 56, p. 182-284, 1971.
- FOX, Sir John Charles. The history of contempt of court: the form of trial and the mode of punishment. Oxford: Clarendon Press, 1927.
- GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no código de processo civil e prisão por dívida – tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. CJF: Brasília, Série cadernos do CEJ vol. 23, 2003, p. 312- 332.
- GOLDAFARB, Ronald L. The Contempt Power. New York: Columbia University Press, 1963.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do 'contempt of court' brasileiro - art. 14 do Código de Processo Civil. In: Direito Processual: inovações e perspectivas. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammego (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-11.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Doutrina Seleccionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 35-63.
- MOSKOVITZ, Joseph. Contempt of injunctions, civil and criminal. London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, p. 780-824, 1943.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Comentários ao Código de Processo Civil. ePub. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SILVA, Luiz Antonio M. A. O contempt of court no Direito Processual Civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, n. 191, p. 83-123, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acesso em 25 de agosto de 2016.

- TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2003.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações e reflexões sobre o direito Norte-Americano. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 96-133, 1979.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. ePub. 56ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira – anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues %20Wambier\(5\)-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier(5)-formatado.pdf)>. Acesso em 23.08.2016.
- ZANETI Jr. Hermes. Processo Constitucional – O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of Court, execução indireta e participação de terceiros no Sistema Anglo—americano. Revista de Processo, São Paulo, v. 235, p. 121-147, 2014.

Democracia e processo

Democracia contestatória e representatividade adequada nas ações coletivas

Arthur Lopes Lemos¹
Vitor Rodrigues Gama²

Resumo: Uma releitura contemporânea do republicanismo, proposta pelo filósofo Philip Pettit, sustenta a não-dominação, isto é, a ausência de interferência arbitrária, como conceito de liberdade e de justiça. Para que a não-dominação seja assegurada, a república deve adotar um modelo de democracia dialógica, deliberativa e racional denominada democracia contestatória: os cidadãos devem ser vigilantes da atuação estatal e devem ter voz para contestar qualquer ação estatal que implique dominação. No Estado Democrático Constitucional, o Poder Judiciário se apresenta como uma instituição capaz de viabilizar a contestação de atos estatais, tendo em vista o amplo acesso à justiça, a forte doutrina da *judicial review* e o direito fundamental ao processo, reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Nas ações coletivas, é necessário analisar se o legitimado extraordinário é capaz de representar adequadamente os interesses do grupo, manifestar a voz de contestação dos seus representados. Caso contrário, o processo será fonte de dominação, em vez de combatê-la.

Palavras-chave: Processo; Ações Coletivas; Representatividade Adequada; Democracia Contestatória; Não-dominação.

Introdução

O presente artigo visa a uma análise simultaneamente filosófica e jurídica acerca da representatividade adequada nas ações coletivas. Para tanto, o primeiro tópico apresenta a filosofia política do republicanismo de Philip Pettit, com a apresentação da não-dominação, enquanto critério de definição de liberdade e justiça, e, a partir deste conceito, delinear um modelo de democracia contestatória, em que o Poder Judiciário se apresenta como instituição democrática. Em seguida, no segundo tópico, demonstra-se como a ideia apresentada no tópico anterior encontra terreno fértil no direito brasileiro, em razão da ideologia do formalismo-valorativo, bem como de características como o acesso à justiça e a *judicial review doctrine*. Ao final, no último capítulo, faz-se breve análise da representatividade adequada no processo coletivo, a fim de sustentar que esta deve ser controlada, para que efetivamente a voz do grupo ecoe no processo e tenha influência no debate e nas deliberações, sob pena de o processo, por si só, se tornar mecanismo de dominação.

¹ Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo.

² Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo.

O ideal de não-dominação e o republicanismo de Philip Pettit: democracia contestatária no poder judiciário

O tema da liberdade está presente no pensamento filosófico desde os gregos antigos até os dias atuais. Entretanto, a publicação de “Quatro ensaios sobre a liberdade” – nos quais Isaiah Berlin classifica diversas teorias da liberdade numa dicotomia entre liberdade negativa e liberdade positiva³ – cria “um campo no qual a discussão acerca da liberdade passa a ser organizada” (ELIAS, 2016, p. 04). Desta forma, é comum que teorias contemporâneas da liberdade tenham por marco inicial a obra da Berlin, como o que ocorre com Quentin Skinner, Nancy Hirschmann e John Christman.

Não diferente, Philip Pettit desenvolve sua teoria da liberdade a partir de uma crítica à dicotomia proposta por Berlin. Além disso, a teoria republicana de Pettit se apropria do conceito de liberdade para balizar outros conceitos, como igualdade, justiça, democracia etc. Para o filósofo, a dicotomia de Berlin prestou um mau serviço ao pensamento político (PETTIT, 2002, p. 18), especialmente por não perceber a diferença entre interferência e interferência arbitrária (PETTIT, 2007, p. 186).

De acordo com o pensador republicano, não é qualquer interferência que consiste em violação à liberdade, senão apenas quando caracterizada pela arbitrariedade. Noutras palavras, a liberdade republicana consiste em ausência de interferência arbitrária (e não ausência de qualquer interferência), à qual Pettit denomina dominação⁴ (PETTIT, 2007, p. 190-192).

A refutação do conceito “ausência de interferência” decorre de uma dupla pobreza: i) a pobreza constitucional, pois, se qualquer interferência viola a liberdade, então não há como se justificar a existência do Estado, de leis para punir criminosos, ou de políticas públicas com vistas à redução da pobreza e de doenças, por exemplo; ii) pobreza sociológica, pois existem

³ Para Berlin, a liberdade negativa significa ausência de interferência, isto é, a liberdade individual se amplia na medida em que se reduzem as interferências; trata-se de um “ser livre de”. Já a liberdade positiva corresponde ao anseio de ser seu próprio senhor (self mastery), de autogoverno ou autonomia e, portanto, é definida em termos de “estar livre para”. O autor destaca que “estar livre de” (liberdade negativa) e “estar livre para” (liberdade positiva) podem causar a sensação de complementaridade ou compatibilidade – ou, pior ainda, de que se trata de duas interpretações distintas de um mesmo conceito –, contudo, historicamente se distanciaram e entraram em conflito. Na visão do autor, trata-se de visões antagônicas acerca da liberdade, incompatíveis entre si. Por ser um pensador liberal, Berlin adota o conceito de liberdade negativa (ausência de interferência), sustentando que a liberdade positiva é um “disfarce para a tirania brutal” (BERLIN, 2016, p. 14-15). Neste sentido, Berlin (2004) chega a publicar um livro em que aponta “seis inimigos da liberdade humana”, onde analisa seis pensadores que defendem uma concepção de liberdade positiva: Claude-Adrian Helvétius, Jean-Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, George Hegel, Saint-Simon e Joseph de Maistre.

⁴ Tem-se por interferência arbitrária, sinônimo de dominação, a capacidade de interferir na vida de outrem, sem ponderar sobre seus interesses, pontos de vista, opiniões etc (PETTIT, 2015a, p. 02). Nas palavras de Pettit (2015b, p. 02, tradução nossa): “Dominação é a sujeição a um poder arbitrário de interferência da parte de outro – um dominus ou mestre – ainda que o outro opte por não exercer efetivamente aquele poder. Liberdade republicana, eu sustento, deve ser definida como não-dominação, e não não-interferência”. Portanto, do ponto de vista do republicanismo, a mera interferência não configura violação à liberdade, senão quando a interferência é feita de uma maneira arbitrária, isto é, sem considerar os interesses, direitos, escolhas ou opinião do dominado (RODRIGUES, 2015, p. 43-45).

formas de restrição da liberdade sem que haja interferência efetiva⁵, bem como existem formas de interferência (não-arbitrária) que não restringem a liberdade (PETTIT, 2007, p. 188-191).

Por outro lado, a adoção do conceito de liberdade como não-dominação (sinônimo de ausência de interferência arbitrária), apresenta dupla riqueza: i) riqueza constitucional, ao admitir que o Estado seja ativo, contanto que suas ações sejam pautadas nos interesses comuns assumidos e apenas neles (caso contrário, há dominação); ii) riqueza sociológica, ao reconhecer o indivíduo como um sujeito discursivo, com participação igual no relacionamento discursivo, o que decorre da ausência de dominação, que, em último grau, é assegurada pelo Estado, que pode interferir legitimamente para cessar dominação entre indivíduos (PETTIT, 2007, p. 191-195).

Para forçar o Estado a seguir apenas os interesses comuns assumidos e, assim, poder interferir na vida dos cidadãos sem ser fonte de dominação, Pettit sugere um regime democrático denominado “democracia contestatória”, com a qual se identifiquem os interesses comuns assumidos e crie mecanismos para forçar o Estado a seguir apenas tais interesses (PETTIT, 2007, p. 198-213).

Há, portanto, a necessidade de uma democracia bidimensional, com aspectos positivo e negativo. Na dimensão positiva, uma vez que o Estado deve ser forçado a trilhar todos os interesses comuns assumidos, devem existir instituições democráticas voltadas a buscar e identificar os interesses comuns, para autorizar as políticas a serem adotadas pelo Estado; na dimensão negativa, uma vez que o Estado deve trilhar unicamente os interesses comuns assumidos, devem existir instituições democráticas que possibilitem examinar e vetar políticas estatais alheias ao interesse comum assumido (PETTIT, 2007, p. 220-221).

Assim, Pettit desenvolve uma analogia da democracia com um jornal ou revista, que possui dimensão autoral e editorial. A dimensão autoral da democracia diz respeito a instituições e procedimentos para os cidadãos coletivamente serem autores do interesse comum, tais como a eleição periódica, popular e universal, plebiscitos, referendos, audiências públicas etc. A dimensão editorial, por sua vez, consiste em instituições e procedimentos para o cidadão⁶ contestar atuações estatais que não correspondam aos interesses comuns assumidos, isto é, que sejam dominação (PETTIT, 2007, p. 214-231).

⁵ “Pensemos no filho de um pai emocionalmente instável, a mulher do marido ocasionalmente violento ou o aluno de um professor que decide, de forma arbitrária, de quem gosta e de quem não gosta. Pensemos no empregado cuja segurança requer que ele mantenha o chefe ou o gerente feliz, o devedor cujas chances dependem do humor variável de quem empresta o dinheiro ou do gerente do banco ou o pequeno empresário cuja sobrevivência depende da atitude tomada por um concorrente mais forte ou um sindicalista. Pensemos no beneficiário da previdência cujas chances mudam segundo o humor do funcionário, o imigrante ou indígena cuja permanência é vulnerável aos caprichos que orientam a política e a opinião da mídia ou o funcionário público que depende, não de seu desempenho, mas do perfil político que um ministro ambicioso considera eleitoralmente mais favorável. Pensemos na idosa que é cultural e institucionalmente vulnerável às gangues de jovens que agem, irrestritamente, na sua área. Pensamos, ainda, no jovem marginal cujo nível de punição depende de até que ponto os políticos ou os jornais desejam que a cultura da vingança reaja” (PETTIT, 2007, p. 189-190).

⁶ Enquanto a dimensão autoral é exercida coletivamente, Pettit afirma peremptoriamente que o controle editorial deve ser realizado por indivíduos ou grupos em nível não-coletivo; caso contrário, incorreria em problemas como uma tirania da maioria, passando o que não é interesse comum como se o fosse (PETTIT, 2007, p. 225).

Desta forma, a democracia exigida pelo republicanismo de Philip Pettit apresenta dois requisitos primordiais para evitar o *imperium* (dominação promovida pelo Estado), a saber: i) a contestabilidade, pois as decisões estatais devem perseguir os interesses e ideais dos cidadãos que serão afetados pela decisão, e, portanto, se não for este o caso, deve haver formas de contestar a decisão e evitar que ela seja imposta unilateralmente pelo Estado, configurando dominação; ii) a democracia pautada principalmente em critérios de contestabilidade, e não de consenso (PETTIT, 2002, p. 185)⁷ e, para tanto, requer-se uma república deliberativa, em que os processos de decisão são na forma de debate racional, e não de barganhas, e que, além de deliberativa, seja inclusiva (representatividade de grupos minoritários e excluídos) e responsiva (que haja fóruns para deliberação, em que a contestação possa ser externalizada e, principalmente, considerada, ponderada pelos agentes aos quais se dirige a contestação) (PETTIT, 2002, p. 183-205).

Constata-se, portanto, que a garantia última da liberdade e da justiça consiste na existência de instituições republicanas e democráticas onde haja a possibilidade de contestar qualquer forma de dominação, seja proveniente de relações entre indivíduos ou entre esses e o Estado. Neste trabalho, sustenta-se que o Poder Judiciário apresenta características que o fazem instituição republicana e integrante do modelo de democracia contestatória.

Em primeiro lugar, sua “extensão espaço-temporal nas totalidades sociais” (GIDDENS, 2003, p. 20) é de fácil demonstração⁸, para caracterizá-lo como instituição. Para além disto, em Pettit a esfera pública consiste num ambiente de discussão mediante razões, onde se promove uma democracia deliberativa, o que não é diferente no Poder Judiciário, onde “o arranjo institucional [...] faz com que juízes tenham compromisso e prestem contas somente à razão pública” (MENDES, 2008, p. 72)⁹⁻¹⁰. Outrossim, o amplo acesso à justiça, a doutrina

⁷ “But democracy may be understood, without unduly forcing intuitions, on a model that is primarily contestatory rather than consensual. On this model, a government will be democratic, a government will represent a form of rule that is controlled by the people, to the extent that the people individually and collectively enjoy a permanent possibility of contesting what government decides” (PETTIT, 2002, p. 185)

⁸ Desde as ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) – que tiveram a vigência estendida pelo Regulamento 737/1850 –, verifica-se a existência de instrumentos de controle do poder público, tais como a apelação judicial, as seguranças reais e os recursos de revista, vistos como precursores do hodierno mandado de segurança. Com a superação do Império pelo advento da República, foi promulgada a Constituição Federal de 1891, a qual adotou o sistema de freios e contrapesos, extinguiu o Poder Moderador e incumbiu ao Poder Judiciário – até então um “poder menor” – o exercício de mediar os demais poderes, zelar pela harmonia e equilíbrio entre os poderes, mediante o exercício da *judicial review*. Desde então, a *judicial review* sempre esteve presente no ordenamento jurídico; embora sua amplitude tenha sido limitada em períodos específicos (Constituições Federais de 1937, 1967 e 1969), de um modo geral se constata a permanência do Poder Judiciário e sua crescente valorização e importância no âmbito da separação dos poderes (ZANETTI JUNIOR, 2014, p. 25-47), de maneira que a extensão espaço-temporal fica plenamente preenchida.

⁹ Trata-se de uma tese de doutorado em que o autor expõe os argumentos que são favoráveis à primazia das cortes constitucionais ao parlamento e, em seguida, argumentos favoráveis à primazia do parlamento sobre as cortes constitucionais, para, ao final, defender uma ideia de legitimidade que não seja pautada na “última palavra” de nenhuma das instituições, senão na deliberação inter-institucional. Portanto, os argumentos mencionados com base no trabalho de Mendes não retratam, necessariamente, a sua opinião ou defesa destes argumentos, mas apenas uma exposição sistemática de teorias de outros autores.

¹⁰ Conforme expõe Mendes (2008, p. 56-79), vários autores defendem que o Judiciário, em funcionamento adequado e sadio, promove uma democracia mediante razões, em detrimento de vontades ou barganhas – daí se afirmar que a corte promove um debate público (MENDES, 2008, p. 69-70). Trata-se de uma forma de “representação deliberativa e argumentativa”, que “não se limita à agregação de interesses individuais,

da *judicial review*, o entendimento do processo como procedimento em contraditório, por viabilizarem um modelo contestatório, dialógico e deliberativo de democracia, reforçam o Judiciário como instituição republicana para fins de democracia contestatória.

Diante de todo o exposto, o presente artigo defende que o Poder Judiciário se apresenta, atualmente, como instituição republicana, na medida em que se apresenta como um fórum de discussão e debate inclusivo, para fins de controle racional do arbítrio estatal. Nesta medida, o Judiciário permite a manifestação da voz de contestação contra atos que impliquem dominação estatal¹¹.

Fixada a premissa – Judiciário enquanto importante instituição da esfera pública republicana –, torna-se necessário analisar o instrumento pelo qual se manifestam a discussão e a deliberação no Poder Judiciário: o processo.

Processo como instrumento de participação e contestação

O estudo do direito processual civil é marcado por fases metodológicas. Em um primeiro momento, identificado como praxismo ou sincretismo, não se via autonomia do direito processual em relação ao direito material e, portanto, pouca importância era dada ao processo; em seguida, veio a fase do formalismo, a qual, após distinguir a relação jurídica de direito material da relação jurídica processual (BÜLOW, 1964, p. 01-09), conferiu autonomia, sistematicidade e cientificidade própria ao direito processual, o que, por sua vez, o transformou em um fim em si mesmo, distanciando-o de anseios sociais referentes a efetividade. Diante da crise de efetividade, surgiu a terceira fase metodológica¹², capitaneada por Cândido Rangel

mas deve abranger decisões dotadas de boas justificativas compartilhadas por todos”, sendo que esta representatividade decorre de o Judiciário ser “mais sensível a razões”. Nas palavras do autor, Se, por um lado, [o Judiciário] não representa indivíduos particulares, por outro, participa de um processo altamente argumentativo onde as razões de todas as partes potencialmente interessadas são ouvidas. Indivíduos podem participar do processo decisório, às vezes de modo ainda mais intenso e influente, por fornecerem razões, não somente um voto. A corte decide por conta própria, mas dá resposta a cada um dos argumentos que lhe foram apresentados. Juízes que estão abertos a serem efetivamente influenciados pela diversidade de argumentos merecem nosso respeito por suas decisões. Ajudam a construir uma “república de razões”, não somente uma “república de cidadãos” (ou de indivíduos auto-interessados) (MENDES, 2008, p. 68-69).

¹¹ Além disto, em vez de consistir em déficit da democracia, o Judiciário se conforma plenamente ao modelo bidimensional de democracia defendido no republicanismo de Pettit: não se trata de conferir ao Judiciário a tarefa precípua de representação da sociedade e criação de decisões públicas, mas de complementar a dimensão autoral da democracia (realizada, sobretudo, mediante a lógica representativa e eleitoral, no seio de Executivo e Legislativo) com a dimensão editorial-contestatória perante o Judiciário. Portanto, o Judiciário preenche o modelo de democracia exigido numa república, se apresentando como instituição por excelência da democracia contestatória. Ademais, na medida em que o Poder Judiciário se apresenta como o balizador da relação entre os poderes públicos, especialmente por incumbir-lhe, em último grau, a guarda da Constituição Federal, a ele recai perfeitamente a característica de “recurso apelativo”, que garante a viabilidade do regime contestatório (PETTIT, 2007, p. 235-237), ao impedir contestações infinitas.

¹² Conforme leciona Madureira (2015, p. 253-256), inicialmente, tanto Dinamarco, quanto Mitidiero sustentavam a tripartição da história do direito processual e suas fases metodológicas. As duas primeiras se equivaliam, embora usassem terminologias distintas. Entretanto, terceira fase para Dinamarco se tratava do instrumentalismo, ao passo que Mitidiero a denominava formalismo-valorativo. A distinção, entretanto,

Dinamarco e intitulada de instrumentalismo, a qual frisa sua preocupação com o resultado útil do processo e a promoção de escopos jurídico (atuação concreta do direito material), social (pacificação) e político (garantia de participação) (DINAMARCO, 2013, p. 25-26). No entanto, tal fase (instrumentalismo) centralizava atenção na jurisdição, nos poderes do Estado-juiz, localizado acima das partes (processo assimétrico), o que atrai críticas do formalismo-valorativo – este, pautado numa visão democrática, defende a primazia do instituto processo, para superar a visão unilateral do fenômeno processual por um viés participativo e dialógico.

Atento à superação do Estado Social pelo Estado Democrático Constitucional – sobretudo no que diz respeito à exigência de participação dos destinatários no processo decisório (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 104-105) –, o formalismo valorativo tem a virtude de promover a substituição da jurisdição pelo processo, na qualidade de instituto-centro do direito processual civil (MITIDIERO, 2015, p. 45-48; MADUREIRA, 2015, p. 19-21), isto é, demonstrar a vocação do nosso tempo para o processo (ARENHART, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 147). A mudança do epicentro do fenômeno processual da jurisdição ao processo (correspondente à ultrapassagem do instrumentalismo ao formalismo-valorativo) acompanha a superação do Estado Social pelo Estado Democrático de Direito, na medida em que promove a substituição da visão unilateral do fenômeno processual (imposta pela jurisdição) por um viés participativo promovido pelo estágio atual das teorias democráticas (MITIDIERO, 2015, p. 45).

Neste diapasão, é imperioso observar que a Constituição Federal acarretou forte virada de influências políticas (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 52), especialmente no sentido de promover uma democracia pluralista e aberta à participação popular nas instâncias de decisão. Dadas algumas influências da *common law* no sistema jurídico brasileiro – tais como controle difuso de constitucionalidade, jurisdição una, com cláusula aberta do controle judicial (art. 5º, XXV, da Constituição Federal), pleito civil *lato sensu*, e, por fim, sistema de freios e contrapesos em que a última palavra cabe ao Poder Judiciário (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 23) –, bem como a possibilidade de o Poder Judiciário ser entendido como uma arena de deliberação política, ainda que em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo (LEMOS e REZENDE, 2017, p. 62-80), o processo deve ser entendido, em um Estado Democrático Constitucional, como direito fundamental de participação no Estado, instrumento de democracia direta (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 107-109).

Dado o caráter democrático e participativo que o processo exerce em um Estado Democrático Constitucional, o conceito de processo não pode se limitar ao aspecto formal de uma relação jurídica processual, defendida no processualismo (Bulow) e criticada no instrumentalismo (Dinamarco). Sem negar tal aspecto formal de uma relação jurídica processual, ou refutar que o processo seja a concatenação de atos processuais (BURGO, 2015, p. 94-95), Elio

não era puramente terminológica: embora ambas tenham surgiram para superar o formalismo excessivo e a crise de efetividade e justiça, encampam ideologias diferentes, razão pela qual, posteriormente, Mitidiero as colocou em sequência, isto é, o instrumentalismo como superação do processualismo, e o formalismo-valorativo como superação do instrumentalismo. Portanto, numa fase posterior, Mitidiero defende quatro fases metodológicas, que, em sequência, são: praxismo, formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. O presente trabalho se apoia na tetrapartição ora apresentada.

Fazzalari conceitua o processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 118-120), isto é, concatenação de atos processuais (procedimento) praticados sob o contraditório (BURGO, 2015, p. 94-95). Fazzalari critica o fato de os processualistas terem dificuldade de definir o que seja “processo”, restando presos ao conceito dado por Bülow e reconstruído por Chiovenda de uma “relação jurídica processual”, ignorando o elemento distintivo entre processo e procedimento, a saber: o contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 110-112).

A fase metodológica do formalismo-valorativo, ao colocar o processo como instituto central do direito processual, promove uma ideologia participativa e democrática, pautada no controle do poder, mediante diálogos racionais, em detrimento de qualquer postura autoritária, centrada na atividade estatal, o que torna tal abordagem do fenômeno processual receptiva ao ideal republicano de não-dominação, uma vez que esta é combatida mediante diálogos racionais, em oposição a atuação estatal unilateral e arbitrária¹³.

O Estado Democrático Constitucional, como bem leciona Zaneti Junior (2014, p. 107-108), agrega conquistas liberais (direitos fundamentais de primeira dimensão), igualitárias relacionadas à questão social (direitos fundamentais de segunda dimensão) e conquistas comunitárias (direitos fundamentais de terceira dimensão), mas, sobretudo, traz consigo uma quarta dimensão de direito fundamental, consistente no direito de participação, que consiste no direito de o cidadão destinatário do ato final de decisão participar dos atos intermediários de formação da referida decisão.

Nesta perspectiva democrática e participativa exigida pelo Estado Democrático Constitucional, é imprescindível a aderência ao formalismo valorativo, especialmente no que diz respeito à adoção não mais da jurisdição, senão do processo como instituto-centro do direito processual, posto que há a “caracterização do processo como um espaço privilegiado do exercício direto do poder pelo povo” (MITIDIÉRO, 2015, p. 47). De maneira ainda mais intensa, deve-se assumir que o processo é um direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 488-490), dada sua vinculação ao vetor participação na formação de decisão estatal (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 107-109).

Com exigência de participação cidadão na formação de decisões, bem como a consagração do processo como direito fundamental de quarta dimensão, e considerando que no plano da dogmática jurídica o processo é tido como procedimento animado pelo contraditório (concepção fazzalariana), é evidente que o princípio do contraditório no Estado Democrático

¹³ Assim, tanto o republicanismo de Pettit, quanto o formalismo-valorativo, pretendem o controle do poder estatal mediante diálogos racionais, forçando o Estado a enfrentar os argumentos do cidadão-parte. Da mesma forma que o republicanismo se opõe a manifestações de imperium, isto é, do Estado adotar posturas unilaterais e arbitrárias, sem levar em consideração os interesses comuns assumidos e sem abertura de espaço para manifestação destes interesses e argumentos, o formalismo-valorativo defende uma abordagem do processo como espaço de diálogo e abertura à participação na formação da vontade estatal, sobretudo do Estado-juiz, em detrimento, igualmente, de um Estado-juiz onipotente e de uma concepção monológica do processo, defendido principalmente no instrumentalismo. Há, portanto, compatibilidade de ideologias entre a democracia contestatária advinda do republicanismo de Philip Pettit e o formalismo-valorativo. Ademais, a adoção da perspectiva processual do formalismo-valorativo pode vir ao socorro e concretização dos almejos de não-dominação, provenientes do republicanismo, o que restará corroborado nos tópicos seguintes.

de Direito não pode se limitar ao binômio informação-reação (CABRAL, 2011, p. 194-195)¹⁴. Por esta razão que se afirma que, hodiernamente, o princípio do contraditório é composto não apenas pelo binômio informação-reação (bilateralidade de instância ou de audiência), senão também pelo direito de influência e dever de cooperação (CABRAL, 2011, p. 194-195). Frise-se: o princípio do contraditório no Estado Democrático Constitucional é composto por informação-reação, direito de influência e dever de cooperação, cumulativamente¹⁵.

Não basta, então, informação-reação ou direito de voz e direito de audiência sobre contraposição de direitos e obrigações; é necessário, como componente do princípio do contraditório, que a parte também tenha direito de influência no desenvolvimento e resultado (decisão) do processo (NUNES e THEODORO JUNIOR, 2009, p. 113). Observe-se, novamente, que o contraditório enquanto bilateralidade de audiência ou informação-reação atende a interesses individuais e patrimoniais, de cariz liberal, ao passo que agregar o direito de influência ao núcleo do contraditório aproxima ao ideal de democracia deliberativa e dos objetivos políticos do processo (CABRAL, 2011, p. 197).

Isto posto, deve-se entender o princípio do contraditório também como a garantia de que o jurisdicionado exerça influência tanto no desenvolvimento, quanto no resultado do processo (NUNES, 2008, p. 162). Observe-se que não se trata de influência apenas nos atos decisórios (ou "atos determinantes"), pois a influência exercida pelas partes "é reflexiva: difusa e multidirecional, partindo de todos e absorvida por todos" (CABRAL, 2011, p. 199).

Além do mais, para além da ideologia participativa e democrática defendida na ciência processual pelo formalismo-valorativo, há características no ordenamento jurídico que corroboram o Judiciário como arena de democracia contestatória e processo como instrumento de contestação.

Em primeiro lugar, há um amplo acesso à justiça. Trata-se de uma "cláusula aberta do controle judicial" (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 45) ou de uma "jurisdição cobertura universal" (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 197), na medida em que tutelam-se direitos individuais ou coletivos *lato sensu*, conferindo, ainda, poder geral de urgência (cautelar ou antecipada) ao Poder Judiciário, para a tutela adequada, tempestiva e efetiva dos direitos.

¹⁴ Conforme Dierle Nunes (2008, p. 152, grifos do autor) "Neste Estado democrático os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos provimentos (atos administrativos, das leis e das decisões judiciais), e este é o cerne da garantia do contraditório. Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (Einwirkungsmöglichkeit) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa".

¹⁵ O contraditório enquanto informação-reação é uma concepção clássica, que vem desde o Direito Romano, na forma de *audiatur et altera pars*, que impõe o funcionamento dialético ao processo, facultando ao destinatário da decisão a oportunidade de reagir, de sorte que, no Estado Democrático Constitucional, a legitimidade da decisão judicial recai na legalidade do procedimento aliada à participação dos destinatários do provimento, evitando-se, portanto, o arbítrio estatal (CABRAL, 2011, p. 194-195). Noutros termos, a legitimidade dos provimentos judiciais decorre também da observância do contraditório, no sentido de informar o cidadão da potencial decisão desfavorável e conferir-lhe a possibilidade de se manifestar, reagir no processo.

Além do mais, em razão da doutrina da *judicial review*, o Judiciário pode decidir questões inclusive em detrimento dos Poderes Legislativo e Judiciário, o que se potencializa pelo modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Assim, pouco importa se a dominação contestada é proveniente do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, qualquer órgão ou entidade pública, posto que a *judicial review* permite a intervenção do Poder Judiciário nos demais poderes, isso sem se falar na tutela perante atos de dominação privada (*dominatio*).

Em segundo lugar, como amplamente difundido pelos constitucionalistas alemães, especialmente Peter Haberle, Konrad Hesse e Robert Alexy, os direitos fundamentais exigem uma dimensão procedimental, direitos a organização e regulamentação, bem como à existência de órgãos imparciais que tenham competência e efetividade para restaurar tais direitos, em caso de sua violação (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 268). Trata-se do que Alexy denominou de *status activus processualis* (ALEXY, 2015, p. 472-474).

Na visão de Zaneti Junior, o processo, sobretudo quando entendido como procedimento animado pelo contraditório, se apresenta como um espaço de diálogo e solução de conflitos (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 108), que promove a abertura participativa e democrática do Poder Judiciário, razão pela qual o processo corresponde ao *status activus processualis*, isto é, ao direito ativo de organização e procedimento, sendo, portanto, um direito fundamental (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 138).

No mesmo sentido, Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 147), ao lecionarem acerca da jurisdição, afirmam a “virada conceitual” decorrente da constitucionalização e democratização do direito e do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais, consistente na superação da “vocação para a legislação” em direção à “vocação do nosso tempo para o processo”. Além disso, defendem a existência de um “direito fundamental ao processo justo”, formado por vários elementos, como uma “jurisdição com cobertura universal a ser prestada por um juiz natural” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 197).

Os aludidos autores sustentam que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal “institui o direito fundamental ao processo justo no direito brasileiro”, com influência do direito norte-americano e de vários documentos internacionais de direitos humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos etc.), constituindo, ainda, “princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional”, na medida em que “impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 540-541).

Com base em todo o exposto, é possível afirmar que a fase metodológica do processo – formalismo-valorativo –, possui ideologia participativa e democrática que enseja o estudo do direito processual em plena compatibilidade com os anseios participativo-contestatórios advindos do republicanismo de Pettit. Além disso, ao se vislumbrar o processo como procedimento em contraditório, especialmente com direito de influência e dever de debate, transforma-se o ambiente processual em verdadeiro

diálogo, promovendo, portanto, uma democracia direta, participativa, racional, dialógica e deliberativa, tal qual se exige no republicanismo.

Além disso, dado o amplo acesso à justiça e a concepção de que o processo, por si só, é um direito fundamental, o cidadão republicano possui mecanismos legais e institucionais para acionar o Judiciário, promover um modelo contestatório de democracia e contestar qualquer atividade que repute dominação.

Sustenta-se, portanto, que a filosofia política do republicanismo de Pettit encontra, em solo nacional, ambiente propício para sua aplicação, em razão da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a doutrina da *judicial review*, o direito fundamental ao processo, a extensão do contraditório como direito de informação, reação, influência e dever de cooperação e debate, e ainda por conta da ideologia proposta pelo formalismo-valorativo.

A representatividade adequada nas ações coletivas como elemento de não-dominação

Os atores da esfera pública republicana não se limitam a cidadãos individualmente considerados, mas também a grupos (PETTIT, 2014, p. 01-03). Da mesma forma, no Poder Judiciário enquanto fórum da arena pública e arena de contestação, não há apenas processos individuais, senão ainda processos coletivos.

Seguindo a metodologia adotada por Didier Junior e Zaneti Junior (2017, p. 31), antes de se adentrar no que importa de processo coletivo a este trabalho, deve-se expor o “conceito primário” de processo coletivo. Nas palavras dos autores¹⁶,

O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica 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 ou 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 (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2017, p. 31).

Ocorre, contudo, que, como demonstrou Vitorelli¹⁷ (2015, p. 72-73), a legislação, doutrina

¹⁶ Ao adotar o conceito fornecido por Didier Junior e Zaneti Junior, este trabalho se posiciona no mesmo sentido dos autores, quanto a refutar a conceituação de processo coletivo em função do regime de coisa julgada, nem da natureza da legitimidade processual, como parcela da doutrina defende.

¹⁷ Em sua tese de doutorado acerca do devido processo legal coletivo, Edilson Vitorelli consigna expressamente a seguinte pergunta, como problema de pesquisa: “2- Como devem ser entendidos os “grupos” ou “coletividades” reputadas como titulares dos direitos transindividuais? Que referências sociológicas podem auxiliar em uma conceituação que melhor apreenda as nuances da formação desses grupos, permitindo que se evite a supressão dos subgrupos e das minorias existentes dentro dos grupos?” (VITORELLI, 2015, p. 30-31). Para responder a essa indagação, Vitorelli recorre à Sociologia, demonstrando a dificuldade de se conceituar, de maneira unânime, o que é a sociedade, tendo em vista que se trata de definição “performativa”, isto é, cada sociólogo “cria” sua própria sociedade, a partir do seu ponto de vista (VITORELLI, 2015, p. 37). Neste aspecto, o autor (2015, p. 37-50) segue a classificação trinária proposta por

e jurisprudência brasileira sempre utilizaram expressões como grupo, categoria ou coletividade sem jamais debruçar sobre seu sentido mais técnico e preciso, retirado da Sociologia, isto é, sempre se valeram do conceito ordinário dos termos, retirados dos dicionários.

Entretanto, como demonstrado anteriormente, a esfera pública deve ser inclusiva, permitindo a todos aqueles (indivíduos ou grupos) que sofreram qualquer forma de dominação exercer seu direito de voz, para fins de contestação e rechaço da dominação. Da mesma maneira, o Poder Judiciário, enquanto arena de contestação e fórum de deliberação, deve ser aberto à manifestação de voz de contestação pelos grupos, de sorte que, no processo coletivo, deve-se buscar que “esteja a classe/grupo/categoria bem representada nas demandas coletivas, quer dizer, representada por um legitimado ativo ou passivo que efetivamente exerça a situação jurídica coletiva em sua plenitude” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2017, p. 107).

O processo coletivo é marcado pela legitimidade extraordinária¹⁸, isto é, a parte da relação jurídica processual é diferente da parte da relação jurídica material¹⁹. Por conta disso, o legitimado extraordinário (substituto processual) deve ser capaz de fielmente reproduzir a voz de contestação do titular da relação jurídica material, afinal, é este quem vai suportar os efeitos do processo.

Em outros termos, sendo o processo instrumento de democracia, de participação e de contestação, movido pelo contraditório como direito de informação, reação, influência e deveres de cooperação e debate, a parte formal (legitimado extraordinário) deve ser porta-voz²⁰ do exato interesse do grupo, pois as consequências materiais recairão sobre o grupo.

É requisito essencial da democracia contestatória que a vítima da dominação possa exercer sua voz e, no âmbito do processo coletivo, isto deve ocorrer por meio da representatividade

Elliot e Turner, de maneira que a sociedade pode ser entendida como estrutura (Marx e Durkheim), como solidariedade (Ferdinand Tönnies, Hegel e Habermas) ou como criação (Georg Simmel e Anthony Giddens). Diante das dificuldades teóricas advindas da falta de aprofundamento nas categorias sociológicas, o autor faz uma proposta de nova classificação dos direitos transindividuais, para se apartar da classificação em direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: “A proposta da presente tese é no sentido de que há necessidade de que os direitos transindividuais, em decorrência de seu variado perfil, sejam cindidos em três categorias, de acordo com a sociedade que os titulariza, sob a perspectiva da lesão ou ameaça de lesão que é afirmada no processo e que sustenta a pretensão de tutela. A compreensão dessas três categorias, contudo, demanda o estabelecimento de duas premissas teóricas, a primeira, relacionada ao objeto conceituado e, a segunda, relativa aos conceitos de conflituosidade e complexidade” (VITORELLI, 2015, p. 74). Trata-se, portanto, de uma classificação em função do tipo de conflito, e não do tipo de direito (DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 88). Classificam-se os litígios coletivos, com base nesta proposta, como litígios globais, locais e de difusão irradiada.

¹⁸ “A legitimação ao processo coletivo é extraordinária: autoriza-se um ente a defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade. Não há coincidência entre o legitimado e o titular da situação jurídica discutida” (DIDIER JUNIOR e ZANETI JUNIOR, 2017, p. 191, grifos dos autores).

¹⁹ “Uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no processo. Em qualquer ação dessa natureza, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo de pessoas, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo” (ROQUE, 2016, p. 157).

²⁰ “‘Representante’, aqui, deve ser considerado como sinônimo de ‘porta-voz’: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo” (GIDI, 2003, p. 61-62).

adequada: legitimado ativo deve reproduzir no debate processual os interesses, argumentos e pontos de vista do grupo representado.

A fim de que tal representatividade adequada seja resguardada, concorda-se com as três etapas de verificação da legitimidade na tutela coletiva: i) verificação se o pretense representante está legitimado por lei a ser autor ou réu coletivo; ii) controle jurisdicional *in concreto*, para aferir se, de fato, o representante possui condições *a priori* de representar o grupo; iii) controle jurisdicional da *condução* do legitimado, isto é, se além de ter condições o legitimado efetivamente atua de maneira adequada no processo (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017, p. 211).

Outras medidas podem ser adotadas para fins de ampliação dos debates, composição da esfera pública e participação dos grupos, tais como a realização de audiências públicas, a intervenção de *amici curiae*, bem como a despolarização do processo mediante a ideia de processos estruturantes (ou estruturais), que merecem abordagem por trabalho específico.

Conclusão

No republicanismo, o conceito de não-dominação ocupa centralidade na definição de liberdade, justiça, igualdade e democracia, ao passo que ao cidadão e aos grupos deve ser franqueado o acesso a instituições deliberativas e dialógicas nas quais seja possível o exercício da voz de contestação contra atos de dominação.

No Estado Democrático Constitucional brasileiro, o Poder Judiciário se apresenta como instituição republicana que preenche o modelo bidimensional de democracia contestatória, tendo em vista algumas características do ordenamento jurídico brasileiro, como o amplo acesso à justiça e a doutrina da *judicial review*.

Ademais, por influência da ideologia do formalismo-valorativo, o processo é visto como instrumento de democracia direta e de participação, e sua conceituação em função do contraditório – este formado pelos direitos de informação, reação e influência e deveres de cooperação e debate – fortalece a ideia de democracia deliberativa, dialógica, racional e contestatória, permitindo a manifestação de voz contra os atos de dominação. Portanto, o processo pode ser instrumento de contestação e de não-dominação.

Entretanto, nos processos coletivos, em que há a atuação de um substituto processual, e não propriamente do grupo atingido, existe a necessidade de verificação (controle) da adequada representação deste por aquele, isto é, torna-se imprescindível a verificação da capacidade de o substituto ser fiel porta-voz dos interesses do grupo, afinal, se a voz do grupo representado não ecoar no processo e não tiver possibilidade de influenciar o seu rumo, o processo, em si mesmo, será instrumento de dominação.

Portanto, com base na teoria republicana da não-dominação, o controle judicial da representatividade adequada é imprescindível para assegurar voz aos grupos dominados, com vistas à maximização da liberdade e da justiça.

Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil. v. 01. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BERLIN, Isaiah. La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana. México: FCE, 2004.
- _____. Quatro ensaios sobre a liberdade. Disponível em <http://issuu.com/donaldstewart4/docs/cl_ssicos_liberais_-_sum_rio_-_qu?e=10030327/5820969>. Acesso em 20 jun. 2016.
- BÜLOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Trad.: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.
- BURGO, Vitor. O impacto do federalismo fiscal no processo de controle jurisdicional de políticas públicas. 2014. 199 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. I.
- CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório (princípio do-). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org). Dicionário de princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011.
- _____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo, vol. 126, ago./2005.
- ELIAS, Maria L. G. G. R. Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa. Disponível em: < http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/5_7_2012_16_36_12.pdf>. Acesso em 21 jun. 2016.
- FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006.
- GIDDENS, Anthony. A constituição da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. Revista de Processo, 2003, nº 108, p. 61-70.
- LEMONS, Arthur L.; VINCENZI, Brunela V. Prazos processuais civis e a luta por reconhecimento da pessoa com deficiência. Revista Jurídica da FEPODI, 2017 (no prelo)
- MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, Vol. X, nº 3, 2015.
- MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2008.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2015.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). Teoria do processo.

- Panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008, vol. 1.
- PETTIT, Philip. Groups agents are not Expressive, Pragmatic or Theoretical Fictions. *Revista Erkenntnis*, vol. 79, p. 1641-1662, também disponível em: <https://www.academia.edu/34275710/Group_Agents_are_not_Expressive_Pragmatic_or_Theoretical_Fictions>. Acesso em 09 nov. 2017.
- _____. Keeping republican freedom simple: on a difference with Quentin Skinner. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ppettit/papers/Keeping_PoliticalTheory_2002.pdf>. Acesso em 20 dez. 2015b.
- _____. Republican freedom and contestatory democratization. Disponível em: <https://www.princeton.edu/~ppettit/papers/RepublicanFreedom_DemocracysEdges_1999.pdf>. Acesso em 26 dez. 2015a.
- _____. *Republicanism: a theory of freedom and government*. New York: Oxford University Press, 2002.
- _____. *Teoria da liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- RODRIGUES, Cíntia Luzardo. Principais aspectos do neorrepblicanismo de Phillip Pettit. Disponível em <<http://pensamentoplural.ufpel.edu.br/edicoes/06/02.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2015.
- ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas após o novo código de processo civil: para onde vamos? In: ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 157-183.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, vol. 168, fev./2009.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. 715 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Paraná, Curitiba, 2015.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da Justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª Ed. São Paulo, Atlas: 2014.

Precedentes judiciais e administração pública: análise dos provimentos normativos elencados no art. 927 do CPC/2015

Alexandre dos Santos Lopes²

Resumo: Inconteste, no Brasil, o avanço dos estudos em torno da teoria dos precedentes. O presente artigo busca examinar o impacto e reflexo da teoria dos precedentes nas relações que decorrem do regime jurídico administrativo, na realidade brasileira, de jurisdição una, revelando-se um braço importante nos estudos envolvendo o amplo fenômeno dos precedentes judiciais. São décadas de práticas enraizadas na relação entre o Poder Judiciário e o Poder Público. O tema adquire maior relevo com o advento do CPC/2015. O precedente incide, enquanto comando normativo (art. 927, CPC), com vinculatividade na esfera pública e, por consectário, nas relações jurídicas correspondentes.

Palavras-chave: Precedentes; Administração Pública; Provimentos normativos.

Introdução

O fundamento do uso dos precedentes é constituído pela lógica que é própria a toda concepção da justiça, de *tratar de igual maneira ao igual* (casos semelhantes de modo semelhante – *treat like cases alike*) (MACCORMICK, 2010, p. 191).³

¹ Trabalho resultante da pesquisa do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo” (FPCC) da Universidade Federal do Espírito Santo, UFES, financiado pela FAPES e CAPES, Linhas de Pesquisa: “Processo Coletivo: Modelo Brasileiro” e “Precedentes Judiciais”. Professores-líderes do Grupo: Antônio Gidi (*University of Syracuse*) e Hermes Zaneti Jr. (UFES).

² Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor. E-mail: aslopes.73@gmail.com.

³ “Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a *carga da argumentação* a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio da inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso.” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 265). Neil MacCormick explica que “se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novo casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados. Conectado a essa razão está a ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando.” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 191). Bustamante sustenta que “em qualquer sistema jurídico um precedente judicial somente poderá constituir um padrão para resolver casos futuros caso seja possível dele extrair uma regra universal à qual os casos futuros possam e devam ser submetidos

Qualquer teoria contemporânea que não considere o papel dos precedentes omite, em alguma medida, aspectos centrais de sua própria formulação (ALEXY, 2001, p. 264). Por isso, pensar as relações jurídicas administrativas sob a ótica da teoria do direito administrativo, de um lado, e, do outro, sob a ótica da teoria geral do processo, de forma estanque, sem uma formulação adequada de correlação, impede, dentre outros aspectos, a conformação de uma lógica jurídica constitucional que potencialize as funções (vale dizer, *funcionalidades*) dos precedentes em sua relação com o poder público.

Para além de identificar os influxos da relação entre precedentes judiciais e Administração Pública, precisamos compreendê-los à luz desse particular ambiente que envolve a esfera pública. As funções desempenhadas pelos precedentes trazem, em si, uma força ilocucionária, a indicar a referência pela regra da universalização (ou princípio da universalizabilidade⁴), trazendo reflexos na funcionalidade da garantia da estabilidade (contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança) (ALEXY, 2001, p. 266) e da igualdade, além do ônus argumentativo para afastar o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada (ônus argumentativo e pretensão de correção⁵).

No presente ensaio, busca-se particularizar a análise dos precedentes judiciais na dogmática decorrente do *módulo jurídico processual constitucional*, tendo por referencial o Código de Processo Civil de 2015, numa abordagem direcionada ao modelo normativo de precedentes e seus reflexos na Administração Pública.

Provimentos normativos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015: diretivas gerais em relação à Administração Pública

Premissas

De acordo com o art. 927 do CPC/2015, juízes e os tribunais observarão (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

sempre que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência (fatispecie) de tal regra jurídica." (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 113).

⁴ Nesse sentido, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista Faculdade Direito da UFMG*, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 299-325, 2013.

⁵ "[...] o cumprimento da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição." (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, op. cit., p. 265)

Trata-se, por tudo até aqui exposto, de um novo paradigma. Repise-se que os *precedentes normativos formalmente vinculantes* e os *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes* são aqueles que resultam do art. 927 do CPC/2015.

A diferença é que o primeiro (*precedentes normativos formalmente vinculantes*) possibilita a impugnação por via recursal (via ordinária), ao passo que o segundo (*precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*) possibilita a impugnação por via recursal (via ordinária) e também por via autônoma, diretamente (*per saltum*) nos tribunais superiores (via extraordinária), a exemplo da apresentação de reclamação por descumprimento de súmula vinculante ou para garantir a observância de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade (ZANETI JR., 2016, p. 325-326/354-355).⁶

Zaneti Junior explica que “atualmente as decisões fortemente vinculantes são as cristalizadas em súmulas vinculantes e as decorrentes de ações de controle de constitucionalidade concentrado” (ZANETI JR., 2016, p. 317).

Não por acaso, justamente aquelas em que há uma noção clara e expressa de *vinculatividade forte* em relação à Administração Pública.⁷ Nessas hipóteses é muito claro o alcance externo da decisão (efeito externo do precedente), isto é, além de impor o seguimento pelos órgãos jurisdicionais do quanto decidido, tais decisões pretendem impor um alcance externo aos seus julgamentos, vale dizer, com efeitos externos à jurisdição.⁸

Por isso, necessário, decompor o texto do descrito no art. 927 do CPC/2015, para, a partir da análise dos incisos, identificar os precedentes normativos formalmente vinculantes. O rol descreve a ordem de importância dos precedentes vinculantes entre si (vinculatividade normativa formal vertical).⁹ O propósito é identificar, aprioristicamente, a interconexão que

⁶ Art. 988, CPC/2015: “Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.”

⁷ “[...] como a súmula vincula também à administração pública, sua vinculatividade é maior do que a prevista no CPC, que se refere apenas aos juízes e tribunais, aliás, está característica é comum também as ações de controle de constitucionalidade concentrado” (Ibidem, p. 369).

⁸ Vale conferir, no ponto, a raciocínio de Weber Luiz de Oliveira: “[...] a eficácia de uma decisão judicial, em geral, se restringe ao seu conteúdo e são adstritos à relação processual então existente no processo. O art. 506 do CPC/2015 é claro ao dispor que a *sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*, estabelecendo, ademais, o art. 503, que a *decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida*. Tem-se presente os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. O efeito panprocessual é aquele em que o conteúdo da decisão judicial se alarga para fora do processo, vale dizer, quando o que foi delimitado na decisão passa também a reger situações que não estavam e não foram objeto daquela primeira apreciação jurisdicional.” (OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 136)

⁹ “A vinculação horizontal atinge o próprio tribunal que estabeleceu o precedente, a vinculação vertical atinge os tribunais e juízes hierarquicamente vinculados. O CPC estabelece uma hierarquia entre as Cortes Supremas brasileiras, Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, e as demais cortes de *apelação* (tribunais de justiça dos estados e tribunais regionais federais) e juízes a estas vinculados, esclarecendo ainda que os juízes e tribunais estarão vinculados ‘a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados’” (ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 354).

existe entre os provimentos normativos elencados no art. 927 e a Administração Pública, a partir dos aspectos gerais.

Noutro espaço, adiante, iremos perceber que o efeito externo do precedente, ainda que em medidas distintas, manifesta-se em todos os precedentes normativos, não só nos *formalmente vinculantes fortes*, mas também nos *formalmente vinculante*, isto é, além das hipóteses dos incisos I e II do art. 927, também os precedentes delineados nos incisos III, IV e V do aludido artigo.

*Decisões em controle concentrado de constitucionalidade*¹⁰

Por se tratarem de decisões vinculantes que terão eficácia de precedentes, necessário a separação da eficácia da decisão judicial em controle concentrado em um duplo discurso. Primeiro (discurso do caso concreto), tem-se a eficácia da decisão do caso em julgamento, vinculante e com efeito *erga omnes* por força constitucional (art. 102, § 2º, CF/88).¹¹ Em segundo (discurso do precedente), tem-se a eficácia de precedente vinculante para os casos futuros que decorre da *ratio decidendi* da decisão em controle de constitucionalidade.¹²

Consoante previsto no inciso I, do art. 927, o código estabelece que *as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade* serão vinculantes para juízes e tribunais. Falávamos, outrora, em eficácia transcendente da fundamentação (ou eficácia transcendente da motivação), não obstante a rejeição pelo STF, que tem entendido que somente o *dispositivo* das decisões proferidas em ação direta produz efeitos normativos (vale dizer, *não alcançariam os motivos determinantes do julgado*).¹³ No entanto, não há dúvida

¹⁰ "O ordenamento constitucional brasileiro alberga dois modelos de controle da constitucionalidade. Há, primeiramente, o modelo difuso, de inspiração norte-americana, no qual o controle de constitucionalidade pode ser desempenhado por todo e qualquer juiz de todos os graus de jurisdição. Nele, o exame da constitucionalidade ocorre em caráter incidental, no âmbito de um caso concreto, como questão prejudicial à decisão do mérito da causa; pode se iniciar em primeiro grau de jurisdição e chegar até o STF por meio de recurso extraordinário. Os entendimentos produzidos pelo STF sobre matéria constitucional, neste primeiro modelo, tradicionalmente, obrigavam apenas às partes do caso. Em paralelo, há, ainda, o controle concentrado da constitucionalidade, de inspiração europeia, que confere exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar ações diretas. O pedido principal de tais ações consiste, em regra, na aferição da (in)constitucionalidade da norma, em tese, perante a Constituição Federal. Trata-se de processo abstrato e objetivo, no qual não se debatem direitos subjetivos, mas, ao revés, busca-se essencialmente preservar a higidez da ordem constitucional. As decisões proferidas pelo STF nesta sede produzem entendimentos – pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma – a serem obrigatoriamente observados pelos demais órgãos judiciais e pela administração pública. Por isso se diz que os julgados proferidos em sede concentrada dão ensejo à produção de precedentes vinculantes. (MELLO, Patrícia Perrone Campos, e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU. Brasília: AGU*, ano 15, n. 3, p. 9-52. jul./set. 2016)

¹¹ Art. 102, § 2º, CF/88: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal." Ver, ainda, as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999.

¹² Enunciado FPPC nº 168: "Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais."

¹³ Patrícia Perrone, quanto ao ponto, esclarece: "Em matéria de controle concentrado da constitucionalidade,

que o modelo de precedentes trazido à baila pelo CPC/2015 impõe a necessidade de um repensar quanto à questão.

Para Patrícia Perrone Mello e Luís Roberto Barroso “esse entendimento precisará ser revisitado à luz do CPC/2015, uma vez que o novo Código reconheceu explicitamente que a tese afirmada pela decisão proferida em controle concentrado produz efeitos vinculantes”. Ademais, o autor é claro ao afirmar (e defender) a ideia de que ao final de todo o julgamento no STF seja fixada a tese jurídica em que se fundamenta a decisão. Isto porque, o que vincula efetivamente os demais juízos e tribunais é a *ratio decidendi*, tornando-se imprescindível que ela, como tese do julgamento, fique inequívoca para quem tenha de aplicá-la aos demais casos (MELLO; BARROSO, 2016).

Nesse sentido, a decisão em controle de constitucionalidade concentrado deve apresentar uma eficácia mais robusta que a decisão em controle difuso, sobretudo pela vinculação ao caso e às circunstâncias fáticas serem mais detalhadas no exame do recurso extraordinário do que no “processo objetivo” de controle de constitucionalidade (ZANETI JR., 2015, p. 1321). Ademais, necessário atenção ao ônus argumentativo, frente à possibilidade do precedente vincular, de forma direta, a Administração Pública, em decorrência do efeito externo do precedente.

A consequência da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado é o reconhecimento da nulidade de lei ou ato normativo.¹⁴No caso de declaração de

a determinação do conteúdo da decisão que adquire caráter normativo conta com mais uma dificuldade. É que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que somente o dispositivo das decisões proferidas em ação direta produz efeitos normativos. *Tais efeitos não alcançam, no entendimento do STF, os motivos determinantes do julgado.* [...] A jurisprudência do STF, em sede de controle concentrado, rejeita a ideia de que ‘os motivos determinantes’ da decisão também produzem efeitos normativos. Recusa-se, portanto, a atribuir efeitos normativos à própria *ratio decidendi* dos julgados proferidos em ação direta. [...] a adoção de precedentes normativos em matéria constitucional, tal como pretendida pelo Novo Código, passa necessariamente pelo reconhecimento de efeitos normativos à tese de direito que serve de base para a decisão. [...] A se manter a redação do CPC/2015 tal como se encontra hoje, o STF precisará repensar a eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o novo Código de Processo Civil. *Universitas*, v. 26, n. 2, p. 41-53, 2015). Conferir, no mesmo sentido, <http://frediedidier.com.br/editorial-168/>. Acesso em: 03.08.2017. Explica Fredie Didier: “Cabe reclamação por desrespeito a autoridade da decisão do tribunal (arts. 102, I, l, e 105, I, f, CF/88). Um dos principais exemplos de reclamação, com fundamento nesta hipótese de cabimento, é aquela ajuizada contra ato que desrespeita decisão do STF em ADI, ADC e ADPF, seja decisão definitiva, seja provisória. Se um órgão jurisdicional, por exemplo, considerar constitucional uma lei que foi considerada inconstitucional pelo STF, caberá reclamação contra esta decisão, que desrespeitou o comando do acórdão do STF. Podemos dizer, aliás, que se trata de um exemplo tradicional. Observe que a reclamação, neste caso, serve para fazer valer o dispositivo dos acórdãos do STF, que, no caso, estão protegidos pela coisa julgada material, que vincula todos. A decisão de ADI, ADC ou ADPF, além de criar a norma do caso, torna-se precedente – norma geral para casos futuros semelhantes. Ao dizer, por exemplo, que uma lei estadual é inconstitucional, por ter invadido competência federal, o STF não só cria a regra do caso – a lei estadual n. 1000/2011 é inconstitucional, p. ex.; produz o STF também um precedente, para que, em casos futuros, que digam respeito a outras leis estaduais, este mesmo entendimento seja observado. Se um órgão jurisdicional considerar como constitucional uma lei estadual análoga àquela que o STF considerou inconstitucional, caberá reclamação, em razão do desrespeito ao precedente nascido de uma decisão em controle concentrado. Observe que a reclamação, neste caso, serve para fazer valer o precedente (fundamentação) construído pelo STF, em um processo de controle concentrado de constitucionalidade.”

¹⁴ Cf.: art. 27 da Lei 9.868/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal,

inconstitucionalidade por omissão, no que se refere à administração pública, há imposição de obrigação fazer, no sentido de tomar medidas para tornar efetivo o comando constitucional.

Registre-se, ainda, que com a emenda constitucional nº 45/2004, todas as decisões em controle concentrado passaram a ter efeito vinculante, e não apenas a ação declaratória (como era antes). Nesse senso, a Administração Pública, direta ou indireta, em todos os níveis federativos, encontra-se vinculada à decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade da ADI ou ADC. A vinculação da Administração Pública é direta e encontra substrato no texto constitucional.¹⁵

Ponto que pode, ainda, gerar alguma dúvida é em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1º, da CF/88 e disciplinada pela Lei 9.882/1999. Trata-se, igualmente, de ação de competência originária do STF, destinada a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”¹⁶(art. 1º, da Lei 9.882/1999), que se encontra sujeita ao princípio da subsidiariedade (vale dizer, não será admitida quando houver outro meio capaz de sanar a lesividade).

Eventual dúvida pode surgir do fato de que o efeito vinculante se encontrar previsto apenas na lei ordinária, impondo aos demais órgãos do Poder Público vinculação à decisão.¹⁷O texto constitucional estabelece que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” Há quem veja no ponto inconstitucionalidade do efeito vinculante fixado por lei ordinária¹⁸; no entanto, penso que o legislador constituinte remeteu a questão diretamente à vontade do legislador ordinário, que entendeu, a semelhança da ação declaratória de constitucionalidade, por estabelecer o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁹A discussão, ademais, esvazia-se a partir da atual dogmática dos precedentes.

por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

¹⁵ Nesse sentido, conferir: OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 120-130.

¹⁶ “Questão sensível é a que diz respeito ao significado da locução *preceito fundamental constitucional*, indicado como parâmetro de aferição da legitimidade ou não dos atos impugnados em ADPF e como fundamento de procedência do pedido nela formulado. Há uma dificuldade, senão até uma impossibilidade mesmo, de determinar, abstratamente, o alcance objetivo dessa formulação constitucional, já que se trata de expressão de conceito jurídico extremamente aberto” (ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 60).

¹⁷ Art. 10, § 3º, da Lei 9.882/1999: “Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. [...]§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

¹⁸ Nesse sentido, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, orgs. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, São Paulo: Editora Atlas, p. 150-171.

¹⁹ Nesse sentido, conferir: BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, orgs. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, São Paulo: Editora Atlas, p. 77-84.

Com efeito, o estatuto normativo dos precedentes no CPC/2015, conquanto direcionado a juízes e tribunais, traz ínsita a necessidade de ônus argumentativo específico, na medida em que são decisões que, uma vez formado o precedente (dimensão formal e material), espriam seus efeitos para além da órbita jurisdicional.

Enunciados de Súmula Vinculante

A súmula vinculante é resultado da emenda constitucional nº 45/2004 (art. 103-A). Devemos entender as súmulas vinculantes como o resultado de um processo de interpretação e aplicação da norma, isto é, resultado de um ou de vários processos judiciais, nos quais, a partir de casos concretos, extrai-se uma regra universalizável aplicável a casos análogos (ZANETI JR., 2016, p. 66).

No inciso II, o art. 927 do CPC/2015 menciona os enunciados de súmula vinculante, também com eficácia vinculante e efeito *erga omnes* para o Poder Judiciário e para a Administração Pública, por expressa determinação constitucional e legal (art. 103-A, CF/88).²⁰ A diferença, assim, como no ponto anterior, está na existência atual de uma dogmática dos precedentalista a partir da promulgação do CPC/2015.

Segundo Marinoni (2016, p. 286), "a súmula é o enunciado da tese de direito e não pode, como é óbvio, explicar os motivos da adoção da tese em face de uma determinada situação concreta." *A ratio decidendi*, ao contrário, "espelham não apenas uma tese de direito, mas, mais propriamente, a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática." Vale dizer, uma súmula, obviamente, não tem condições de refletir a racionalidade da argumentação própria a um precedente; no máximo, pode resumir a tese de direito sustentada numa decisão. Assim, quando se fala em súmula a partir do precedente que lhe deram origem (§ 2º do art.

²⁰ Ao tratar da súmula vinculante, Zaneti Júnior leciona: "Três importantes observações devem ser efetuadas em relação a sua inclusão no rol do art. 927, II, do CPC/2015. Primeiro, como a súmula vincula também à administração pública, sua vinculatividade é maior do que a prevista no CPC, que se refere apenas aos juízes e tribunais, aliás, está característica é comum também as ações de controle de constitucionalidade concentrado. Segundo, sua inclusão no CPC aumenta a garantia de um devido processo legal para a elaboração dos enunciados da súmula visto que o CPC exige para que ocorra a vinculatividade a identificação das circunstâncias fáticas que deram origem ao enunciado da súmula e a referência aos precedentes dos quais ela é originária (art. 926, § 2º), bem como, para que o enunciado atue como precedente, é necessário a identificação dos *fundamentos determinantes* e a demonstração de que estes, caracterizados pela junção das circunstâncias fáticas e da solução jurídica, se ajustam ao caso sob julgamento (art. 489, § 1º, V, CPC/2015). Terceiro e último, mas não menos importante, reside na necessária diferenciação entre súmulas vinculantes, previstas no inciso II, e as súmulas do STF, em matéria constitucional, previstas no inciso IV, pois alega a doutrina que não podendo uma súmula ser mais relevante que a outra o CPC teria igualado sua força vinculante, ao alvedrio da diferenciação constitucionalmente estabelecida, criando por norma infraconstitucional uma nova súmula vinculante. Bem como vimos, as súmulas vinculantes vinculam a administração pública, diferentemente das demais súmulas, que apenas teriam força persuasiva para a administração, além disto, há claramente uma hierarquia nesta vinculatividade, pois sendo o enunciado da súmula vinculante constituído por quórum qualificado, esta não poderá ser afastada por súmula do STF formulada por quórum simples, portanto, há uma razão para existir a menção as duas espécies de súmulas no art. 927, incs. II e IV, e esta preserva a lógica do ordenamento jurídico." (ZANETI JR., *Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 369)

926), na verdade, está a se confessar a imprescindibilidade de uma dogmática específica dos precedentes (MARINONI, 2016, p. 287).

Lenio Luiz Streck (2013, p. 75), em importante contribuição ao tema, já sinalizava para o risco de uso inadequado das súmulas, nos seguintes termos:

Relembro que, muito antes de serem transformadas em *vinculantes*, já sustentava (e denunciava) que há(via) nelas uma nítida pretensão objeti vista, que nos joga(va) de volta ao “mito do dado” . Trata-se da construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. [...] As súmulas, assim como os ementários que (pré)dominam as práticas judiciais, tem a pretensão de possuírem uma substância comum a todas “as demandas” (causas). Isso explica as razões pelas quais não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses. Essas teses - transformadas em super-enunciados - proporcionam “respostas antecipadas”. No fundo, trata-se de um “sonho” de que a interpretação do direito seja isomórfica.

Ademais, e até por isso, Zaneti Júnior (2014, p. 236) explica que “as súmulas não podem ser entendidas como normas, pois são fontes de outra qualidade, não se trata de direito legislado, mas de direito criado por argumentos jurídicos no curso de processos judiciais, individualizados pela *ratio decidendi*.” Com o advento da emenda constitucional nº 45/2004, ao criar a possibilidade das súmulas vinculantes, abriu-se importante espaço para a consolidação do *stare decisis*, que se complementa, a partir do CPC/2015, com o estatuto normativo dos precedentes na dogmática brasileira.

Quanto à matéria, assim disciplina o art. 103-A:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

No que importa ao debate neste estudo, tem-se que o art. 103-A dispõe que a súmula vinculante terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Mais uma

vez, a *vinculatividade forte* a espriar diretamente, por força de previsão constitucional, seus efeitos vinculantes para além do Poder Judiciário.

Como já mencionado, uma súmula, mesmo as vinculantes, não tem condições de refletir a racionalidade da argumentação própria de um precedente. Identificado a *ratio decidendi*, operacionaliza-se a metódica do precedente, de forma a externalizar a *ratio decidendi* que servirá de base para aplicação do precedente aos casos futuros e análogos. Evidencia-se, nessa perspectiva, a relevância e imprescindibilidade de uma dogmática específica dos precedentes, tal qual descrita no estatuto normativo dos precedentes, delineado no CPC/2015.

As súmulas já existiam no direito brasileiro desde 1963, por emenda regimental do Supremo Tribunal Federal, sendo que as primeiras 370 foram publicadas em 1º de março de 1964.²¹ Mas até o surgimento das súmulas vinculantes não havia qualquer vinculação à Administração Pública. Reside aqui uma inovação paradigmática, vez que a Administração Pública, em todos os seus níveis, encontra-se vinculada aos precedentes decorrentes da técnica de externalização aplicada no contexto das súmulas vinculantes.

Dáí se falar, como mencionado outrora, que o modelo delineado no CPC/2015 representa uma mudança paradigmática, traduzindo-se numa das maiores transformações da nova legislação processual.

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação, sendo que contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006). Destaca-se, ainda, que, ao contrário da decisão judicial impugnada, no qual o STF determinará que outra seja proferida, com ou sem aplicação da súmula (em face de possibilidade de distinção ou superação), o ato administrativo será anulado, devendo a autoridade administrativa proferir novo ato, observado as balizas da súmula vinculante.²²

Acórdãos em incidente de assunção de competência e nos julgamentos de Casos Repetitivos (IRDR e REER)

No inciso III do art. 927 são mencionados os acórdãos em incidente de assunção de competência (IAC) e os casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR – e julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos – REER).

²¹ Zaneti Júnior defende “[a] proposta original pretendia as súmulas como um método de trabalho, proporcionando maior estabilidade à jurisprudência e simplificando o julgamento das questões mais frequentes no tribunal. Essa proposta teve por modelo o *stare decisis* (mesmo que inconfesso), e não os assentos, conforme notícia Baleeiro, Ministro do Supremo Tribunal Federal à época.” (ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 235).

²² No mesmo sentido, OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*, op. cit., p. 120.

O incidente de assunção de competência (IAC) aplica-se quando a causa do tribunal envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos, conforme previsão no art. 947.²³⁻²⁴⁻²⁵

Enquanto precedente, segue a lógica de que casos iguais devem ter, necessariamente, decisões iguais, sob pena de instaurar um estado de incerteza. Enquanto não julgado a causa ou recurso, é possível haver a instauração do incidente de assunção de competência, cujo julgamento produz precedente obrigatório a ser seguido pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados.²⁶ Tem por finalidade provocar o julgamento de caso relevante por órgão colegiado de maior composição, além de prevenir ou compor divergência interna no tribunal (fala-se em microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios) (CUNHA, 2015, p. 1366). Registre-se, ainda, que o incidente de assunção de competência não pertence ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 928).²⁷

Por sua vez, as técnicas de julgamento dos casos repetitivos – incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos (REER) – representam uma alternativa ao problema da litigiosidade de massa (fala-se em microsistema dos casos repetitivos) (ZANETTI JR., 2015, p. 1334).²⁸⁻²⁹⁻³⁰ Revelam-se técnicas diversificadas, sendo *opt in* (vale dizer, beneficiam apenas aqueles que ajuizaram a respectiva ação), voltadas para a solução de litígios agregados, ao mesmo tempo em que formam

²³ Art. 947, CPC/2015: “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.”

²⁴ Enunciado FPPC nº 334: “Por força da expressão *sem repetição em múltiplos processos*, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos.” (Grupo: Precedentes)

²⁵ “O incidente de assunção de competência, previsto no art. 947 do CPC, é uma reformulação do incidente previsto no § 1º do art. 555 do CPC/1973. Além de ser aplicável quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (CPC, art. 947, § 4º), é admissível quando o julgamento do recurso, da remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1364)

²⁶ Cf.: CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1364-1365.

²⁷ Enunciado FPPC nº 201 “Aplicam-se ao incidente de assunção de competência as regras previstas nos arts. 983 e 984.”

²⁸ Art. 928, parágrafo único: “O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

²⁹ Enunciado FPPC nº 345: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.”

³⁰ “Uma das grandes novidades do novo CPC foi a ampliação dos incidentes de solução de processos repetitivos. Diante da litigância de massa, de milhares de ações em série praticamente idênticas, o legislador, há algum tempo, começou a preocupar-se em desenhar procedimentos que pudessem resolver litígios idênticos, ou ao menos as questões que lhes são comuns, reduzindo a quantidade de processos ou a intensidade da litigância.” (CABRAL, Antônio do Passo. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1415)

precedentes em relação à tese jurídica analisada, vinculando os casos futuros (ZANETI JR., 2015, p. 1321).

O incidente de resolução de demandas repetitivas encontra-se disciplinado nos arts. 976 a 987.³¹ É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente, (a) efetiva repetição³² de processos que contenham controvérsia sobre a mesma *questão unicamente de direito*, (b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e (c) houver causa pendente no tribunal (CUNHA, 2017, p. 253). O incidente de resolução de demandas repetitivas é aplicável às chamadas pretensões isomórficas, isto é, aquelas pretensões de direito material que possuem elementos de fato ou de direito comuns (CABRAL, 2015, p. 1420).³³

Antonio do Passo Cabral (2015, p. 1417), ao tratar da natureza do incidente de resolução de demandas repetitivas, disserta que no direito estrangeiro ficaram célebres duas espécies de procedimentos para solução de casos repetitivos: o *processo-teste* (ou *causa piloto*) e os *procedimentos-modelo*.

O primeiro é *processo-teste* ou *causa piloto*, caracteriza-se pela *unidade de processo e julgamento*, no qual o órgão decisor conhece e julga não apenas a questão comum, mas também todas as demais questões, com *posterior replicação da ratio decidendi aos casos similares*. É o modelo incrementado pelo novo CPC, ao dispor que o "órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente" (art. 978, parágrafo único) (CABRAL, 2015, p. 1418). O CPC é claro ao afirmar que o tribunal, ao julgar o incidente, decidirá também o processo originário.

O segundo tipo de procedimento é dos *procedimentos-modelo*, como o *Musterverfahren* alemão, caracterizado pela *cisão cognitiva e decisória*, no qual o órgão julgador aprecia somente as questões comuns, seguido pela incorporação da decisão aos processos em que se discuta a mesma controvérsia, devolvendo aos demais órgãos jurisdicionais a solução das questões específicas de cada caso. Esse segundo procedimento foi o parâmetro normativo

³¹ Enunciado FPPC nº 334: "A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal." Dentre muito, conferir Leonardo Carneiro: "Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. O incidente há de ser instaurado no caso que esteja em curso no tribunal. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 252)

³² Enunciado FPPC nº 87: "A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica."

³³ Leonardo Carneiro explica: "É muito difícil a distinção entre questão de fato e questão de direito. Toda questão de direito pressupõe a ocorrência de um fato. Pode-se, de todo modo, dizer que a questão de fato é aquela relacionada com a causa de pedir ou com a hipótese prevista no texto normativo, enquanto a questão de direito é aquela relacionada com as consequências jurídicas de determinado fato ou com a aplicação da hipótese de incidência prevista no texto normativo, com as tarefas de subsunção do fato (conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo." (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, op. cit., p. 254).

adotado quando houver desistência do processo afetado, vez que o incidente pode mesmo assim prosseguir para a definição da questão comum (art. 976, § 1º) (CABRAL, 2015, p. 1418).

A seleção do caso representativo da controvérsia é muito importante, pois impacta nas conclusões que o tribunal pode extrair a respeito da questão repetitiva.³⁴ O tribunal deve selecionar os casos em que as partes possam tem uma *boa representatividade*, isto é, na discussão da questão a ser resolvida. O que exige, para além de uma *representatividade adequada*, uma *representatividade argumentativa* (TEMER, 2015, p. 131).

O incidente para julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos insere-se no microsistema de gestão e julgamento de causas repetitivas. Daí, os aspectos centrais até aqui delineados, são-lhe aplicáveis (inclusive no ponto seguinte).

Acaso a questão repetitiva decidida disser respeito à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou a agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação, da tese adotada.

Trata-se de regra integrante do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos. A previsão é oportuna e relevante³⁵, máxime quando sabemos que muitas questões repetitivas dizem respeito à prestação de serviços públicos. Nesse sentido, a comunicação do resultado do julgamento aos órgãos pode não só levar a uma implementação mais rápida e correta da decisão, mas também estimular, se for o caso, mudanças nas rotinas de fiscalização ou nas normas administrativas editadas pelo regulador (CABRAL, 2015, p. 1447).

A regra, como bem percebida por Dierle Nunes (2015, p. 2340), tem por finalidade eliminar um dos problemas da litigiosidade de massa no Brasil, que é a "falta de diálogos institucionais entres os *poderes* e entre os agentes responsáveis pela fiscalização do cumprimento de direitos."³⁶ Tudo, assim, a indicar o alcance externo do julgamento de casos repetitivos.

³⁴ Leonardo Carneiro explica que "[a] seleção mal feita poderá levar a uma cognição de menor qualidade, reduzindo o potencial de influência do contraditório no incidente e repercutindo na própria atuação das partes, dos interessados e dos *amici curiae*." (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, op. cit., p. 240).

³⁵ Em sentido contrário, defendendo a inconstitucionalidade art. 985, § 2º e 1.040, IV, do CPC, ver OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*, op. cit., p. 140-148. Esse entendimento também é defendido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5492, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro, em abril de 2016.

³⁶ Leonardo Carneiro, inclusive, destaca: "O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (art. 219, § 8º, VII) previu regra interessante, conexa a essa: o relator, na decisão de organização do procedimento de incidente de resolução de demandas repetitivas, já determina essa intimação, exatamente para que o órgão, ente ou agência já possa auxiliar na construção da decisão, e não apenas ser informado de seu conteúdo." (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, op. cit., p. 240).

Enunciados das súmulas não vinculantes (STF e STJ) e orientação do plenário ou do órgão especial

O inciso IV do art. 927 indica que formam precedentes vinculantes os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional^{37, 38}.

Conforme mencionado anteriormente, é preciso perceber que as súmulas são compostas de enunciados que devem ser o extrato dos fundamentos determinantes do precedente (unidade fático-jurídica da decisão – *ratio decidendi*). Tem-se, assim, menção às circunstâncias fáticas e jurídicas que a compõe, visto que o extrato da súmula, representado no enunciado, precisa está vinculado a *ratio decidendi* dos casos precedentes. Resumidamente, noutros termos: o enunciado da súmula precisa vincular-se aos fundamentos determinantes do precedente; são estes que, ao final, vinculam juízes e tribunais (ZANETI JR., 2015, p. 1322), além de refletir efeito externo na esfera pública.

O inciso V do art. 927 faz menção à vinculatividade de juízes e tribunais à *orientação do plenário ou do órgão especial* aos quais estiverem vinculados. Zaneti Junior (2015, p. 1322) percebe que há neste inciso “uma norma de encerramento, abrindo a taxatividade do sistema de precedentes para incluir toda e qualquer decisão de órgão plenário ou especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados.” Daí se dizer que o “rol do art. 927 é excludente da vinculatividade formal de outras decisões (ZANETI JR., 2015, p. 1323).” Tem-se uma *abertura da taxatividade*, para, em seguida, culminar em um *encerramento quanto à previsão de vinculatividade formal de outras decisões*.

Nesse senso, segundo Zaneti Júnior (2015, p. 1322-1323):

[...] quaisquer decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, vinculam todos os juízes e tribunais brasileiros, quando tomados pelo pleno. Isso porque é função do STF interpretar o direito constitucional. No mesmo sentido, quaisquer decisões do STJ, em matéria infraconstitucional federal, tomadas pela Corte Especial, vinculam a todos juízes e tribunais brasileiros, pois cabe ao Superior Tribunal de Justiça afirmar a interpretação sobre direito infraconstitucional. Igualmente, as decisões do TSE, do STM, do TST, nas suas respectivas matérias, em relação aos tribunais, órgãos fracionários, desembargadores e juízes a eles vinculados, bem como os tribunais de justiça e dos tribunais regionais em relação aos órgãos fracionários, desembargadores e juízes a eles vinculados.

³⁷ “[...] em matéria regulada no âmbito dos Estados, serão os tribunais de justiça que fixarão o precedente e terão a última palavra, salvo inconstitucionalidade ou conflito com a lei federal.” (ZANETI JR., Hermes. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1322)

³⁸ Identificando uma hierarquia entre as súmulas: “[...] há claramente uma hierarquia nesta vinculatividade, pois sendo o enunciado da súmula vinculante constituído por quórum qualificado, esta não poderá ser afastada por súmula do STF formulada por quórum simples, portanto, há uma razão para existir a menção as duas espécies de súmulas no art. 927, incs. II e IV, e esta preserva a lógica do ordenamento jurídico.” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, op. cit., p. 369)

Valho-me, assim, das palavras de Zaneti Júnior (2015, p. 1323): “Compreenda-se, para frisar bem: a vinculação será sempre horizontal e vertical, os tribunais e órgãos fracionários estão igualmente vinculados às decisões do plenário ou do órgão especial.” Assim, não formarão precedentes normativos formalmente vinculantes, nos termos do art. 927, as decisões de órgãos fracionários de tribunais e as decisões de juízes de primeiro grau.

Precedentes Judiciais e Administração Pública: breve resenha acerca do efeito externo do precedente judicial

Até aqui, sabe-se que o exercício da função administrativa tem emergente vinculação direta à Constituição, consubstanciado na noção de juridicidade administrativa. O que vincula a administração em nossos dias é o bloco de constitucionalidade (MERKL, 1935, p. 132; OTERO, 2003, p. 29; CANOTILHO, 2002, p. 1135)³⁹. Os precedentes normativos devem ser entendidos como fonte primária do direito (ZANETI JR., 2015, p. 1035; MITIDIERO, 2016, p. 99), e como tal, feitas as adaptações que estamos a analisar, tem aptidão normativa para compor a estrutura da juridicidade administrativa.

Há dispositivos, a exemplo da previsão de controle de constitucionalidade concentrado (art. 927, I, CPC) e as súmulas vinculantes (art. 927, II, CPC), que na sua origem e infraestrutura normativa contemplam elementos que levam a denominada vinculatividade forte. São, na dogmática brasileira, segundo magistério de Zaneti Júnior (2016, p. 353), os precedentes normativos formalmente vinculantes fortes.

Em tais hipóteses o efeito externo do precedente judicial direciona-se claramente à Administração Pública, por força de previsão constitucional. Daí se falar em precedentes vinculante fortes. A vinculatividade é forte, dentre outros motivos, por também vincular a Administração Pública (ZANETI JR., 2016, p. 369). A vinculação da Administração Pública é direta e encontra substrato no texto constitucional (OLIVEIRA, 2016, p. 120). Há significativa redução no espaço de atuação da autoridade administrativa, restando o exercício da função administrativa vinculado ao precedente normativo formalmente vinculante em sentido forte.

Tem-se uma reconstrução de significância normativa. Isso porque, a opção do legislador constitucional, implementada com o advento do CPC/2015, trazendo o estatuto normativo dos precedentes, culminou por possibilitar garantia de uniformidade e continuidade do

³⁹ Para melhor compreensão, conferir CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1135 e ss.; OTERO, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo: Enquadramento Dogmático-Constitucional*, 2 vols., Lisboa, 1995, p. 122 ss. Sobre o tema, OTERO, Paulo esclarece: “A dependência administrativa da Constituição resulta, antes de mais, do tipo de Estado e do modelo de sociedade gizados pelas normas constitucionais, circunstância que dita serem as próprias normas da Constituição, as principais responsáveis pela mencionada dependência e, num certo sentido, pelas concepções reveladoras de uma certa “erosão da teoria da Constituição” a favor do poder administrativo” (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra. Almedina, 2003, p. 29).

direito para todos os casos análogos, retirado da Poder Público uma parte de sua *liberdade de conformação*, inclusive a chamada *conformação legislativa*.⁴⁰

No âmbito da Administração Pública a racionalidade das decisões é garantida na medida da possibilidade de universalização para todos os casos análogos a partir das mesmas razões de decidir, não havendo, salvo as hipóteses de distinção ou superação, possibilidade de desvinculação da Administração Pública. Até por isso, a vinculação em sentido forte, apto a espriar efeitos externos direcionados ao exercício da função administrativa, precisa ter assento constitucional.

Há, porém, os chamados precedentes normativos formalmente vinculantes (previsões contidas no art. 927, incisos III, IV e V, do CPC). A doutrina tende a posicionar tais espécies de precedentes, quando relaciona seus efeitos à Administração Pública, uma força de vinculatividade meramente persuasiva (*persuasive force*).⁴¹ Esse entendimento merece cuidado e algumas considerações.

Ao tratar da relação dos precedentes judiciais na esfera pública haverá sempre, em alguma medida, o risco de subversão da separação dos poderes; por outro lado, em um Estado Constitucional que busque a toda força a efetividade dos direitos fundamentais, não se pode ignorar a logicidade e coerência normativa propiciada pelo modelo de precedentes. Cabe ao intérprete, seja na formação ou aplicação do precedente, calibrar o esforço interpretativo e equacionar a aparente tensão.

⁴⁰ Entende-se por *liberdade de conformação legislativa* (*gesetzlicher Gestaltungsspielraum*), justamente o que ocorre quando os representantes legislativos ao criarem textos legais com pouca densidade regulativa, usando conceitos abertos e vagos, concedem amplos espaços de decisão para a escolha dos meios adequados à solução dos casos concretos e diminuem a vinculação de atuação da Administração Pública. Andreas Krell explica que são hipóteses em que “o legislador transfere para a Administração uma parte de sua *liberdade de conformação legislativa*.” Sobre o tema, conferir: KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 11-12.

⁴¹ Quanto ao ponto, com propriedade, conferir Pierluigi Chiassoni: “Acadêmicos geralmente se referem aos precedentes como possuindo força persuasiva, em oposição aos precedentes possuidores de força vinculante (*binding force*). [...] Os acadêmicos do círculo de Bielefeld (Aulis Aarnio, Robert Alexy, Zenon Bánkowi, Gunnar Bergholtz, Svein Eng, Francisco Laporta, Neil MacCormick, Geoffrey Marshall, Lech Morawski, Enrico Pattaro, Aleksander Peczenik, Alfonso Ruiz Miguel, Robert Summers, Michele Taruff o, Michael Troper, Marek Zirk-Sadowski, etc.) trabalharam uma consideração teórica sobre a relevância prática dos precedentes (melhor dizendo: relevância prática das *rationes decidendi* dos precedentes-julgamento), onde eles separaram quatro formas básicas de relevância: 1) vinculação formal. 2) força persuasiva de facto. 3) força justificatória complementar. 4) meramente ilustrativa – ou outro valor parecido.” (CHIASSONI, Pierluigi. *The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction*. In: Thomas Bustamante; Carlos Bernal Pulido (eds.). *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th Word Congress of the International Association for Philosophy of law and Social Philosophy*, Beijing, 2009, vol. III. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012, p. 13-33)

Considerações finais

O precedente é normativo e integra a ordem jurídica. De regra, conquanto não necessário para aferir sua vinculatividade, no curso da relação jurídica processual o poder público terá participado, numa relação dialética e simétrica (cultura do formalismo-valorativo⁴²), na formulação da decisão de originou o precedente. Uma vez formado o precedente judicial o poder público no âmbito do módulo processual civil (ambiente jurisdicional) será, enquanto parte, inevitavelmente alcançado pela força do precedente nos casos futuros e análogos.

Ademais, a Fazenda Pública em juízo deverá adotar uma série de posturas que não atente contra os deveres de sua atuação enquanto parte⁴³, mas sempre orientado pela lei e/ou pelo precedente judicial.

Não há nenhuma coerência, sob o ponto de vista que norteiam a atuação da Administração Pública, sobretudo no prisma do princípio da legalidade, moralidade e da eficiência, permitir que seja possível ao Poder Público atuar de maneira distinta, a depender de sua localização no universo das relações jurídicas administrativas.⁴⁴ Em juízo, vinculando-se ao precedente normativo. No âmbito administrativo (externo ao âmbito jurisdicional), atuando, a depender de seu arbítrio, eventualmente em completo descompasso com o precedente normativo já formado e aplicável ao caso.

O legislador constitucional fixou parâmetros para estabelecer a força vinculante dos pronunciamentos judiciais que foram encampados pelo estatuto dos precedentes normativos no CPC (hipóteses descritas nos incisos I e II, do art. 927), traduzindo-se nos *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*. Por sua vez, em meu sentir, os *precedentes normativos formalmente vinculantes* (hipóteses descritas nos incisos III a V, do art. 927), que tem no dispositivo legal sua gênese, em maior ou menor medida, terão sempre uma *substancial carga persuasiva*.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

⁴² Quanto ao tema, com pioneirismo no Brasil conferir: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

⁴³ Quanto ao tema, conferir: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 207-212.

⁴⁴ Em sentido próximo, ao tratar da atuação do advogado público, Claudio Madureira explica: "[...] mesmo em sua atividade contenciosa, os advogados públicos não podem se furta a procurar corrigir equívocos na aplicação do direito pela Administração Pública. Nesse campo, quando se verifica, na prática, a realização de ato não autorizado pelo ordenamento jurídico-positivo, a manifestação da Advocacia Pública pela adoção desses mecanismos impõem-se por uma questão de *legalidade*, por uma questão de *moralidade* e por uma questão de *eficiência*." (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte. Fórum, 2015, p. 331)

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora. In: Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99, orgs. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, São Paulo: Editora Atlas.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- _____. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. Revista Faculdade Direito da UFMG, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 299-325, 2013.
- CABRAL, Antonio do Passo. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHIASSONI, Pierluigi. The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction. In: Thomas Bustamante; Carlos Bernal Pulido (eds.). On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 14ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- _____; DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. <http://frediedidier.com.br/editorial-168/>. Acesso em: 03.08.2017.
- KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- MACCORMICK, Neil. Retórica e Estado de Direito. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. No original: Rethoric and the Rule of Law. A theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005.
- MADUREIRA, Claudio. Advocacia Pública. Belo Horizonte. Fórum, 2015.
- _____. Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedente Obrigatórios. 4ª ed. rev. atual. ampl. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos, e BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. Revista da AGU. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p. 9-52. jul./set. 2016.

- MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o novo Código de Processo Civil. *Universitas*, v. 26, n. 2, p. 41-53, 2015.
- NUNES, Dierle. Comentários ao art. 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra. Almedina, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99*, orgs. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, São Paulo: Editora Atlas.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização*. Dissertação de mestrado apresentada e defendida na UERJ, Rio de Janeiro, 2015.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed.. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1308/1312.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

A ausência de força vinculante dos precedentes judiciais diante da não formação de *ratio decidendi*

Carolina Biazatti Borges¹
Nauani Schades Benevides²

Resumo: Para a superação do ideário de precedentes como teses enunciadas que resolvem casos no atacado é fundamental o entendimento de que o que efetivamente vincula num precedente é a norma construída a partir dos fundamentos determinantes da decisão, a *ratio decidendi*. Dessa forma, imperiosa se faz a interpretação sistemática dos artigos 927 e 489, §1º, V do Código de Processo Civil de 2015 para a identificação de quais decisões judiciais formarão precedentes formalmente vinculantes. Diante do exposto, o presente trabalho objetiva a análise de duas hipóteses em que a decisão do tribunal não possui *ratio decidendi* qualificada para lhe conferir *status* de precedente judicial vinculante: a ausência de fundamentação adequada, que torna impossível a compreensão dos motivos determinantes da decisão, bem como a inexistência de fundamento vencedor no julgamento colegiado, que se dá com base em fundamentos distintos. Nesses casos, defende-se que a decisão possui eficácia vinculante *inter partes* no processo *sub judice*, mas que a ela deve ser negada a força vinculante para casos análogos prevista no art. 927 do CPC/15.

Palavras-chave: Precedentes; Vinculação; *Ratio decidendi*; Inexistência de fundamento vencedor; Fundamentação inadequada.

Introdução

Com o objetivo de alcançar maior estabilidade, coerência e integridade, é notável ao longo dos anos as tentativas de implantação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. É o que se verifica diante da criação de mecanismos como as súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88), a repercussão geral (art. 102, §3º, CF/88) e a previsão de efeito vinculante *erga omnes* nas decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º, CF/88 e art. 10, §3º, lei n. 9.882/99). Não obstante à essa louvável tentativa, a história mostrou que, da forma com a qual foram utilizados, tais mecanismos não passaram de provimentos judiciais formalmente vinculantes e não precedentes judiciais ancorados numa teoria de precedentes (RAMIRES, 2010, p. 31).

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista pela CAPES.

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista pela FAPES.

O Código de Processo Civil de 2015, a partir da instituição do núcleo dogmático do modelo de precedentes brasileiro (artigos 489, §1º, V e VI, 926 e 927) possui vocação para corrigir tais impropriedades e cabe à comunidade jurídica brasileira utilizá-lo como instrumento para a superação de velhos paradigmas e para a resolução de graves problemas que acometem o judiciário, como a jurisprudência lotérica e o solipsismo dos magistrados que se recusam a aceitar a extinção do livre convencimento judicial.

A principal premissa para a mudança do paradigma de interpretação do modelo de precedentes brasileiro é a compreensão de que se trata de elemento da teoria da decisão judicial e não mecanismo de mera uniformização de jurisprudência (ZANETI JR., 2014, p. 340-341), uma vez que estes não são aplicados apenas no âmbito dos tribunais, mas por todo e qualquer magistrado que se veja diante de um caso cuja solução já foi debruçada em precedente formalmente vinculante. Nesse sentido, preocupando-se com a compatibilização dos precedentes com o ordenamento jurídico brasileiro, não é coerente que seja atribuída força vinculante a qualquer decisão judicial pelo simples fato de restar preenchido o critério formal de enquadramento nas hipóteses elencadas nos incisos I a V do art. 927 do CPC/15.

Ademais dos critérios meramente formais apontados no aludido dispositivo legal, há critérios materiais a serem analisados, como a conformidade do conteúdo da decisão frente à Constituição Federal e a legislação vigente (a não ser que esta seja afastada fundamentadamente por controle de constitucionalidade), coerência da decisão com as questões submetidas ao julgamento do tribunal, bem como possibilidade de identificação do fundamento determinante da decisão, a chamada *ratio decidendi*. Este último é o objeto do presente ensaio.

O modelo brasileiro de precedentes

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não ter importado um modelo de vinculação aos precedentes judiciais que abrangesse de forma geral as decisões dos tribunais superiores tal qual se verifica no *common law*, a sistemática de pronunciamentos judiciais vinculantes elencados no art. 927 do CPC/15 deve obedecer a dinâmica da teoria dos precedentes desenvolvida para lidar com a *stare decisis*³ daquela tradição jurídica. Essa conclusão decorre não só do termo "precedentes" escolhido pelo legislador processual civil para se referir a tais provimentos vinculantes, mas também da existência de alguns dispositivos legais do código, como os incisos V e VI do art. 489, §1º do CPC/15, que trazem conceitos como "fundamentos determinantes", "distinção" e "superação do entendimento", que remetem, respectivamente, à *ratio decidendi* (e por via de consequência, ao *obiter dictum*), ao *distinguishing* e ao *overruling*, que são elementos típicos da teoria dos precedentes do *common law*.

³ A *doctrine of stare decisis*, ou seja, a eficácia vinculante dos precedentes, não é sinônimo de *common law* e nem com ele se confunde. Enquanto este último se relaciona com direito consuetudinário que regia o comportamento dos *Englishmen*, a regra do *stare decisis* é, na realidade, um mecanismo relativamente recente que surgiu para garantir segurança às relações jurídicas no âmbito do *common law* (MARINONI, 2016, p. 31-33).

Tendo isso em vista, em relação aos provimentos vinculantes elencados na legislação processual civil de 2015, as autoras do presente ensaio não adotam a corrente que os enquadra como mecanismos meramente processuais vocacionados para a celeridade e decisão de demandas em massa, mas os analisam como integrantes de um modelo brasileiro de precedentes pensado a partir da teoria dos precedentes. Esse modelo de precedentes tem como objetivo principal a racionalidade e a universabilidade das decisões judiciais (ZANETI JR, 2015, p. 1430), que visa a correção de algumas consequências da fragilização não virtuosa do *civil law*⁴, como o ativismo e o subjetivismo judicial instalados no país, no qual “uma elite judicial cria seus próprios códigos e procedimentos ao arrepio do direito legislado” (ZANETI JR, 2016, p. 99).

Nesse sentido, tem-se que o modelo de vinculação formal de precedentes do CPC/15 se baseia no respeito obrigatório à norma construída a partir das decisões que configurem as hipóteses do art. 927 do CPC/15, sob pena de reforma da decisão desrespeitosa via recurso ou, em certos casos, via reclamação direta ao tribunal que emanou o precedente (art. 988, III e IV c/c art. 927, I, II e III, CPC/15). Estes últimos são classificados doutrinariamente como precedentes normativos formalmente vinculantes fortes e os primeiros, cuja impugnação se dá por via recursal ordinária, como precedentes normativos formalmente vinculantes (ZANETI JR., 2016, p. 325-326).

A obrigatoriedade de respeito às decisões precedentes é restrita às hipóteses do art. 927 do CPC/15, mas é salutar à racionalidade e coerência do sistema que os órgãos jurisdicionais sempre utilizem as mesmas premissas decisórias em casos análogos (*treat like cases alike*), evitando-se oscilações de entendimento. Essas decisões que não são formalmente vinculantes, mas que por estabilidade, integridade e coerência (art. 926, CPC/15) deveriam ser seguidas, são classificadas doutrinariamente como precedentes normativos vinculantes (ZANETI JR., 2016, p. 325).

Em linhas gerais, o modelo de precedentes se baseia no imperativo categórico da universalização, impondo que o órgão julgador decida da mesma forma que qualquer pessoa racional, em um momento futuro, deveria decidir. Dessa forma, a partir do estabelecimento do precedente até que ele seja eventualmente superado, o órgão julgador fica constrangido a decidir em conformidade com o que ele próprio decidiu anteriormente (vinculação horizontal) para então, em respeito a estrutura hierárquica dos órgãos judiciários, vincular os tribunais e juízes que lhe são inferiores (vinculação vertical).

⁴ O professor Hermes Zaneti Jr., em “O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes”, trabalha o histórico da evolução dos paradigmas de aplicação do direito até localizar o atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro num modelo centrado na Constituição que fragilizou o sistema fechado e codificado anteriormente vigente. O professor aponta dois tipos de fragilização: a virtuosa e a não-virtuosa. A virtuosa é a abertura do direito para ser interpretado à luz de princípios constitucionais de modo a coibir as lacunas hermenêuticas. Essa fragilização concede ao magistrado o papel de densificar os princípios e cláusulas abertas, o que é positivo (virtuoso) pois permite que o direito acompanhe a realidade prática, sempre em respeito às garantias constitucionais. Já a fragilização não-virtuosa é a relativização completa do ordenamento jurídico que advém de um excesso de crítica ao positivismo e da inflação legislativa, o que gera ausência de parâmetro legal (ou seu descrédito) para as decisões judiciais, e conseqüentemente leva a que os magistrados decidam conforme o seu arbítrio desconsiderando a legislação vigente, o chamado subjetivismo judicial (ZANETI JR., 2016, p. 66-106).

Depois de criado o precedente, os juízes e tribunais, na sua atividade judicante, deverão analisar se há identificação do caso atual com o caso precedente. Se houver, deverão obrigatoriamente aplicar o precedente independentemente de sua concordância ou desejo pessoal de segui-lo. Para isso, basta a demonstração das semelhanças fáticas e jurídicas do caso atual e do caso precedente, sendo dispensável a repetição da fundamentação deste. Por outro lado, caso seja identificada hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada que imponha solução jurídica diversa, deverão fazer a distinção e não aplicar o precedente. Neste caso, impõe-se maior ônus argumentativo ao magistrado, que deverá apontar fundamentadamente os pontos dos casos que são divergentes. Em ambas as situações, seja na aplicação ou não aplicação diante da distinção, há o dever de fundamentação da decisão imposto aos julgadores pelos incisos V e VI do art. 489, §1º do CPC/15, que veda que eles se limitem a simplesmente afirmar a aplicabilidade ou não do precedente sem adequada justificação.

Contra um possível engessamento do direito diante da vinculação à norma precedente advinda de lei, independentemente de sua qualidade, há a previsão do fenômeno da superação. A superação ou modificação do precedente, prevista no § 4º do art. 927 do CPC/15, se dá pelo tribunal que o tenha criado ou, excepcionalmente, pelo tribunal de hierarquia superior, o que possibilita que os precedentes acompanhem as mudanças da legislação e das relações sociais vigentes, garantindo dinamicidade ao direito, mas ao mesmo tempo controlando a estabilidade do entendimento, já que limita as autoridades competentes para sua modificação.

Um fato importante é que o modelo brasileiro de precedentes não legitima a enunciação de norma geral e abstrata como já visto no passado com as súmulas e os assentos portugueses. A norma precedente é concreta e geral: concreta porque em seu antecedente normativo há um fato já ocorrido, o fato jurídico do caso precedente, e geral porque no seu consequente normativo há o estabelecimento de uma relação jurídica imposta a um número indeterminado de sujeitos. Nesse sentido, a norma do precedente jamais pode se desprender dos fatos materiais que lhe deram causa, sob pena de se autonomizarem e se tornar inviável a distinção e a superação em relação aos casos que lhe sobrevierem.

Verifica-se, dessa forma, que trabalhar com precedentes torna a atividade jurídica muito mais complexa do que a simples utilização de jurisprudência, que historicamente vinha sendo aplicada no ordenamento brasileiro. Pressupõe-se o conhecimento de uma série de conceitos e técnicas, sendo fundamental para a criação da norma do precedente a compreensão da ideia de *ratio decidendi* (para os ingleses) ou *holding* (para os norte-americanos), em português comumente traduzido como "razões para decidir", "motivos determinantes" ou "fundamentos determinantes" da decisão. Trata-se da parte efetivamente vinculante de um precedente (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 1997, p. 336), sendo a partir dela que se possibilita a identificação ou distinção feita entre o caso pretérito e o atual, a distinção entre os fundamentos de passagem que não vinculam (*obiter dicta*) daqueles vinculantes (a própria *ratio decidendi*) e a identificação da necessidade de revogação ou superação do precedente.

Logo, é imperioso trazer o conceito de *ratio decidendi* para a construção da norma a ser elaborada a partir dos enunciados do art. 927 do CPC/15, de modo a prescrever que

os juízes e tribunais se vincularão aos fundamentos determinantes (ou *ratio decidendi*) dos provimentos previstos nos incisos I a V e não às teses neles enunciadas.

A *ratio decidendi* do precedente

A necessidade de que os operadores do direito saibam trabalhar com o conceito de *ratio decidendi* e desenvolvam técnicas para identificá-la é evidente, caso contrário estarão impossibilitados de saber previamente quais normas regulam os fatos e relações jurídicas que pretendem levar ao Judiciário. Entretanto, o conceito de *ratio decidendi* é uma das questões mais controvertidas da doutrina de *stare decisis*, eis que apesar de haver concordância de que ela revela uma ideia geral de “regra de Direito que foi posta como fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso” (TARUFFO, 2007, p. 7), sendo *obiter dicta*, por critério residual, “todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem, todavia, parte integrante do fundamento jurídico da decisão” (MARSHALL, 1997, p. 506), há muita divergência em relação à sua definição específica e aos métodos para identificá-la no texto da decisão que formou o precedente judicial.

Marcelo Alves Dias de Souza, em pesquisa a doutrina inglesa sobre o tema, aponta as cinco definições mais comuns de *ratio decidendi* como sendo:

- a) regra de Direito, explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso; b) a razão explicitamente dada pelo juiz para a decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso; c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso; d) a razão implicitamente dada pelo juiz à decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso; e) a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito do caso (SOUZA, 2011, p. 126).

Pierluigi Chiassoni (CHIASSONI, 2000, p. 5-6) aponta outros sete conceitos e a doutrina de um modo geral tem se revelado muito criativa na definição do instituto. Certo é que se está muito longe de chegar a um consenso sobre o que efetivamente venha a ser a *ratio decidendi*, o que conseqüentemente reflete na variedade de técnicas para a sua identificação na prática. Inúmeros foram os autores que tentaram desenvolver teorias e métodos para, a partir do texto da decisão, identificar a *ratio decidendi* e, em que pese umas sejam mais reconhecidas academicamente que outras, atualmente não é possível apontar uma única teoria para a sua identificação. Os autores que desenvolveram as de maior relevância são Eugene Wambaugh, Herman Oliphant, Arthur Goodhart, Rupert Cross, Neil MacCormick e Michael Moore, mas são dotadas de maior prestígio as teorias de Wambaugh (WAMBAUGH, 1894, p. 11-18), com a técnica de inversão, pela qual a *ratio decidendi* é identificada como a razão jurídica sem a qual o caso seria decidido de forma diversa; a de Goodhart (GOODHART, 1930, p. 189-222),

que faz a identificação da *ratio decidendi* por meio dos fatos fundamentais (*material facts*) e da decisão do juiz embasada nesses fatos; bem como a de Cross (CROSS; HARRIS, 1991, p. 77), que combina estes dois métodos.

No direito brasileiro, tem sido aceita a definição *ratio decidendi* como as razões adotadas pelo juiz como passos suficientes e necessários para a solução específica dada a um caso ou a uma questão jurídica (MARINONI, 2016, p. 183-195; ZANETI JR., 2016, p. 303-310), que acaba por utilizar o método eclético de Rupert Cross com algumas ressalvas.

De todo modo, a *ratio decidendi* deve ser compreendida como norma jurídica, e esta como produto de interpretação, não se confunde com o texto da decisão precedente. Assim, muito embora ela tenha para todo o sempre o precedente e suas circunstâncias fáticas como referencial, seu significado não se limita àquele que julgador lhe conferiu ou lhe quis conferir (MACÊDO, 2016, p. 233; MARINONI, 2016, p. 178-183), cabendo ao magistrado do caso presente a tarefa de interpretar o precedente e construir, a partir dele, a norma jurídica que deve obrigatoriamente seguir. É, dessa forma, equivocado reduzir a *ratio decidendi* à fundamentação, ao dispositivo ou qualquer outra parte da decisão judicial, eis que ela é construída a partir da análise de todos os elementos do caso precedente e moldada e esclarecida nos casos que lhe sobrevierem, que paulatinamente delimitam a sua abrangência (TUCCI, 2012, p. 123).

Como visto, no modelo brasileiro de precedentes, a *ratio decidendi* se refere à razão suficiente e necessária para a solução de caso ou de uma questão jurídica, sendo que em uma mesma decisão em que o tribunal julgue várias questões aptas a formarem precedentes, podem ser geradas várias *rationes decidendi*. O oposto também é possível: podem haver decisões em que não haja qualquer *ratio decidendi* identificável, o que inviabilizará a formação do precedente vinculante.

A ausência de força vinculante dos precedentes do art. 927 quando inexistente *ratio decidendi* adequada

O art. 927 do CPC/15, elenca em seus incisos I a V quais são os provimentos judiciais que formam precedentes formalmente vinculantes, ou seja, aqueles que os juízes e os tribunais obrigatoriamente devem seguir.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A leitura isolada do dispositivo pode levar à conclusão de que os magistrados devem simplesmente conformar suas decisões ao texto enunciado em cada uma das decisões das hipóteses do dispositivo legal, como uma espécie de subsunção que se faz dos fatos do caso à lei. Entretanto, essa interpretação, além de ferir os princípios constitucionais da legalidade e da separação de poderes (art. 5º, II e art. 2º, CF/88), não condiz com o atual paradigma metodológico da legislação processual civil que busca a racionalidade e a integridade do sistema jurídico.

O art. 927 do CPC/15 deve ser interpretado à luz da teoria dos precedentes e de forma sistemática com os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/15, que considera nula por falta de fundamentação a decisão judicial que: 1) se baseia em precedente, mas não identifica seus fundamentos determinantes, ou seja, sua *ratio decidendi*; 2) se baseia em precedente, mas não demonstra que o caso em julgamento se ajusta à *ratio decidendi* do precedente, ou seja, não faz a identificação entre as circunstâncias fáticas do caso atual com a do caso precedente; 3) desrespeita o entendimento firmado em um precedente invocado pelas partes, sem demonstrar que houve superação (*overrule*) do precedente ou que há distinção (*distinguish*) entre as particularidades do caso em julgamento das que levaram à *ratio decidendi* do precedente.

Conclui-se, diante disso, que a vinculação imposta pelo art. 927 do CPC/15 se refere não aos enunciados constantes dos provimentos judiciais elencados no dispositivo legal, mas às suas *rationes decidendi*. Ocorre que, muito embora o julgamento do caso sempre culmine em uma solução jurídica para as questões ou a demanda posta em juízo, nem sempre é possível a extração de sua *ratio decidendi*. Nesses casos, não é possível defender que haja a vinculação imposta pelo art. 927.

O primeiro cenário a ser analisado é a inexistência de fundamento vencedor, que ocorre na decisão que apesar de ter vários fundamentos para que tenha sido alcançada, não apresenta um fundamento determinante. Trata-se situação passível de acontecer em julgamentos colegiados em que muito embora a decisão tenha se dado por maioria ou unanimidade, as razões dadas pelos magistrados em seus votos são diferentes, não havendo fundamento convergente em relação a uma maioria simples dos julgadores.

Deve-se atentar que não se trata de hipótese de fácil configuração, eis que não há necessidade de unanimidade entre os fundamentos dos julgadores, bastando que haja maioria e que a simples utilização de diferente terminologia pelos julgadores não necessariamente significa que exista dissenso em relação ao conteúdo de seus fundamentos (ZANETI JR, 2015, p. 1.453). Dessa forma, por mais que a tarefa de identificar a *ratio decidendi* dos julgamentos colegiados seja muito mais complexa⁵ no modelo de elaboração de decisões agregativo

⁵ Nos Estados Unidos, no modelo deliberativo de elaboração de decisões, os *justices* se reúnem, em sessão reservada, para a produção de uma decisão unânime ou majoritária, que será lavrada pelo redator do acórdão com o registro dos fundamentos que embasaram a posição vencedora. Logo, não se vislumbra, nesse modelo, maior dificuldade em identificar os fundamentos adotados pela maioria para alcançar a decisão proferida no acórdão. Já no Brasil, no modelo agregativo de elaboração de decisões, os ministros se reúnem, em sessão pública, para proferirem seus votos já previamente redigidos e a formação da decisão final do colegiado se dá de acordo com a soma dos votos pela procedência ou improcedência da causa em juízo. O acórdão reflete o resultado definido pela maioria dos ministros, independentemente de compartilharem dos mesmos fundamentos para chegarem àquela conclusão. Assim, com a elaboração dos

brasileiro em relação ao modelo deliberativo norte-americano, é necessário empreender o máximo de esforço para compreender a unidade de sentido da decisão a partir dos pressupostos fáticos e jurídicos que levaram os julgadores a referendar um determinado entendimento (ZANETI JR, 2015, p. 1.453), sob pena de serem escassos os precedentes brasileiros que efetivamente vinculem.

Quando configurada essa hipótese, sem um consenso mínimo entre as razões dos julgadores, se torna impossível a construção de uma norma universalizável a partir dessa decisão (MACÊDO, 2016, p. 252), uma vez que qualquer norma que viesse a ser criada a partir dela dependeria de critério subjetivo de intérprete e seria arbitrária (DUXBURY, 2008, p. 73). Logo, a pesar de a decisão preencher o critério formal de configuração da hipótese do art. 927 e servir para solucionar o caso em julgamento, não é possível a extração de sua *ratio decidendi*, não havendo a força vinculante do precedente em relação a ela (MARINONI, 2016, p. 294-295; CRAMER, 2016, p. 106-107; ZANETI JR., 2015, p. 1.453).

O segundo cenário a ser analisado é aquele em que a fundamentação é deficiente. Não obstante a norma do precedente, a *ratio decidendi*, não seja propriamente o texto da fundamentação, é indispensável que esta seja clara para que se compreenda qual é a norma criada ou delineada no precedente (MACÊDO, 2016, p. 251). Nesses casos, o órgão julgador fundamenta de forma insuficiente a decisão, sem que haja um princípio claro, mesmo que implícito, o que inviabiliza a construção da norma a partir do precedente.

Sem dúvidas, trata-se de hipótese excepcionalíssima de ocorrência muito mais rara que a ausência de fundamento vencedor anteriormente abordada, porém, nos ordenamentos de *common law*, há registros de múltiplos julgamentos em que foi detectada a ausência de fundamentação inviabilizadora da identificação da *ratio decidendi*. Nesse sentido, Marcelo de Alves Dias destaca o case *The Mostyn AC 57*, em que o julgador afirma que “se não está claro, então eu não penso que seja parte da tarefa de um tribunal afirmar, com grande dificuldade, uma *ratio decidendi*, de forma que seja obrigado por ela” (*The Mostyn AC 57*, 1928, apud SOUZA, 2011, p. 139).

Tendo em vista que os precedentes judiciais estão fortemente amparados na ideia de segurança, e que esta pressupõe a possibilidade de que os jurisdicionados conheçam previamente as normas jurídicas que regulam suas atividades, não se pode sustentar a existência de força vinculante em uma norma jurídica de impossível compreensão (CROSS; HARRIS, 1991, p. 93). Nesse sentido, muito embora o provimento judicial se enquadre na hipótese do art. 927, caso haja falha na técnica judicial que gere uma fundamentação insuficiente ou obscura, que inviabilize a construção da norma do precedente, esta pode até resolver o caso em julgamento, mas não apresentará a força vinculante de precedente para os casos que lhe sobrevierem (MACÊDO, 2016, p. 251-251; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 486).

votos de forma independente dos pensamentos dos demais ministros e a ausência de deliberação entre eles faz com que os tribunais no Brasil sejam formados por tantas ilhas de pensamento quantos forem os ministros. O resultado é uma grande dificuldade na identificação da *ratio decidendi*, eis que, mesmo que a decisão tenha sido tomada por maioria ou unanimidade, é difícil identificar os pontos de congruências entre os votos vencedores e precisar quais foram os fundamentos determinantes para o resultado.

Conclusão

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe grande inovação com o estabelecimento de uma série de provimentos jurisdicionais aptos a formarem precedentes judiciais formalmente vinculantes, bem como a previsão de elementos e técnicas que viabilizam a sua adequada utilização. Dessa forma, os operadores do direito brasileiro devem se capacitar para fazer o uso correto dos precedentes e não repetir a antiga fórmula de enunciação de teses abstratas e da utilização de julgados desassociados de suas circunstâncias fáticas.

Nesse novo cenário, é fundamental que a interpretação do art. 927 do CPC/15 seja feita a partir do conceito de *ratio decidendi*, previsto no inciso V do §1º do art. 489, de maneira a concluir que os juízes e tribunais estão vinculados aos fundamentos determinantes (*rationes decidendi*) das decisões que constituem hipóteses do rol previsto nos incisos I a V do dispositivo legal e não às teses abstratas lá enunciadas.

Dessa forma, tendo em vista que apenas a *ratio decidendi* da decisão é que efetivamente possui força vinculante, conclui-se que às decisões em que não for possível a identificação de seu fundamento determinante, não poderá ser atribuída força vinculante, ainda que constitua hipótese formal do art. 927.

Os casos em que se identificou tal situação de inexistência de *ratio decidendi* foram o de ausência de fundamentação adequada que torna impossível a compreensão dos motivos determinantes da decisão e o de inexistência de fundamento vencedor no julgamento colegiado, cuja decisão se dá por maioria de votos com base em fundamentos distintos. Nessas situações, ainda que a decisão possua eficácia que vincule as partes da demanda, não é possível atribuir força vinculante do precedente aos casos que lhe sobrevierem.

Referências

- ALVES, Gustavo Silva. Precedentes como fonte do direito no novo CPC: por uma visão argumentativa do discurso jurídico. *Revista de Processo*, vol. 267/2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 459-483.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Neil. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Ashgate/Dartmouth: Aldershot, 1997.
- CHIASSONI, Pierluigi. Il fascio discreto della common law. *Appunti sulla "rilevanza" dei precedenti giudiziari*. In: BRESSONE, Mario; SILVESTRI, Elisabetta; TARUFFO, Michelli (orgs.). *I Metodi della Giustizia Civile*. Milani: CEDAM, 2000.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: Teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge Press, 2008.
- GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*. Vol. 40, n. 2, 1930.

- MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. Novo Curso de Processo Civil [livro eletrônico]: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Neil. Interpreting Precedents: a comparative study. Ashgate/Dartmouth: Aldershot, 1997.
- MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.
- RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconanças. Revista de Processo, vol. 259/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 307-329.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.
- TARUFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007.
- TUCCI, José Rogério Cruz. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WAMBAUGH, Eugene. The study of cases. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894.
- ZANETI JR., Hermes. O novo processo civil brasileiro e a constituição. O Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e o Código de Processo Civil de 2015. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. No prelo.
- _____. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed., revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. Revista de Processo, vol. 235, p. 293–349, set./2014.
- _____. Comentários ao artigo 926. In: Comentários ao novo Código de Processo Civil. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Estados democráticos federados, nomofilaquia das Cortes e CPC/15

Carolina Biazatti Borges¹
Nauani Schades Benevides²

Resumo: O presente estudo objetiva, primeiramente, analisar as raízes do modelo federado do estado democrático brasileiro, claramente inspirado no exemplo norte-americano, e identificar sua configuração atual. Em seguida, pretende relacionar o federalismo brasileiro e sua proposta de unidade diante da diversidade com o Poder Judiciário, especialmente com as Cortes Supremas e os papéis que estas desempenham – ou deveriam desempenhar – no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, busca examinar os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015 e o dever de fundamentação das decisões judiciais como pilares da formação de precedentes vinculantes e relacionar o fenômeno ao lema da unidade idealizado pelo modelo federativo.

Palavras-chave: Federalismo; Cortes; Código de Processo Civil de 2015; Precedentes.

Introdução

O modelo federativo de estado é adotado por vinte e oito países que revelam características sociais, econômicas e culturais díspares. Por isso, afirma-se que cada federação possui uma feição exclusiva. De fato, a garantia constitucional de, ao menos, duas ordens de governo distintas é um atrativo aos estados democráticos que buscam preservar a autonomia de suas unidades constitutivas.

Há uma séria dimensão política na organização judiciária dos países federalistas, dada a importância da interpretação da Constituição e das leis infraconstitucionais. Assim, o papel que exercem as Cortes de vértice, integrantes ou paralelas à estrutura do Poder Judiciário, varia de acordo com a fisionomia de cada estado. Seja para controlar a legalidade das decisões proferidas por juízes ordinários ou para reconstruir a ordem jurídica através da outorga de sentido ao texto legal e à formação de precedentes, as Cortes são responsáveis pela entonação dada aos direitos em uma federação democrática.

O estudo objetiva analisar, ao final, de forma breve, os artigos 489, §1º, 926 e 927 do CPC/2015, que inauguraram um momento de novidades e indagações quanto à função nomofilática dos tribunais brasileiros, tendo em vista que cresce a responsabilidade dos

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista pela CAPES.

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista pela FAPES.

magistrados quanto a uma adequada fundamentação das decisões judiciais com vistas a formação de precedentes que vinculem a comunidade jurídica e a sociedade civil. Tal mudança requer, todavia, um amadurecimento dos operadores do direito quanto ao papel que as Cortes de Precedentes devem desempenhar no intuito de não apenas cumprir satisfatoriamente o disposto na nova lei processual, como também de perseguir a justa tutela de direitos em um país tão cultural e, conseqüentemente, juridicamente diversificado.

O federalismo brasileiro e a busca pela unidade na diversidade

Contraopondo-se aos estados denominados unitários, cujo organismo político é único, o estado brasileiro se apresenta, desde a Constituição Federal de 1891, como uma federação. Etimologicamente, o termo, do latim *foedus* (pacto, aliança), corresponde a uma integração entre estados que origina um novo estado, que com aqueles não se confunde. Dessa forma, a união propicia algumas vantagens, dentre elas o fortalecimento dos estados-membros e a manutenção de suas particularidades socioculturais (DALLARI, 2005, p. 262). Há de se ressaltar, ainda, que o sistema federado de estado é próprio de países que adotam regimes democráticos, uma vez que governos autoritários tendem a concentrar os poderes de gestão estatal em uma figura central.

No que concerne às características de um estado federado, entretanto, divergem os juristas, notadamente em razão da captação de uma peculiaridade ou outra por algum deles que escapou à percepção dos demais, mas, principalmente, porque cada federação possui uma fisionomia própria: a que lhe imprime o ordenamento jurídico local (CARRAZZA, 2015, p. 154). Daí a dificuldade de conferir uma visão estática à federação, eis que não há estado igual a outro em nenhum aspecto – financeiro, social, político, geográfico, e tantos outros imagináveis. Nesse sentido, quando alguém nos pergunta “o que é federalismo?”, a resposta somente pode ser dada por meio de outra pergunta: “a qual deles você se refere?”.

Notoriamente, o modelo norte-americano inspirou os vinte e oito países que hoje são denominados federados. As colônias britânicas estabelecidas em solo americano, dotadas de autonomia em razão das mais diversas preocupações da Coroa em uma Europa beligerante, prosperaram e se autogovernaram através de variadas técnicas administrativas (FERREIRA, 1950, p. 64). Firmado o Tratado de Paris (1763), que pôs fim à Guerra dos Sete Anos, a Inglaterra, economicamente abalada, voltou sua atenção às colônias com vistas a se reerguer mediante a taxaço de produtos e a exigência de exclusividade mercantil, fatos estes que, juntamente com tantos outros das mais variadas ordens, culminaram na independência norte-americana.

Em busca de um modelo político adequado ao sensível momento de transição, os revolucionários concluíram que somente unidos garantiriam a defesa interna e a projeção exterior do país (FERREIRA, p. 66), ainda que a autonomia de cada uma das ex-colônias pudesse ser mantida.

O federalismo brasileiro, em contrapartida, não veio do múltiplo para a unidade, mas sim, de forma inversa, da unidade para o múltiplo (PONTES DE MIRANDA, 1987, p. 322).

Até a Proclamação da República, os governantes das províncias da colônia portuguesa eram nomeados e removidos pelo Imperador, chefe dos Poderes Executivo e Moderador, não havendo que se falar em autonomia entre elas. Depositou-se na República Federativa, portanto, a esperança da solução dos problemas político-administrativos da época, em meio a um Brasil recém independente onde habitavam diversos contrastes: províncias ricas e províncias pobres, províncias grandes e províncias pequenas, províncias civilizadas e outras tragicamente alheias aos benefícios da civilização (MOTTA FILHO, 1950, p. 199). Partiu-se, assim, de um estado unitário para um estado federado, o qual encontrava diversos percalços e servia de palco para uma gama de interesses políticos conflitantes.

Dado que São Paulo e Minas Gerais eram as duas unidades constitutivas da federação brasileira aptas a se desenvolver sem maiores aportes do poder político central, à época, o Brasil foi regido por um poderoso governo republicano provisório. E assim, controlado pela entidade federativa central, mantém-se até os dias atuais. Apesar do fortalecimento econômico paulatino dos demais estados, a União sempre deteve um plexo de competências legislativas constitucionalmente instituídas bem mais abrangente do que aquele atribuído aos outros entes da federação, cuidando da esmagadora maioria das matérias mais relevantes para a vida dos cidadãos.

Uma leitura dinâmica do artigo 22 da Constituição Federal de 1988 já permite a compreensão deste fenômeno. Em que pese a possibilidade de delegação de certas matérias ao crivo legislativo dos estados, ou ainda a concorrência na elaboração normativa de tantas outras (artigo 24), o que resguarda a ideia de um federalismo cooperativo, não é possível afirmar que este de fato exista.

Há mais de treze mil leis federais hoje no Brasil, as quais não raramente tendem a esgotar o tratamento da matéria, sobrando uma ínfima fatia aos estados-membros. Nesse sentido, há uma centralização tão patente de competências nas mãos do poder central que, analisando o país por esta perspectiva, poderia se afirmar que vivemos em um estado unitário. Tal fenômeno imprime uma ideia de que há mais assuntos de interesse geral (de competência da União) do que de interesse regional (de competência dos estados) ou local (de competência dos municípios), situação esta que se confronta com a própria essência do ideário federalista, embora haja circunstâncias fáticas (como, por exemplo, problemas relativos a Amazônia ou ao Vale São Francisco) em que se torna difícil discernir qual interesse predomina (SILVA, 2005, p. 478).

O modelo federado de estado, em verdade, possui a nobre e democrática proposta de conjugar e manter diversidade e unidade, isto é, de unir entidades heterogêneas em torno de um conjunto de regras comuns, dando-lhe certa heterogeneidade (DALLARI, 1986, p. 51). Desta missão não escapa o federalismo brasileiro, o qual, como visto, nasceu da unidade para o múltiplo, mas ainda se mantém estruturalmente uno, outorgando mais poderes a União do que aos estados-membros e aos municípios.

Entretanto, reconhece-se que manter a diversidade dentro da unidade é tarefa árdua. Não por acaso, ambos os conceitos aparentemente soam como movimentos antagônicos, o primeiro tendente à descentralização e, o segundo, à centralização (RANIERI, 1994, p. 87).

Por tal razão, o estado federado deve se munir de mecanismos repelentes de quaisquer tentativas de violação à sua composição, o que confere ao Poder Judiciário a atribuição de agir com neutralidade a fim de prevenir e reprimir a usurpação de competências de um ente pelo outro. Em outros termos, em uma sociedade em que cada cidadão deve obediência a ao menos dois níveis de governo, nenhum destes deve ser responsável pela tomada de decisões mediante eventuais conflitos, e sim um poder independente (MILL, 1861, p. 191).

A interpretação e aplicação da Constituição Federal de modo a proteger o estado federado diante de choques de competências, dada sua organização político-administrativa, é a incumbência primária da Corte Suprema, quando analisadas suas funções mediante tal modelo. É através desta atividade que a unidade, em meio a diversidade, é garantida.

Há, porém, uma outra incumbência, esta secundária (como função das Cortes dentro de uma federação), bastante palpitante, e que ganhou relevo com o advento do Código de Processo Civil de 2015: a formação de precedentes normativos, que também têm por escopo a unidade, sob o ângulo, por óbvio, do ordenamento jurídico pátrio. Nesta esteira, o paralelismo existente entre a essência do estado federado e a atuação das Cortes no sentido de formar precedentes vinculantes é algo natural e coerente, tendo em vista que ambos perseguem o mesmo objetivo.

As Cortes de vértice brasileiras

As Cortes de vértice e suas variadas funções dentro de um determinado ordenamento jurídico podem ser estudadas mediante diversos aspectos. Por esta razão, deixa-se claro, desde logo, que a intenção deste breve trabalho é analisar a denominada função nomofilática exercida pelos tribunais, no sentido mais moderno a que lhe atribui a doutrina, qual seja, a de persecução da unidade do direito (e não da lei), mediante processos hermenêuticos que auxiliem na investigação de uma solução mais racional e afinada com os preceitos constitucionais (ALVIM; DANTAS, 2017, p. 309).

O Supremo Tribunal Federal, e, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, são os órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro responsáveis por manter a inteireza do direito federal: aquele em matéria constitucional e, este, em matéria infraconstitucional. O recurso dirigido a essas Cortes tem aptidão de provocar a realização do propósito exclusivamente privado, que corresponde ao acolhimento da pretensão deduzida, bem como se presta a satisfazer o interesse público na solução do conflito.

A tarefa de promover a unidade do direito, entretanto, nunca esteve livre de problemas atrelados ao modelo federado de estado brasileiro. Desde a Constituição de 1891, compete à União editar leis sobre direito civil, penal e comercial, e, a partir de 1934, sobre direito processual. E sobre o produto dessa atividade legislativa recai a interpretação de todos os tribunais estaduais e federais do país, as quais nem sempre são consoantes aquela imprimida pelo STF.

Em razão disso, já afirmava José Afonso da Silva que aos estados-membros cabe apenas o direito (ou melhor, o ônus) da organização judiciária, eis que, o que se chama de Justiça Estadual, não é propriamente estadual, mas sim órgãos da Justiça nacional descentralizados, já que pouco restou para os estados contribuírem para a normatividade do direito (1963, p. 9). Apesar da antiga conclusão do jurista, não há como negar que se trata de máxima aplicável nos dias atuais.

Não por acaso, uma grande parte dos litígios, desde o início da República, era decidida de forma definitiva pelo STF, tendo em vista a possibilidade de veiculação de qualquer questão federal ou constitucional pelo recurso extraordinário. Deu-se início à preocupação com a denominada crise do STF, ou, ainda, crise do recurso extraordinário. Em que pesem as diversas tentativas de contornar o problema, não raramente por meio da obstaculização da interposição de recursos à Corte, o que se denota é o prolongamento desse estado de ineficácia no julgamento de demandas hodiernamente, do qual resultam o protraimento indefinido dos feitos, contrariando a garantia da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF/88), e a massificação da resposta judiciária, em detrimento do exame cuidadoso dos casos e da consistente fundamentação jurídica da decisão (MANCUSO, 2007, p. 81).

Sequer a criação do STJ, órgão este considerado o segundo “Tribunal da Federação”, foi suficiente para proporcionar um alívio à dita crise, mormente em meio a prolixidade da Constituição Federal de 1988. Dentre as problemáticas que se mantiveram incólumes com o advento da nova Corte, observa-se que passamos a ter dois recursos, interponíveis ambos, em larga medida, contra as mesmas decisões, o que culminou por complicar o processo (BARBOSA MOREIRA, 2009, p. 586).

Inevitável concluir, portanto, que às Cortes de cúpula brasileiras, especialmente ao STJ, que não dispõe do filtro da repercussão geral tal qual o STF, compete dar a última palavra a grande parte dos conflitos postos em juízo, palavra esta que deve ser encontrada em meio à vasta gama de leis federais. Para fins de contraste, cita-se o caso da Suprema Corte Estadual do Colorado, que, aos moldes da Suprema Corte Americana, julga apenas os recursos que reputa relevantes, o que conseqüentemente implica na definitividade da decisão dada pelo Tribunal de Apelação, instância inferior na seara estadual (FREITAS, 2010).

Entretanto, foi notório o esforço do legislador do Código de Processo Civil de 2015 para tentar dar os primeiros passos rumo a um novo cenário. Embora não possua o condão de reverter o atual estágio de centralização da figura da União no federalismo brasileiro, o processo civil tem vocação para amoldar a função nomofilática dos tribunais de vértice e proporcionar meios de efetivação da segurança jurídica e da celeridade processual. Não se trata de uma esperança ingênua de que a crise do Judiciário brasileiro possa ser resolvida com o advento do novo código, mas de uma constatação de que a sua chegada pode proporcionar melhores condições às Cortes no desempenho de suas tarefas.

Destarte, é impossível não associar a introdução do sistema de precedentes vinculantes – ao menos de modo explícito, pelo CPC/15 – no ordenamento jurídico brasileiro à própria essência do modelo federado de estado: ambos se voltam à busca pela unidade em meio a diversidade.

Os artigos 926 e 927 do CPC/15 e o dever de fundamentação das decisões judiciais para a formação de precedentes vinculantes

A busca pela isonomia das decisões judiciais para casos análogos não foi iniciada pelo CPC/15. Súmulas vinculantes, repercussão geral nos recursos extraordinários e efeito *erga omnes* nas decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade são exemplos de que o tratamento idêntico de causas idênticas já é algo cobijado há um certo tempo.

Todavia, antes do CPC/15, não havia substrato legal para a implantação de um modelo de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual todos os mecanismos supracitados originavam provimentos judiciais formalmente vinculantes, mas completamente descompromissados com a formação de uma *ratio decidendi* – a parte efetivamente vinculante da decisão – que permitisse a aplicação correta da norma do precedente aos demais casos.

Aparentemente preocupado com este fato, o legislador inseriu no artigo 926 do CPC/15 a necessidade da uniformização da jurisprudência, que deve ser mantida estável, íntegra e coerente. A mudança de paradigma, portanto, consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo dos precedentes e transformá-los em normas vinculantes (ZANETI JR, 2015, p. 1424).

Ademais, o legislador optou por arrolar, no artigo 927, as hipóteses de vinculação: decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmulas vinculantes, acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos repetitivos, enunciados das súmulas do STF e do STJ e orientações do plenário ou órgão especial aos quais juízes e tribunais estiverem vinculados.

Entretanto, a nosso ver, tal dispositivo deve ser interpretado e aplicado com cautela, tendo em vista que nem todas as decisões, enunciados e orientações por ele abarcadas serão de fato vinculantes. Além dos requisitos formais elencados pelo artigo, há critérios materiais a serem observados quando da análise de sua aplicabilidade: conformidade com a Constituição Federal e com a legislação infraconstitucional, coerência da decisão com as questões submetidas ao julgamento do tribunal e possibilidade de identificação dos fundamentos determinantes, isto é, da *ratio decidendi*.

Logo, não por acaso o legislador também optou por inserir no código o § 1º do artigo 489, que reforça o dever de fundamentação das decisões judiciais, em especial os incisos V e VI, que não consideram adequadamente motivado o *decisum* que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Tal dispositivo, portanto, integra o eixo dogmático do modelo de precedentes brasileiros e disciplina, inclusive, as técnicas de distinção e superação. A unidade do ordenamento jurídico, nessa esteira, está intrinsecamente relacionada a adequada fundamentação das decisões judiciais ao contexto de inserção de um precedente.

Portanto, é papel do processo civil, em um estado constitucional, servir à unidade do direito (MITIDIERO, 2014, p. 28) e fazer parte da busca pelo ideal da coerência e da segurança jurídica em um estado tão diversificado, o que somente é possível por meio de decisões judiciais bem fundamentadas e resultadas da preocupação dos magistrados com a efetividade do modelo brasileiro de precedentes.

Conclusão

Em que pesem todos os obstáculos, de natureza jurídica ou extrajurídica, enfrentados pelas Cortes de vértice brasileiras no desenvolvimento de suas variadas funções, é certo que, uma destas, é a de conferir unidade ao ordenamento jurídico em meio a um caos de diversidade de leis federais. Tal abundância se deve ao modelo de federação que se instalou no Brasil, qual seja, aquele que concentra maiores poderes na órbita da União.

Nesse sentido, a busca pela unidade, no sentido de outorga de isonomia no tratamento de casos semelhantes, tem sido realizada através de diferentes técnicas. Porém, o CPC/15 trouxe novas expectativas quanto à concretização de um modelo pátrio de precedentes vinculantes, cujo núcleo reside nos artigos 926 (deveres de estabilidade, integridade e coerência das decisões), 927 (o qual lista hipóteses de vinculação das decisões, mas deve ser interpretado e aplicado com cautela, conforme visto) e 489, §1º, V e VII (orientações à adequada fundamentação das decisões em casos que envolvam a aplicação de precedentes).

Portanto, sem a possibilidade de extração da *ratio decidendi* das teses jurídicas não é possível atribuir vinculatividade à decisão judicial, razão pela qual o ônus argumentativo dos magistrados foi severamente ampliado, dado sua responsabilidade perante novos rumos na busca pela unidade do ordenamento jurídico.

Referências

- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. O Estado Federal. São Paulo: Ática, 1986.
- FERREIRA, Waldemar. A federação e o presidencialismo no sistema constitucional brasileiro. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66141/68751>>. Acesso em 30 out. 2017.

- FREITAS, Vladimir Passos de. A autonomia na Justiça Estadual norte-americana. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-21/segunda-leitura-autonomia-justica-estadual-norte-americana>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. In: Recursos no processo civil. Coord.: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MILL, John Stuart. Representative Government. Disponível em: <<http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/repgovt.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- MITIDIERO, Daniel. Cortes Supremas e Cortes Superiores: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2 ed. São Paulo: RT, 2014.
- MOTTA FILHO, Candido. As transformações do federalismo. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66145/68755>>. Acesso em: 30 out. 2017.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Sobre o federalismo e o estado federal. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 9. São Paulo, p. 87-98, 1994.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- ZANETI JR., Hermes. Comentários ao artigo 926. In: Comentários ao novo Código de Processo Civil. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Características da competência nas ações coletivas

Thaís Milani Del Pupo¹

Resumo: No presente estudo temos como objetivo apresentar as características da competência nas ações coletivas brasileiras, previstas na Lei nº. 7.347/85 e no CDC, estabelecendo como premissas a existência de um Microssistema do Processo Coletivo, e a aplicação direta do CPC à esfera coletiva. A análise parte da expressão “competência territorial-funcional”, empregada pelo art. 2º, Lei nº. 7.347/85, e percorre o art. 93, do CDC, para evidenciar a existência de competência territorial, absoluta e concorrente. Ademais, debate a necessidade de aplicação do *princípio da competência adequada* à seara do processo coletivo, estabelecendo como consequência desse a existência de uma “*prevenção especial*”.

Palavras-chave: Processo Coletivo; Competência; Ação coletiva; *Princípio da competência adequada*; Prevenção especial.

Apresentação do tema

A competência no âmbito das ações coletivas é tema que requer apuração sensível, seja em razão da natureza do direito tutelado – que é transindividual e tende a estender-se por ilimitados espaços geográficos, revelando a real complexidade em se traçar o contorno do grupo lesionado –, seja em razão dos equívocos cometidos pelo legislador especial ao disciplinar a matéria. Tais deslizos evidenciam-se no uso de critérios impregnados de subjetivismo, e na confusão entre conceitos caros ao processo civil, como os de competência e jurisdição, e de coisa julgada e eficácia dos provimentos jurisdicionais, além da cumulação de diferentes critérios para definição da competência na tutela processual coletiva.

Diante disso, não é de surpreender que as cortes nacionais, juntamente com a doutrina, têm desenvolvido o importantíssimo papel de delinear a competência no processo coletivo brasileiro. Situação essa que incorre em um cenário, por vezes caótico, de decisões envolvendo o tema.

O presente estudo, na proposta de esboçar, ainda que de maneira superficial a problemática que envolve a competência no processo coletivo, estabelece como premissa a existência de um *Microssistema de Processo Coletivo*². E, em razão disso, temos que os

¹ Mestranda pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UFES.

² Acerca do microssistema da tutela coletiva, ainda sobre égide do Código de Processo Civil de 1973 aduzia RODRIGO REIS MAZZEI, “com a certeza da importância dos microssistemas para o direito privado, tema que desperta interesse de grandes juristas à respeito, papel de destaque há de ser dado também no direito processual civil quando à possibilidade da formação de sistema especial concernente a tutela coletiva.

dispositivos referentes à competência, quais sejam, os artigos 2º e 16, da Lei de Ação Civil Pública (LACP), art. 109, I, da Constituição Federal, e o art. 93, do Código de Defesa do Consumidor, não podem ser entendidos de outra forma, senão prezando pelo diálogo de fontes, como acentua o art. 21, da Lei nº. 7.347/85.

Para além, estabelece-se, ainda, que o novo Código de Processo Civil, em vigência desde o ano de 2015, aplica-se diretamente, e não mais supletivamente, subsidiariamente ou residualmente, como ocorria com seu antecessor, às normas do microssistema supracitado, conforme ensinam DIDIER e ZANETI (2016)³. Essa mudança de postura decorre da atualização do paradigma sobre o qual se baseia o novel diploma, incorporando o espírito da Constituição de 1988, e cindindo o paradoxo metodológico do CPC de 1973.

De posse dessas premissas, passa-se a delinear as características da competência em ações coletivas, visando, ao menos, tornar mais clara a interpretação que o espírito legal invoca.

A competência territorial-funcional do art. 2º, *caput*, da Lei de Ação Civil Pública

O ordenamento jurídico brasileiro possibilita que diferentes diplomas disciplinem a competência jurisdicional, desde que sejam respeitadas as normas que habitam o altiplano constitucional. Agasalhada nesta previsão, a Lei de Ação Civil Pública, em seu artigo 2º, estruturou a competência para ações coletivas a partir do critério territorial-funcional dispondo que “as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”⁴.

Ocorre que a opção legislativa não foi precisa acerca do critério adotado, apontando ao mesmo tempo para uma competência funcional e territorial, definida em razão do local do dano. Sendo assim, com vistas a interpretar adequadamente a escolha do legislador, é necessário volver ao século XX, especificamente para os mandamentos de um dos maiores processualistas da escola italiana, *Chiovenda*.

Aferindo-se pois a existência do microssistema coletivo, que cuidará, com as regras e princípios próprios, processualmente da tutela de massa à margem do Código de Processo Civil pelo caráter individual deste”. (MAZZEI, Rodrigo Reis. Ação Popular e o microssistema do processo coletivo - Ação popular aspectos relevantes e controvertidos. Luiz Manuel Gomes Jr. e Ronaldo Fenelon Santos Filho (coords). São Paulo: RCS, 2006, prelo)

³ Nas palavras dos autores: “o CPC-15 não é um “Código Oitocentista”. Assume, novamente, à luz da necessidade de código, o dever de dar unidade narrativa ao direito processual (art. 15. Aplicação supletiva, subsidiária aos demais processos de produção de normas jurídicas). Organiza, pela introdução uma Parte Geral e pela consagração de normas fundamentais, um outro patamar de unidade, um sistema aberto, flexível e combinado com a Constituição e com os microssistemas processuais, em especial com o processo coletivo, fazendo referência expressa às Ações coletivas (art. 139, X e art. 985, I e II). Não está de costas para o microssistema, o abraça e envolve, sendo ponte de ligação entre o processo e a Constituição (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. 10ª. ed, v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016, p.49).

⁴ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>, acesso em 09 nov. de 2017.

A expressão “competência funcional” foi primeiramente empregada pelos alemães, indicando aquela em que se repartem diversas funções jurisdicionais da mesma causa entre distintos órgãos judiciais, limitando-se as funções de um para com outro. Ao transportar para a doutrina italiana Chiovenda acrescentou sentido divorciado do original à *competenza funzionale*, passando a defini-la também quando se atribuisse ao juiz de determinado território a competência para julgar a causa em decorrência diante de maior facilidade ou eficiência, sem possibilidade de modificação pelas partes, isto é, absoluta e improrrogável (BARBOSA MOREIRA, 2005).

Foi nesta perspectiva que a Lei nº. 7.347/85 adotou o conceito de competência funcional-territorial, concebendo um instituto híbrido, que ao mesmo passo em que permanece atrelado ao critério territorial, que como sabemos, é competência de natureza relativa, por força de lei, e, por meio do termo “funcional”, tornou-se expressamente absoluto.

Destarte, ao determinar a competência territorial-funcional para ações coletivas, o objetivo do legislador especial era tornar cogente, aquilo que em sua essência não é, ou seja, visava criar uma *competência territorial absoluta*⁵, na qual seria impossível à atuação dispositiva das partes.

Creditamos a excepcionalidade da escolha legislativa à grandeza dos direitos tutelados pela Ação Civil Pública⁶, não podemos deixar de notar que, embora equivocadamente, alertou-se da premência de analisarmos a competência através de um juízo de adequação, considerando, especificamente, a proximidade com a lesão.

Tendo em vista este primeiro entendimento, é possível, portanto, afirmar que a competência prevista no art. 2º da LACP é territorial absoluta, devendo ser determinada em razão do local do dano. Concepção essa que o legislador extraordinário fez questão de transparecer, também, no art. 93 do CDC, o qual se passa igualmente a estudar.

Competência concorrente em razão do local do dano do art. 93 do CDC

Primeiramente, antes de entrar na discussão a respeito da extensão do dano para cada categoria enunciada no art. 93, do CDC, é necessário estabelecer que o legislador, ao mencionar “*local do dano*” objetivou tão-somente fazer referência ao critério de competência territorial. Assim, essa expressão precisa ser entendida como um conceito aberto, uma vez

⁵ Como bem advertem DIDIER e ZANETI, “a doutrina mais recente já vem percebendo o equívoco de qualificar a competência territorial na Ação coletiva como competência funcional”, e, acrescentam, ainda, que “tem-se preferido designá-la como competência territorial absoluta” (op. cit., p. 123).

⁶ Neste sentido é esclarecedora a contribuição de MARCELO ABELHA ao expor que “disse o legislador que a competência do juízo é do local do dano, mostrando, pois que o espaço geográfico, ou seja, o lugar é determinante para se descobrir o juízo competente. Mesmo que tenha dito que se trata de competência funcional isso em nada altera a natureza da competência territorial. Na verdade, a intenção do legislador era dizer “do tipo absoluta”, pois sua intenção era rechaçar expressamente qualquer tentativa de interpretação que dissesse ser da competência a ACP territorial, e, com isso, de natureza relativa” (ABELHA, Marcelo. Processo Civil Ambiental. 4ª. ed. rev. atual, e ampl. Bahia: Juspodvm, 2016, p. 185-186).

que o ordenamento jurídico brasileiro admite Ações coletivas inibitórias e preventivas ao dano, de maneira que a leitura mais correta seria *local do ilícito*, como propõe MARCELO ABELHA (2016).

Ainda no que tange a escolha do termo, deve-se atentar que se optou por estender a competência aos juízos de todos os locais em que houve dano, o que certamente pode ser visto positivamente⁷ no que tange ao acesso a justiça, todavia, por outro lado, poderá contribuir para o abarrotamento do judiciário, com demandas idênticas e, na maioria das vezes, conexas. Tal inconveniente – e, podemos dizer assim, partindo do contemporâneo entendimento de que o acesso da justiça não deve ser confundido com acesso ao judiciário – poderia ter sido evitado se houvesse empregado a expressão “origem do dano”.

A par disso, trataremos da indeterminação de outros termos empregados pelo legislador, pois é certo que o esforço doutrinário em estabelecer os deslindes da competência, especialmente no âmbito regional e nacional, se deve, em especial escala, à lacuna legislativa entorno do venham a representar.

A determinação do foro competente para os danos de dimensão local não exige muito esforço interpretativo, tendo em vista se tratar de lesões com proporções limitadas, atingindo um Município, ou, ainda, pontos determinados de Municípios, sem alcançar uma área consideravelmente extensa (ARAÚJO FILHO, 2002), e, com isso normalmente se restringe a uma comarca, ou circunscrição.

Por outro revés, no que tange aos danos regionais e nacionais, há verdadeira zona de penumbra, primeiramente porque não restou claro ao intérprete qual seria o pressuposto para as dadas dimensões, em outras palavras, o legislador não especificou se usaria o critério da organização judiciária, ou o geopolítico⁸. Apesar disso, parece que tal discussão não tem o condão de alterar genuinamente os rumos da discussão.

Ao abordar o problema de definir geograficamente o dano de extensão regional ou nacional, os autores do Anteprojeto de Código de Processos Coletivos⁹ criaram um critério

⁷ É a posição de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Jr. (GRINOVER, Ada Pellegrini, Comentários ao art. 93, CDC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo. v. II. 10^a ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 146).

⁸ Chamando a atenção para o problema aduz ELTON VENTURI que “quando se trata de fixar a competência para Ações coletivas cujo objetivo seja apurar danos regionais ou nacionais, surge a dúvida: o dano considerado regional teria correlação como o critério geopolítico (seria, v.g., aquele ocorrido em mais de um Estado de uma mesma região geográfica), ou, com o critério da divisão jurisdicional (seria o dano refletido no território de mais de uma comarca ou seção judiciária)? O dano nacional da mesma forma, seria caracterizado pela lesão que afetasse todo o território nacional, a maioria dele ou mais de um Estado-membro (critério geopolítico) ou aquele que incidisse sobre o território de comarcas ou seções judiciárias pertencentes a Estado-membros diversos?” (VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 100).

⁹ Art. 20. Competência territorial – É absolutamente competente para a causa o foro: I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – de qualquer das comarcas ou subseções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção; III - da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou

objetivo, segundo o qual, se consideram regionais os danos que atingirem mais de quatro comarcas ou subseções judiciárias, sendo interestadual quando compreender até três estados, e, se for superior a este número, considera-se nacional.

Certamente o critério acima delineado, apesar de facilitar a operacionalização das normas de competência, não encontra guarida no ordenamento jurídico, e tornam engessadas a normas do processo coletivo, sendo posições deste gênero decorrentes de pensamentos burocratizantes, que já não podem ser comportados no atual sistema do direito positivo.

Assim, acreditamos que se deve privilegiar uma definição pautada em critério objetivo suficiente para garantir isonomia de tratamento e ao mesmo passo em que permita o respeito às nuances da demanda coletiva concreta. Nesta esteira, recorreremos outra vez à clara doutrina de HERMES ZANETI e FREDIE DIDIER (2016), para definir como dano regional aquele que abarca uma das regiões do país (Norte, Centro-oeste, Nordeste, Sudeste e Sul); ou ainda, que atinja um número mínimo de comarcas.

Já no que tange aos danos nacionais, concordamos com ARAÚJO FILHO (2002), que se tratam daqueles que tem extraordinárias proporções, a ponto de alcançar enormes repercussões, atingindo um grande número de Estados e afetando todo o país.

Como se observa, de fato, não há como fugir da subjetividade neste âmbito, o que se pode fazer é amenizar a incerteza, levando em consideração a experiência jurídica nesta seara, não nos olvidemos que no atual estágio do processo civil é pungente a necessidade de analisar os contornos do caso concreto, sem estatuir um padrão ou fórmula insuperável.

A indeterminação dos conceitos ora explorados não foi a única barreira enfrentada pelo interprete com relação ao texto do inciso II, do art. 93, do CDC. E, embora hoje já se encontre superado o debate entorno da competência concorrente, não deixa de ser interessante, para fins epistemológicos, abordá-lo, mesmo porque a partir dela que se torna perceptível a necessidade de aplicação do princípio da competência adequada.

É sabença que o texto legal, abarca a competência territorial absoluta para os danos regionais e nacionais, tanto para as capitais dos Estados quanto para o Distrito Federal, deixando à escolha do autor o foro que melhor lhe aprouver, trata de aberta aplicação do princípio do *forum shopping*. E, apesar de a jurisprudência ter experimentado indefinição sobre a aplicação de uma competência concorrente, o STJ, no julgamento do Conflito de Competência 26.842-DF¹⁰, sepultou qualquer dúvida neste sentido.

mais comarcas ou sub-seções judiciárias; IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção; IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf>, acesso em: 09 nov. 2017.

¹⁰ COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE CONSUMIDORES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO DE ÂMBITO NACIONAL. Em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal. Competência do Juízo de Direito da Vara Especializada na Defesa do Consumidor de Vitória/ES. Disponível em <<https://stjusbrasil.com.br/jurisprudencia/287917/conflito-de-competencia-cc-26842-df-1999-0069326-4>>, acesso em: 09 nov. 2017.

Nem por isso, no âmbito doutrinário deixou-se de debater a melhor interpretação para o art. 93, do CDC, pois pequena parte da doutrina, encabeçada por ADA PELLEGRINI, mas com outros adeptos¹¹, defende que para os danos de dimensão nacional, haveria competência exclusiva do Distrito Federal.

Em nossa concepção andou bem o STJ ao decidir pela manutenção do *fórum shopping*, ainda que este apresente algum aspecto negativo – como abordaremos no momento adequado –, isso porque acreditamos que a pretensão de tornar a competência exclusiva do Distrito Federal, não encontra respaldo legal, haja vista serem danos nacionais os de grande monta e que interessem a todo o país, e, para isso, não se exige que ocorram nos limites territoriais do Distrito Federal.

Ademais, seria um verdadeiro equívoco transferir tais demandas para a capital federativa, afastando-a do local onde realmente ocorreu o dano, onde certamente haverá maior facilidade em produzir as provas. Esta concepção, quando muito, é relevante apenas politicamente, e também nesta seara não estamos certos de ser a melhor posição tendo em vista a maior facilidade do réu em realizar "*lobby jurídico*", pois não podemos ignorar que na maioria das vezes é detentor de forte poderio econômico e possui grandes escritórios advogando em sua defesa, em detrimento dos lesionados, cuja defesa do interesse normalmente cabe às instituições públicas, que possuem grande quantidade de processos sob sua administração.

É neste contexto, portanto, que se torna clara a premência de analisar, não apenas a existência de competência concorrente entre Estados e Distrito Federal, pois esta regra é apenas o ponto de partida, mas, igualmente, zelar pela aplicação do *princípio da competência adequada*.

O *Princípio da Competência Adequada* como parâmetro para definição da competência nas ações coletivas

Inicialmente, devemos considerar que embora corretamente não tenha prosperado a interpretação do art. 93, II, do CDC, pautada na competência exclusiva, ostentava certa carga de verdade, visto que a aplicação do *fórum shopping* permite ao autor da demanda coletiva decidir o foro competente conforme seu interesse, e com isso poderá tanto dificultar a defesa do réu, levando a demanda para longe dele, como optar por um juízo que saiba ter posicionamentos favoráveis a sua pretensão (DIDIER; ZANETI, 2016), ignorado questões preponderantes à solução do litígio, como a proximidade com o evento danoso, produção de provas¹², participação da comunidade lesionada, e a oralidade.

¹¹ Ver também: ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126.

¹² Acerca da produção de provas, ensina RICARDO DE BARROS LEONEL que "as peculiaridades dos interesses metaindividuais dificultam a produção de provas no curso da demanda judicial. A fixação da competência no local do dano tem por escopo facilitar a instrução, pois a proximidade do juízo com relação à prova milita em favor de sua elaboração" (LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 220).

Para impedir este desequilíbrio na relação processual, importou-se do processo coletivo internacional o *Princípio da Competência Adequada*, segundo qual o juízo da causa, é também competente para julgar sua própria competência. Objetivando, com isso que o juiz, utilizando-se da regra do *fórum non conveniens*¹³, e por meio do *kompetenzkompetenz*, realize o controle de sua competência evitando, assim, “julgar causas para as quais não fosse o juízo mais adequado, quer em razão do direito ou dos fatos debatidos (p. ex.: extensão e proximidade com o ilícito), quer em razão das dificuldades de defesa do réu” (DIDIER; ZANETI, 2016, p. 102). E, sem qualquer ofensa ao *Princípio do Juiz Natural*¹⁴, estabelecer um modelo com maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional¹⁵.

Neste sentir, tem-se que no processo coletivo a competência é territorial absoluta e concorrente, porém tais normas de definição de competência devem ser aplicadas sob iluminação do *Princípio da Competência Adequada*. Desta maneira, para os danos de dimensão regional e nacional a norma do art. 93, do CDC deve ser lida como mero esboço, guiando o intérprete na determinação da competência a partir da presunção legislativa de serem os foros das capitais do Estado e do Distrito Federal mais adequado à solução do litígio.

Contudo, trata-se de presunção não absoluta devendo-se aplicar a norma de competência segundo a análise do caso concreto, exigindo-se para tanto a realização de um juízo de adequação que leve “em consideração a facilitação da produção da prova e da defesa do réu, a publicidade da Ação coletiva e a facilitação da adequada notificação e conhecimento pelos membros do grupo” (FRIEDENTHAL; MILLER; SEXTON, 2005)¹⁶, restando, portanto, prejudicada a adequada competência das capitais de Estado, e do Distrito Federal, quando estes sequer tenham sido atingidos pelo dano.

Sob esta ótica, é possível afirmar, que para os danos regionais, a aplicação deste princípio induz à ampliação da competência para além das capitais do Estado e do Distrito Federal, devendo-se “prestigiar ao máximo o juízo de uma das comarcas envolvidas na situação”

¹³ Na defesa da aplicação deste princípio ao processo coletivo, defende VERA MARIA BARRERA JATAHY que “para evitar os abusos, desenvolveu-se uma regra de temperamento, conhecida como *fórum non conveniens*, que deixa ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de recusar a prestação jurisdicional se entender comprovada a existência de outra jurisdição, mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamos da Justiça em geral” (JATAHY, Vera Maria Barrera, Do conflito de jurisdições. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37). Ver também: BRAGA, Paula Sarno. Competência Adequada. RePro, vol. 219, p. 13-41, 2013, p. 9. Disponível em <https://www.academia.edu/9248971/Compet%C3%Aancia_adequada._Revista_de_Processo_n._219_2013>, acesso em: 09 nov. 2017.

¹⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. Anotações sobre o princípio constitucional do juiz natural. Constituição e Processo. In.: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (org.). Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 174.

¹⁵ À respeito ver também <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-67>, acesso em: 09 nov. 2017

¹⁶ Não apenas a doutrina tem se posicionado neste sentido – e a OJ 130 da SDI-2 demonstra claramente isso – como também os tribunais já tem reconhecido a necessidade de aplicação direta do Princípio da Competência Adequada às Ações coletivas, conforme se observa no julgamento do AG 240480/RJ e CC 11965/RJ pelo TRF-2 < Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/67628908/trf-2-jud-trf-17-03-2014-pg-1431> >, acesso em: 09 abr. 2017) e do CC 144.922/MG, pelo STJ <Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/371630443/conflito-de-competencia-cc-144922-mg-2015-0327858-8/relatorio-e-voto-371630454>>, acesso em: 09 nov. 2017.

(DIDIER; ZANETI, 2016, p. 130)¹⁷, pois não raramente as capitais se localizam longe do local do dano, dificultando atuação juiz nos elementos decisivos à correção material da decisão: a produção de provas e a participação do grupo lesionado.

No que concerne à participação do grupo lesionado, EDILSON VITORELLI (2016), estrutura a essência do devido processo legal em ações coletivas no equilíbrio entre a representação dos ausentes no processo e participação dos representados nos rumos da lide, a ser efetivada por meio de audiências públicas, pesquisas qualitativas, quantitativas. Esta concepção, embora seja construída tomando por base premissas de direito material distintas da adotada no presente trabalho, demonstra claramente a influência da participação do grupo na definição da competência, tendo em vista serem os principais atingidos pela decisão, e, por isso mesmo, os maiores interessados na solução mais adequada e eficaz do litígio. Desta maneira suas expectativas, e percepções sobre o direito não podem ser ignoradas, sendo necessário flexibilizar as normas processuais de competência, em prol do alcance da tutela efetiva, uma vez que o processo não deve nunca ser visto como um fim em si mesmo (DINAMARCO, 1998).

Modificação de Competência nas Ações Coletivas (Art. 2º, parágrafo único, da LACP): a prevenção especial

No direito pátrio é critério de modificação da competência a conexão, a continência, bem como prevenção, e, apesar de haver dúvidas quanto a esta última, acreditamos ser responsável por firmar e assegurar a competência de juízo já competente, de maneira que não se pode dizer ser “critério determinativo de competência, visto que aquele juiz, conforme os critérios determinativos da competência, ao conhecer da causa já era competente” (AMARAL SANTOS, 2010, p. 264).

No que tange a conexão e continência o CPC/15, em seu art. 55, dando continuidade a previsão de seu antecessor, instituiu a regra processual para identificação, de maneira que consideram-se conexas duas ou mais ações quando compartilharem a causa de pedir ou pedido.

Esse critério reflete o individualismo remanescente do diploma predecessor, mostrando-se insuficiente à tutela coletiva, que exige uma análise subjetiva do problema, dado “a instabilidade do bem ambiental e a possibilidade de tanto o pedido como a causa de pedir sejam modificados após o despacho saneador, desde que respeitado o contraditório e ampla defesa impedem a aplicação segura do critério processual” (ABELHA, 2016, p. 93).

¹⁷ Na mesma esteira ensina MARCELO ABELHA que “é preciso que a competência seja determinada de forma que o órgão jurisdicional seja aquele que esteja mais próximo da situação tutelada, ou seja, é preciso que o juízo e respectivo juiz da causa situem-se em local em que seja possível o maior rendimento do princípio da oralidade, bem como a efetividade das decisões por ele proferida”. (Op. cit. p. 188)

Destarte, na esteira do que ensina ABELHA (2016) acreditamos que seria o caso de permitir o uso de critérios mais pragmáticos, tais como o aproveitamento de provas a serem produzidas nas ações em curso, questões afins deduzidas na defesa das partes de diferentes causas, os mesmos fundamentos de fato e de direito pelos diferentes representantes adequados, a possibilidade de decisões contraditórias, entre outros elementos desta natureza.

Em que pese nossa crença, também o legislador especial, seguindo a tradição ordinária, no parágrafo único do art. 2º, da LACP elegeu o critério cronológico, que é fixo e engessado (ABELHA, 2016), para prevenção, ao estabelecer que “a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”¹⁸.

No entanto, para nosso contentamento, o STJ, ao julgar o Conflito de Competência 144.922-MG (2015/0327858)¹⁹ consolidou a existência de uma espécie de “prevenção especial” – como preferimos chamar, tendo em vista tratar-se de norma específica acerca da conexão, competência e prevenção – que substitui, para a tutela coletiva, as previsões do art. 58 e 240 do CPC²⁰. Destarte, nova interpretação do parágrafo único, do art. 2º, instaura verdadeiro juízo de adequação das situações jurídicas entorno da demanda, nos termos previstos pelo princípio da competência adequada, visando garantir a efetiva tutela judicial aos interesses transindividuais.

No caso em questão, relacionado ao grande litígio coletivo decorrente de danos ambientais provocados pelo rompimento de uma barragem de rejeitos de mineração em Mariana/MG, em novembro de 2015, a *primeira seção* do STJ, determinou a prevenção da 12ª Vara Federal da Seção de Belo Horizonte, para julgar as demandas conexas propostas no foro de Governador Valadares, por entender que possuía “melhores condições de dirimir as controvérsias” (STJ, *primeira seção*, julgamento em 27/11/2013), salientando ainda que em outras ocasiões²¹ aquela Corte de Justiça “valendo-se do microsistema do processo coletivo,

¹⁸ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm >, acesso em: 09 abr. 2017.

¹⁹ Inteiro teor disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/113313005/stj-15-04-2016-pg-2921> > acesso em: 09 nov. 2017.

²⁰ RODOLFO CARMARGO MANCURSO alerta que “na interpretação de regras de competência em sede de ações envolvendo conflitos metaindividuais, é preciso ter presente que nesse campo se está lidando com a jurisdição coletiva, de sorte que os critérios e parâmetros provindos do processo civil clássico - vocacionado à tutela de posições individuais, no plano da jurisdição singular - não podem, singelamente, ser trasladados para a seara dos megaconflitos, mas, antes, devem ser recepcionados com a devida cautela e mediante as necessárias adaptações. As diretrizes da instrumentalidade e da efetividade do processo precisam ser particularmente implementadas, de sorte a se priorizar o foro do local do dano, seja pela proximidade física com os fatos ocorridos ou temidos, seja pela facilitação na colheita da prova, seja pela imediação entre o juízo e os sujeitos concernentes ao conflito metaindividual de que se trata”. (MANCURSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90).

²¹ É o que se observa no CC 126.601/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, julgado em 27/11/2013, DJe 05/12/2013 <Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/193119418/edcl-no-agravo-de-instrumento-edcl-no-ag-1346967-rs-2010-0157952-5>>, acesso em: 20 jul. 2017; e no CC 22.693/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/1998, DJ 19/04/1999 (até o momento da publicação deste artigo não foi disponibilizado acesso virtual ao Conflito de Competência, cuja ementa se teve acesso por meio de outro julgado <Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322881210/agravo-de-instrumento-ag-50019877520164040000-5001987-7520164040000#!>>, acesso em: 09 nov. 2017.

aplicou a regra específica de prevenção estabelecida na Lei de Ação Civil Pública para definir o foro em que deveriam ser julgadas as ações coletivas” (STJ, *primeira seção*, julgamento em 27/11/2013).

Ademais, o caráter específico desta espécie de prevenção é evidenciado por sua aplicabilidade em ações para as quais a competência é absoluta, como já se viu anteriormente, divergindo, portando, do modelo traçado pelo diploma processual, que é “insuscetível de sofrer modificação, seja pela vontade das partes, seja pelos motivos legais de prorrogação (conexão ou continência de causas)” (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 211).

É importante mencionar, ainda, que a prevenção induzida pelo *princípio da competência adequada* não deve ser aplicada nas demandas coletivas isolada do *princípio da primazia do julgamento de mérito*, porquanto não seja cabível, no atual estágio do processo civil brasileiro, e sob égide de um diploma que zela pela economia processual, a extinção das demandas, sem o aproveitamento dos atos processuais²² que nelas se houverem realizados. Devendo-se privilegiar a reunião dos feitos, também quanto aos casos de litispendência, quanto para a incompetência (DIDIE; ZANETI, 2016).

Após o caminho percorrido até aqui se pode, enfim, traçar as características gerais da competência nas ações coletivas como: *competência territorial absoluta, concorrente, submetida a um juízo de adequação e sujeita à modificação por meio de “prevenção especial”*.

Considerações finais

Como se viu o tema da competência no processo coletivo é palco para grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, sendo algumas delas já sepultadas pelos tribunais pátrios, mas outras tantas carentes de atenção.

Por isso, uma fiel análise da competência nos processos coletivos na seara do direito brasileiro perpassa pelo entendimento de que tem lugar, no sistema jurídico tupiniquim, um microsistema do processo coletivo, de maneira que as normas não podem ser lidas em apartado, e primando por uma complementaridade.

Somente partindo da premissa acima mencionada é que se pode entender a competência para as ações coletivas, pois o art. 2º, da Lei nº 7.347/85 é eivado de vaguidade, e, apesar de apontar o critério para definição de competência, deixa de discipliná-lo, o que ficou ao encargo do art. 93, do CDC. O mesmo se passa com o art. 16, da LACP, visto que sua leitura

²² Novamente recorrendo ao magistério de MARCELO ABELHA transcrevemos o excerto em que o autor defende o aproveitamento dos atos processuais, em suas palavras “Deve-se, sim, compatibilizar a coexistência de demandas coletivas, permitindo a sua reunião para que apenas uma delas possa seguir em frente, aproveitando as provas e argumento produzidos naquelas que foram reunidas, e permitindo, desde então, que os legítimos representantes adiram e intervenham na demanda que prosseguirá. Enfim, só se trancará a demanda repetida depois de ela ser reunidas permanecer anexa e apenas aquela que seguirá adiante, dela aproveitando-se todas as provas e argumentos utilizados” (Op. cit. p. 195-196).

isolada, e uma aplicação literal do texto legal culminam em entraves, tanto processuais como materiais, gravíssimos.

Ademais, resta clara a importância de aplicar os critérios de competência sob enfoque do princípio da competência adequada, tendo este tornado-se decisivo para a solução das controvérsias entorno do tema no ordenamento jurídico brasileiro, assumindo lugar de prestígio. Especialmente porque o atual diploma processual civil traça como força motriz a decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável, e no âmbito da demanda coletiva, sabemos que a justiça e efetividade estão intrinsecamente ligadas à participação do grupo envolvido (VITORELLI, 2016) e a produção de provas pelas partes.

Destacamos que na seara das ações coletivas as normas que reflitam, em alguma medida, resquícios individualistas do CPC/73, merecem uma releitura, e não escapa disso o instituto da prevenção. Nesta perspectiva, e seguindo a tendência jurisprudência, acreditamos existir uma *prevenção especial*, aplicável às demandas coletivas, por força do art. 2º, parágrafo único da Lei nº. 7.347/93.

Por derradeiro, enfatizamos que seara da competência nas ações coletivas ainda encontra-se aberta a debates, e, apesar de apresentar problemas, por vezes considerados crônicos, necessita de uma atuação tanto doutrinária quanto jurisdicional, que seja capaz de preencher suas lacunas com entendimentos que zelem pela unidade da jurisdição, pela efetividade da tutela jurisdicional, e, principalmente, que não esvaziem a tutela dos direitos coletivos.

Referências

- ABELHA, Marcelo. Processo Civil Ambiental. 4ª. ed. rev. atual, e ampl. Bahia: Juspodvm, 2016.
- AMARAL SANTOS, Moacyr, Primeiras linhas de Direito Processual Civil, v. 1, 27ª ed., São Paulo, Saraiva: 2010.
- ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Luiz Paulo da Silva. Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARENHART, Sergio Cruz. A Tutela Coletiva dos Interesses Individuais. Para Além da Proteção dos Interesses Individuais Homogêneos. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A expressão "competência funcional" no art. 2ª da Lei da Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Edis (coord.). A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRAGA. Paula Sarno. Competência Adequada. RePro, vol. 219, p. 13-41, 2013
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE. 228.955-9/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília 10 fev. 2000. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/113313005/stj-15-04-2016-pg-292>> acesso em: 09 nov. 2017.

- _____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência. CC 26.842-DF. Relatora Min. Waldemar Zveiter. Brasília, 10 out. 2001. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/287917/conflito-de-competencia-cc-26842-df-1999-0069326-4>>, acesso em: 09 nov. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência. CC 144.922/MG. Relatora Min. Diva Malerbi. Brasília, 22 jun. 2016. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/113313005/stj-15-04-2016-pg-2921>>, acesso em: 09 nov. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência. CC 126.601/MG. Relator Min. Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília. 27 nov. 2013. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/193119418/edcl-no-agravo-de-instrumento-edcl-no-ag-1346967-rs-2010-0157952-5>>, acesso em: 09 nov. 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v. I, 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. 10ª. ed, v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 6ª. ed, São Paulo: Malheiros, 1998.
- FRIEDENTAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen, Civil procedure – cases and materials. 9ª. ed. St. Paul: Thomson/West, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, Comentários ao art. 93, CDC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; NERY JR., Nelson. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Processo Coletivo. v. II. 10ª ed. revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GREGO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- JATAHY, Vera Maria Barrera, Do conflito de jurisdições. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Túllio. Eficácia e autoridade da sentença. 2º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3ª. ed. v. I, São Paulo: Malheiros, 2005.
- MANCURSO, Rodolfo de Camargo, Ação Civil Pública, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. Rodolfo de Camargo, Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores. 9. Ed., rev. e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARCATO, Antonio Carlos. Breves considerações sobre jurisdição e competência. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2923>>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Ação Popular e o microsistema do processo coletivo - Ação popular aspectos relevantes e controvertidos. Luiz Manuel Gomes Jr. e Ronaldo Fenelon Santos Filho (coords). São Paulo: RCS, 2006.

- RODRIGUES, Geisa de Assis. Anotações sobre o princípio constitucional do juiz natural. Constituição e Processo. In.: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (org.). Salvador: JusPODIVM, 2007.
- VENTURI, Elton. A competência jurisdicional na tutela coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro Mendes; WATANABE, Kazuo (coord.). Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2016.
- ZAVASCKI, Teori Albino, Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

Licitações internacionais financiadas pelo Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e seus reflexos no sistema jurídico brasileiro

Hudson Rangel Belo¹
Thais Milani Del Pupo²

Resumo: A legislação pátria e as manifestações políticas nacionalistas tendem a se inclinarem à contratação com os nacionais, com a chamada reserva de mercado governamental, mantendo as licitações internacionais como exceções. Contudo, nem sempre é o mais vantajoso, ou mesmo possível nutrir uma contratação limitada às empresas nacionais. Com isso, a legislação nacional prevê a possibilidade, no interesse da Administração Pública, de lograr recursos de fontes estrangeiras para que promova uma licitação na modalidade internacional. Desse modo, poderá apresentar um projeto ao ente financiador, como o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), e se a organização compreender que o projeto está nos moldes de seus objetivos, poderá emprestar ou mesmo doar verbas, desde que o ente público siga suas regras e diretrizes. Assim, o objeto do presente estudo consiste na problemática de conciliar a aplicabilidade da legislação nacional com as diretrizes ditadas pelo BIRD, além de destacar os questionamentos administrativos e processuais atinentes, dado que a existência de financiamento internacional conduz a algumas peculiaridades.

Palavras-chave: Processo civil; Licitações Internacionais; BIRD.

Apresentação

No presente trabalho, inicialmente, será abordado o conceito de licitações internacionais, com vistas a evidenciar a licitude de a Administração Pública buscar uma oferta mais vantajosa, e a possibilidade de instaurar o procedimento licitatório na modalidade internacional visando o interesse público. Além de ressaltar que apesar do efeito que uma interpretação literal pode causar, nas licitações internacionais não há restrição à participação de empresas nacionais no certame, pois tanto empresas internacionais quanto nacionais poderão participar.

Em seguida, serão analisadas as licitações internacionais realizadas com recursos provenientes de organismos financeiros internacionais dos quais o Brasil faça parte, mais

¹ Pós-graduando em Direito Processual pela PUC-MG.

² Mestranda em Direito Processual pela UFES-ES.

precisamente, o BIRD. As licitações internacionais financiadas pelo BIRD serão dignas de maiores reflexões, uma vez que suas particularidades redundam em certos questionamentos administrativos e processuais, e a possibilidade da escolha de juízo arbitral diante de eventuais litígios.

Licitações internacionais e a Lei nº. 8.666/93

Apesar da legislação nacional não definir e nem esboçar com clareza o que seria tal instituto, ao oposto do que um entendimento literal poderia provocar, uma licitação internacional não acontece em território alienígena. O intuito primordial do procedimento é buscar a presença de empresas estrangeiras, visando aumentar o espaço de concorrência no certame licitatório nacional.

A Lei nº. 8.666/93, não estabelece a definição de licitação internacional, cuida somente do procedimento licitatório processado em território brasileiro, apresentando margem à presença de empresas estrangeiras assentadas em outros países, contando que se obriguem às diretrizes de política monetária e de comércio exterior, bem como sob a égide de diversos outros mecanismos que disciplinam a implantação desta política no Brasil (BITTENCOURT, 2011, p. 45-46).

Nesses procedimentos, Eros Grau (1992, p. 427-428) ressalta a importância da publicidade assegurada no exterior, e não a mera participação de licitantes nacionais e estrangeiros, dispondo que

Licitação internacional – ou ‘concorrência internacional’, qual costumeiramente se menciona – não é, segundo me parece, ao contrário do que parte da doutrina afirma, aquela em que se permite a participação de licitantes nacionais e estrangeiros, porém, rigorosamente, aquela cuja publicidade tenha sido assegurada no exterior, para além das fronteiras do território nacional, ou seja, a de âmbito internacional. Essas licitações – cujo objeto pode ou não ser financiado com recursos provenientes de financiamentos concedidos por organismo internacional, de que o Brasil faça parte – geralmente atendem, no que diz com a publicidade, quando, na segunda hipótese, a aquisição do bem ou serviço seja financiada por organismo internacional (o BIRD, o BID, etc.), a certas regras por tais organismos dispostas.

A mera participação nela, de licitante estrangeiro, sem que a sua publicidade tenha sido promovida no plano internacional por exigência do organismo internacional, não a qualifica como tal, mesmo porque nada obsta que qualquer licitante estrangeiro, participe de licitação local.

Dando sequência ao entendimento, cumpre salientar que a instauração do certame internacional sempre estará sujeita ao interesse do administrador. O agente público, dentro da sua margem de discricionariedade, e respeitando os aspectos legais, analisará se é economicamente viável dilatar o espaço de competição visando alcançar o objeto pretendido. Ressaltando-se que a concorrência expande a possibilidade de redução dos preços perpetrados

no mercado nacional, sendo, portanto, interessante ao administrador, ante a preponderância dos interesses da coletividade sobre interesses privados.

O emprego da licitação internacional, comumente, engendra contratações de grande vulto que demandam conhecimento específico ou domínio de determinada tecnologia por parte do contratado. Assim, em um mercado cada dia mais competitivo, ao Poder Público é lícito buscar a oferta mais vantajosa, instaurando o procedimento licitatório na modalidade internacional, com a expansão das condições do ato convocatório ao exterior. Em que pese ao fato de a licitação ser internacional, em momento algum configura qualquer tipo de benefício às empresas nacionais ou às internacionais, tendo em vista a vedação do tratamento diferenciado entre os licitantes, e a primazia do princípio da igualdade de condições, como lembra Bráulio Chagas Pighini e Magno Federici Gomes (2013, p. 36).

As contratações de natureza internacional abrangem, no nosso entendimento, apenas duas conjecturas diferentes, que requerem cautela do agente público, sob pena de invalidação dos procedimentos licitatórios e da contratação. Na primeira, encontram-se as licitações internacionais concretizadas com recursos próprios da Administração. Essas terão que adotar as regras dispostas no edital do procedimento licitatório, bem como as disposições elencadas na Lei 8.666/93, que se aplicam nas concorrências internacionais comuns. Já a segunda, que será objeto de estudo e maior detalhamento no presente artigo, compreendem as licitações internacionais financiadas com recursos estrangeiros e reguladas por atos internacionais, ou normas editadas pelos organismos financiadores, quando esses as impuserem (SCHWIND, 2013, p. 33). Tais casos encontram-se elencados no §5º, do art. 42, da Lei nº 8.666/93³, e dizem respeito à contratação de obras, serviços ou bens com recursos provenientes de órgãos internacionais, como o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), de acordo com os atos internacionais (protocolos, convenções, acordos ou tratados internacionais) de que o Brasil seja signatário.

Destarte, devem-se diferenciar as licitações internacionais realizadas sob a égide da Lei de Licitações brasileira daquelas instauradas nos moldes das regras previstas por organismo internacional, uma vez permitida a regulamentação por meio de suas diretrizes e procedimentos.

Interessante registrar que o §3º do art. 23 da Lei nº 8.666/93⁴ estabelece a concorrência como a modalidade licitatória adotada, em regra, nesses certames. É admissível, todavia, a

³ "Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. [...] § 5o Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior."

⁴ "Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas

tomada de preço, desde que observados os limites de valor do referido artigo e quando o órgão ou entidade promotora da licitação dispuser de cadastro internacional de fornecedores. Bem como na modalidade convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país.

Em suma, pode-se verificar que a escolha entre certame nacional ou internacional é determinada com base nas condições do mercado interno, condicionada, portanto, a existência de licitantes capazes de suprir satisfatoriamente a necessidade da Administração, assim como pela análise da vantajosidade. Não se devendo olvidar que o escopo é a expansão da participação de interessados na contratação, visando, sempre, a preservação do interesse público.

As licitações internacionais realizadas com financiamento do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD)

O custeamento de uma licitação internacional pode ser feito de duas maneiras, uma é por meio de recursos públicos, oriundos da própria Administração Pública, já a outra, é através de financiamentos concedidos por organismos financeiros internacionais de que o Brasil faça parte, uma agência estrangeira de cooperação, assim como o BIRD. Optou-se por dar maior atenção ao financiamento realizado por essa entidade, em que pese à existência de vários organismos internacionais financiadores de projetos, uma vez que as contratações públicas com os recursos do BIRD⁵ são frequentes e expressivas no Brasil, bem como em razão da limitação espacial do presente trabalho.

Inicialmente, vale frisar que tais recursos são provenientes dos países que integram o ente. O BIRD⁶ é apenas uma das entidades que compõe o Banco Mundial, apesar de ser habitualmente chamado de Banco Mundial. É uma instituição voltada para assistência técnica e financeira aos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, países de renda média, que

em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: § 3o A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.”

⁵ Ao longo do trabalho será utilizada a sigla BIRD, de acordo com o entendimento de Rafael Wallbach Schwind, pois é a mais correta tecnicamente para designar a instituição que realiza doações e empréstimos de recursos à Administração Pública no Brasil. Assim, sempre que se refere ao BIRD, pode-se compreender que está se mencionando o Banco Mundial, que é a denominação mais comum, embora mais imprecisa.

⁶ Sidney Bittencourt salienta que “o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) é um organismo multilateral internacional criado na Conferência de Bretton Woods (Estados Unidos, 1944) pelos países que compõem a Organização das Nações Unidas (ONU), com objetivo de auxiliar, através de transferência de recursos financeiros, os países não desenvolvidos, financiando programas e projetos de órgãos e entidades que compõem a Administração Pública desses países”. (BITTENCOURT, Sidney. *Licitações internacionais: considerando a lei brasileira: Lei nº 8.666/93 e as regras estabelecidas pelo Banco Mundial – BIRD*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 195).

não possuem condições de angariar recursos de outra forma, em que a entidade realiza doações ou empréstimos a juros baixos (SCHWIND, 2013, p. 153).

As facilidades que o BIRD proporciona aos mutuários são diversas, por exemplo, em muitos casos, chega a ser conferido o prazo de dez anos para o adimplemento inicial de um empréstimo, e ainda dispõe de prazo extenso de reembolso se equiparado com o exigido normalmente por bancos comerciais (SCHWIND, 2013, p. 153-154).

Esses recursos são compostos por meio de ações subscritas pelos países-membros, diante da capacidade econômica financeira de cada ente, e sendo empregados os captados pelo Banco por meio da emissão de bônus ou empréstimos no mercado internacional, com taxas reduzidas perante os objetivos do organismo, e com o repasse em condições similares. Os recursos devem ser aplicados, obrigatoriamente, a projetos voltados para área social ou de infraestrutura, tais como saneamento, irrigação, habitação e educação (BITTENCOURT, 2011, p. 197).

O país que for beneficiado com a transferência desses recursos, denominado "país elegível", deverá empregar tais recursos para a consecução das finalidades predeterminadas, ou seja, de acordo com os objetivos do organismo. Pois, o país concorrerá a estes recursos organizando um projeto que, depois de aprovado pelo Banco Mundial, terá que obedecer às providências a serem determinadas nas contratações, ou seja, regras que se destinam a reger as licitações internacionais concretizadas com o financiamento dessa entidade (ASSONI FILHO, 2004).

As diretrizes editadas pelo BIRD têm por escopo reger os certames destinados à realização da contratação que abarque recursos doados ou financiados total ou parcialmente por empréstimo do próprio organismo. Portanto, na posição de mutuário, o Poder Público deve realizar um procedimento licitatório que adere os critérios e regras de contratação ordenas pelo BIRD, visto que o organismo internacional condiciona a doação de seus recursos e concessão de empréstimos à aplicação de suas políticas institucionais.

Em resumo, Administração Pública interessada em alcançar recursos (empréstimo ou doação) do BIRD, primeiramente, deverá apresentar um projeto que esteja de acordo com as finalidades da entidade. Com isso, se a instituição entender que o projeto está nos moldes de seus desígnios, emprestará (mediante a cobrança de juros e comissão) ou doará os recursos. No empréstimo, que é a forma mais comum, firma-se um contrato de mútuo entre o ente público e o organismo internacional. Logo após, a Administração realiza o procedimento licitatório internacional com o intuito na contratação do interessado em executar a obra ou prestar os serviços. Essa licitação será conduzida de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo ente financiador. Posteriormente à licitação, é firmado o contrato. No entanto, a relação jurídica se estabelece entre o Poder Público e o licitante vencedor, como advém em qualquer licitação realizada com recursos nacionais, sendo assim, não haverá uma relação contratual entre o organismo internacional e o licitante vencedor (SCHWIND, 2013, p. 84-85).

Ressalta-se que a função do BIRD é a de fiscalizar todo procedimento licitatório internacional que terminará posteriormente na contratação, cabendo-lhe tão somente a

execução da fiscalização e supervisão do contrato celebrado. Todavia, há casos em que o Banco exige o exame prévio dos documentos da licitação, com o intuito de verificar a compatibilidade com as diretrizes por ele estabelecidas, e acaba por desencadear a aplicação supletiva da lei brasileira. Porém, vale destacar que tais diretrizes não se equiparam a tratados, nem a resoluções de organismo internacional, somente contempla o pensamento dos países-membros e os princípios de comum acordo adotados sobre determinada matéria (PEREIRA, 2013, p. 97).

Com isso, o Brasil inseriu na legislação pátria uma norma específica sobre as contratações internacionais financiadas pelo BIRD, ou por outro organismo internacional, afastando, ao menos em parte, uma aplicação dos procedimentos disciplinados pela norma geral de licitação, Lei nº 8.666/93, o que foi reconhecido declaradamente pela referida lei, conforme evidenciado por seu artigo 42, §5º, em favor da aplicação dos regulamentos de licitações dos órgãos financiadores. Sobre tal questão é importante destacar o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se lê:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO INTERNACIONAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA ENTRE OS CONCORRENTES. ART. 42, § 5º DA LEI N. 8.666/1993. 1. Em se tratando de concorrência pública internacional com recursos provenientes de agência estrangeira, a legislação pátria admite a inserção de exigências diversas daquelas previstas na Lei Geral das Licitações. Dessa forma, não constitui ilegalidade nem fere o princípio da isonomia entre os concorrentes a necessidade de comprovação de requisitos de capacitação técnica e financeira estabelecidos por instituição internacional como condição para a aprovação do financiamento. Inteligência do art. 423, § 5º, da Lei n. 8.666/1993. 2. Recurso ordinário não-provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 14579/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Brasília, DF. Data de Julgamento: 20/09/2005. Data de Publicação: 10/10/2005).

Destarte, como observa Paulo Attie (2010), a adoção das diretrizes nas licitações internacionais é aceita pela doutrina e jurisprudência, não restando dúvida de que as regras do BIRD são admitidas em nossas licitações, embora reste clara a necessidade de exigência expressa, contida no contrato de financiamento das verbas provenientes destes organismos.

Porém, que não obstante a aplicação das regras impostas pelo organismo internacional deve-se manter a primazia das normas constitucionais, especialmente no tocante aos princípios consagrados pela Constituição, como por exemplo, o da competitividade, da economicidade e da impessoalidade. Afinal, para que uma licitação internacional seja lícita, deve haver a compatibilização entre as normas alienígenas e as norteadoras da Administração Pública, dado que o art. 42, §5º, da Lei 8.666/93, somente garante que normas-regra (prazos, formas de publicação, critérios de julgamento, etc.), podem ser afastadas, não sendo concebível a supressão ou o afastamento de normas-princípios diretores da Administração Pública (PEDRA, 2006, p. 17).

Portanto, respeitada a Constituição Federal, o melhor entendimento é aquele que compreende a observância das regras e procedimentos do BIRD, sem olvidar-se da aplicação

dos princípios fundamentais da Lei 8.666/93. E, na hipótese de insuficiência dessas regras e procedimentos aplicáveis aos certames licitatórios internacionais, sejam aproveitadas subsidiariamente as prescrições da referida norma geral de licitações⁷.

Questões processuais atinentes às licitações internacionais financiadas pelo BIRD

O financiamento de licitação internacional feita por um organismo internacional financiador, como o BIRD, ocasiona especialidades, das quais decorrem certas complicações processuais, visto que o organismo internacional exerce atos em nome próprio ao longo de todo procedimento licitatório, de tal modo que sua presença e atuação, evidentemente, poderá afetar a órbita jurídica dos licitantes.

É forte a influência que um organismo internacional financiador, principalmente o BIRD, pode exercer perante uma licitação pautada em suas diretrizes. Mesmo não havendo uma relação de cunho contratual entre o licitante vencedor e o ente financiador, existindo apenas entre o Poder Público e o vencedor do certame, este, ante a decisão de recusa em financiar o projeto, poderá em eventual litígio judicial questionar a posição adotada pelo organismo financiador frente aos efeitos negativos gerados (SCHWIND, 2013, p. 144).

Deste modo, o ente financiador internacional poderá ser demandado em razão dos atos que praticar, isto é, possuirá legitimidade passiva para responder a eventuais questionamentos formulados não somente pela Administração Pública, com a qual estabeleceu o contrato de mútuo, como também pelos licitantes que se sentirem lesados.

Nos casos em que a instituição financiadora internacional compor determinada relação processual, a competência para o julgamento dessas demandas caberá à Justiça Federal. Ou seja, diante de uma licitação internacional sustentada por recursos externos oriundos de empréstimos de organismo internacional, o licitante que se sinta prejudicado e pretenda demandar em juízo não somente o ente público que promove a licitação, como também o organismo financiador, deverá propor sua demanda perante a Justiça Federal, por força do artigo 109, inciso II, da Constituição Federal, que conferiu aos juízes federais a competência para processar e julgar "causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País".

Além disso, outra peculiaridade, que diz respeito aos litígios que envolvem a instituição internacional financiadora, é a competência recursal. Em regra, diante das decisões proferidas por juiz federal, cabe recurso ao Tribunal Federal competente, contudo, com a participação do organismo internacional a competência recursal sofre alteração.

⁷ Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça alude que os recursos provenientes do BIRD, em que pese oriundos de empréstimos ao ente público licitante brasileiro, em sua essência, não descaracteriza a natureza de recursos públicos, dado que o empréstimo contraído terá que ser restituído ao organismo internacional (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 627913/DF. Relator: Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Brasília, DF. Data de Julgamento: 07/10/2004. Data de Publicação: 07/03/2005).

Nesses casos, a competência para julgar o recurso interposto contra decisão do juízo federal de primeiro grau será do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pois, de acordo com artigo 105, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal, cumpre ao Egrégio Tribunal julgar o recurso ordinário em “causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País”.

Além do recurso ordinário, o CPC de 1973, em seu art. 539 previa o cabimento de agravo contra as decisões interlocutórias, todavia não especificou o órgão competente para seu recebimento. À vista dessa omissão, o E. STJ consolidou o entendimento segundo o qual compete ao próprio STJ⁸ também o exame do agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida por Juiz Singular.

Nesse diapasão, cumpre destacar as novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil. Ao versar sobre o tema, o artigo 1.027, encampa o entendimento jurisprudencial consolidado, pois prevê no §1º que “nos processos referidos no inciso II, alínea “b”, contra as decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses do artigo 1.015”. Acrescenta, ainda, no §2º do artigo 1.027, que “aplica-se ao recurso ordinário o disposto nos artigos 1.013, §3º, e 1.029, §5º”. Desse modo, ao fazer remissão ao artigo 1.013, §3º, passa a considerar a possibilidade de julgamento imediato do mérito, acolhendo a teoria da causa madura. Por outro lado, a menção ao 1.029, §5º, trata da possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso ordinário (CARNEIRO; PINHO, 2015, p. 684). Portanto, o Novo Código de Processo Civil traz inovações legislativas nos processos em que for parte organismo internacional.

⁸ ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERPOSIÇÃO DIRETA NO STJ – CABIMENTO – PREVISÃO CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – LITISCONSÓRCIO PASSIVO DE ENTE INTERNACIONAL – CONCORRÊNCIA PÚBLICA – SITUAÇÃO ESPECÍFICA – POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA NA ESFERA JURÍDICA DO BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID – LIMINAR DEFERIDA - DECISÃO SEM RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1. REQUISITOS FORMAIS DO AGRAVO. O recurso veio acompanhado dos documentos essenciais, o que permite seu conhecimento. 2. DO CABIMENTO DO AGRAVO COM FUNDAMENTO NO ART. 105, INCISO II, ALÍNEA “A”, CF/1988. “Compete ao STJ o exame do agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida por Juiz Federal de primeira instância em ação movida por pessoa jurídica domiciliada no país contra organismo internacional, com fulcro nos arts. 105, II, ‘c’, da CF/88; art. 539, parágrafo único, do CPC e art. 13, III, do RISTJ.” (Ag 627.913/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 7.3.2005.) 2.1. A norma constitucional comete ao STJ a competência em razão da presença alternativa, em pólos opostos, de organismo internacional e pessoa (jurídica) domiciliada no País. Nestes autos, encontram-se antagonicamente o BID, pessoa jurídica de direito externo; e a agravante, pessoa jurídica domiciliada no Brasil. 2.2. A Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990, arts. 36-37, filtra o art. 109, inciso II, alínea “c”, CF/1988, conferindo-lhe a necessária densidade para alcançar o agravo de instrumento com a finalidade ora almejada. 3. EXCLUSÃO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO EXTERNO. A complexidade das questões relativas à presença de entes estrangeiros em lides desse jaez impede que se façam generalizações para outros casos aparentemente similares. Cada situação específica deverá ser apreciada conforme o teor da decisão de primeiro grau e o tipo de vínculo jurídico que envolva as partes. Não é o simples fato da participação de um ente estrangeiro que atrairá a competência prevista no art. 109, inciso II, CF/1988. Agravo de instrumento provido, a fim determinar que o Juízo Federal aprecie a ação e decida como de direito. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.003.394/CE. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Segunda Turma. Brasília, DF. Data do julgamento 02/10/2008. Data da publicação: 18/03/2014).

Não obstante, se o litígio ocorrer entre o Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território, a competência originária para processá-lo e julgá-lo será do Supremo Tribunal Federal, conforme o artigo 102, I, "e", da Constituição Federal.

Por outro giro, em que pese todo aparato constitucional e processual conferido ao julgamento de determinada contenda que envolva um organismo internacional, cabe salientar que os litígios surgidos entre a Administração Pública mutuaría e a instituição internacional financiadora, frequentemente, são solucionados mediante a arbitragem internacional (SCHWIND, 2013, p. 145). Apesar de na prática administrativa tradicional brasileira não ser comum, os contratos com organismos internacionais costumam conter cláusula de resolução de controvérsias por meio de arbitragem.

Evita-se com isso a morosidade do judiciário nacional, tendo em vista que a utilização da arbitragem para dirimir conflitos de direito patrimonial disponível, oriundos de relações entre o Estado e o particular, constitui hoje a etapa mais avançada da tendência de modernização da Administração Pública, pelo que deve ser creditada e incentivada, de acordo como vem sendo adotado nas licitações internacionais financiadas pelo BIRD.

A arbitragem é um meio heterocompositivo de resolução de conflitos que goza de bastante prestígio no âmbito internacional, haja vista sua celeridade e especialidade – uma vez que, via de regra, os árbitros são escolhidos com base na expertise em relação ao tema do litígio. Inobstante o aumento gradativo de sua utilização no âmbito nacional, o juízo arbitral é frequente em contratos internacionais que envolvam altos valores de investimentos, dentre os quais podem ser incluídas as licitações internacionais.

Apesar do resquício tradicionalista que paira sobre o direito administrativo brasileiro, vale enaltecer os novos contornos atinentes à utilização da arbitragem em contratos envolvendo a Administração direta e indireta. Resolvendo as dúvidas que pairava a questão, a Lei n. 13.129, de 27 de maio de 2015, atualizou a redação da Lei Brasileira de Arbitragem, prevendo expressamente em seu bojo a possibilidade da Administração Pública, direta e indireta, estabelecer convenção de arbitragem para dirimir conflitos, respeitando o princípio da publicidade e afastando a arbitragem por equidade – artigo 1º, §§ 1º e 2º, e artigo 2º, §3º, da Lei n. 9.307/96.

Sendo assim, louvável a atitude do legislador frente à questão, impondo uma modificação aos dogmas do Direito Administrativo, privilegiando o princípio da eficiência, conferindo maior celeridade à solução dos litígios, ao reforçar a possibilidade do juízo arbitral dentro dos certames administrativos pátrios.

Considerações finais

O presente estudo visou aprofundar as questões referentes às licitações financiadas pelo BIRD, em particular no tocante à admissão das regras da instituição financiadora, já que é detentor do capital e as impõem como condição para que o projeto licitatório internacional seja financiado ou receba suas doações. No que tange à observância aos limites impostos

por organismos internacionais, restou clara a necessidade de sua observância, por meio de previsão legal, desde que conciliadas com os princípios que norteiam a Administração Pública, previstos na Lei 8.666/93 e na Constituição Federal de 1988.

Igualmente, deve-se estar atento às especificidades processuais desencadeadas com a participação do BIRD ou outro organismo internacional financiador nas licitações internacionais, já que tais instituições, frequentemente, praticam atos em nome próprio ao longo do certame, o que pode acarretar a sua legitimidade para responder por tais atos. Além da legitimidade passiva, fica evidente a competência da Justiça Federal sempre que um organismo internacional financiador integrar a relação processual litigiosa, bem como a especial atribuição constitucional ao Superior Tribunal de Justiça como órgão com competência recursal.

Por fim, conclui-se ser possível a eleição do juízo arbitral para dirimir litígios surgidos entre a Administração Pública mutuaría e o organismo internacional financiador, uma vez que o legislador nacional resolveu avançar no sentido de explicitar a possibilidade de entes públicos adotarem a via arbitral para a resolução de seus litígios, contemplando-a na recente atualização da Lei Brasileira de Arbitragem.

Referências

- ASSONI FILHO, Sérgio. O Estado enquanto licitante internacional. In: Revista de direito internacional e econômico, v.3, n.9, p. 105-113. Disponível em: <http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000718430>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- ATTIE, Paulo. Da aplicabilidade das guidelines do BIRD ao ordenamento jurídico pátrio, porém limitada pelos princípios constitucionais das licitações públicas brasileiras. Migalhas, 09 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108749,91041-Da+aplicabilidade+das+guidelines+do+BIRD+ao+ordenamento+juridico>>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- BITTENCOURT, Sidney. Licitações internacionais: considerando a lei brasileira: Lei nº 8.666/93 e as regras estabelecidas pelo Banco Mundial – BIRD. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União em: 17 jan. 1979, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de julho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União em: 22 jun. 1993, p. 8269. Disponível

- em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Publicado no Diário Oficial da União em: 24 set. 1996, p. 18897. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União em: 17 mar. 2015, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.003.394/CE. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Segunda Turma. Brasília, DF. Data do julgamento 02/10/2008. Data da publicação: 18/03/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 627913/DF. Relator: Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Brasília, DF. Data de Julgamento: 07/10/2004. Data de Publicação: 07/03/2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 14579/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Brasília, DF. Data de Julgamento: 20/09/2005. Data de Publicação: 10/10/2005.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRAU, Eros Roberto. Parecer emitido em 11.08.92. Boletim de Licitações e Contratos – BLC, nov. 92.
- PEDRA, Anderson Sant’Ana. Licitação Internacional: Normas Nacionais x Normas Estrangeiras (Uma visão constitucional). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador-Bahia, n. 7, 2006.
- PERERIRA, Luiz Henrique de Castro. Licitações Internacionais e a Lei nº 8.666/93. São Paulo: All Print Editora, 2013.
- PIGHINI, Bráulio Chagas; GOMES, Magno Federici. Da licitação internacional e a margem de preferência. Revista Direito Mackenzie, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 33-50, 2013.
- SOARES, Mário Lúcio Q.; TANURE, Rafael. A licitação internacional como instrumento de integração. 01/12/2003. Parte integrante da Edição no 54. Código da publicação: 167. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=167>>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. Licitações internacionais: participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

A verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro

João Guilherme Gualberto Torres¹

Resumo: No paradigma do Estado Democrático Constitucional, é possível perceber sensíveis implicações na jurisdição constitucional, nela compreendido o controle de constitucionalidade. Destaca-se a verificação de fatos e prognoses legislativos como forma de investigar a validade do produto advindo do órgão legiferante e perquirir sua responsabilidade (*accountability*) na edição de documentos normativos. A análise pelo Órgão Judiciário leva em conta se o Órgão Legislativo tinha, à época do processo legislativo, dados suficientes para a prática desses referidos atos, ou se lhe era possível prever as consequências deles advindos. No exame da margem de ação do legislador, através de técnicas extraídas das ciências sociais, a deficiente análise, por este, dos fatos pretéritos, presentes ou futuros, com conseqüente prejuízo dos direitos fundamentais do indivíduo e/ou da coletividade, acoima de inconstitucional a lei ou o ato normativo. Para tanto, são necessárias, ainda, técnicas de recrudescimento da participação popular, como forma de promoção da democracia, entre as quais a admissão de *amici curiae*, enaltecida pelo advento do Código de Processo Civil de 2015, e a realização de audiências públicas.

Palavras-chave: Estado Democrático Constitucional; Processo constitucional; Jurisdição Constitucional; Controle de constitucionalidade; Fatos e prognoses legislativos.

Introdução

O estudo da temática apresentada² exsurge da relativa incompreensão no Brasil da verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro, sendo poucos os autores a tratar do tema (MENDES, 1999b, p. 11; STRECK, 2014b, p. 704), conquanto a existência de decisões do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012) que realizam, sem muito rigor técnico-racional, essa aferição.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

² O presente trabalho é parte integrante da dissertação, sob orientação do Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux, em desenvolvimento perante o Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, inserindo-se na Linha de Pesquisa "Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais".

A experiência alienígena no tratamento da verificação de fatos e prognoses legislativos parece não ter sido ainda muito bem incorporada em solo tupiniquim, nada obstante críticas existentes inclusive no cenário internacional ao modo como as Cortes Constitucionais vêm lidando com a matéria sem realizar o necessário questionamento sobre a possibilidade desse exame (BRITO, 2013, p. 14)

Deduzem-se, a partir disso, dois subproblemas, os quais se assentam, em primeiro lugar, na possibilidade, ou não, da verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade, particularmente, naquele desenvolvido no Brasil, e, em segundo, a exigência, ou não, de fixação de critérios, e quais, para a mencionada verificação.

Para responder a essas indagações, explora-se a matriz hermenêutico-filosófica, assumida, nesse trabalho, como marco teórico, ao lado da consolidação do paradigma do Estado Democrático Constitucional, a permitir uma revisão bibliográfica e pesquisa documental, com abordagem qualitativo-exploratória, para, então, sustentar-se, racionalmente, a (im)possibilidade de verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade.

O atingimento do Estado Democrático Constitucional (BARROSO, 2006; HERMES, 2017, p. 72), a par da limitação ao arbítrio estatal, revela a primazia dos direitos fundamentais individuais e coletivos, apresentando-se como um *plus normativo* (STRECK; MORAIS, 2003, p. 94) em relação às formulações predecessoras de Estado Liberal e de Estado Social (BONAVIDES, 1972). Nesse paradigma, referidos direitos fundamentais exercem papel contramajoritário, submetendo atos normativos, emanados dos poderes públicos, à Constituição e, de conseguinte, ao controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado.

Note-se bem que a Constituição, sobretudo ao incorporar as conquistas emancipatórias no catálogo de direitos fundamentais, em que pese a manutenção de promessas civilizatórias não cumpridas, constitui remédio contra maiorias. E, em busca da preservação dessas garantias deferidas às minorias, quando se levantam maiorias tendes a abolir direitos conquistados por aquelas, faz-se necessária a Jurisdição Constitucional, a qual, controla os atos emanados do Órgão Legislativo, e, portanto, da maioria (princípio majoritário), a fim de frear os avanços de uns sobre os outros.

Desponta, desse modo, a Corte Constitucional, a qual, por meio da Jurisdição Constitucional, fiscaliza os atos emanados do Órgão Legislativo, sob o parâmetro de validade erigido, a saber, a Carta Constitucional (STRECK, 2012), reputando-os, se for o caso, inválidos, e expulsando-os do ordenamento jurídico (STRECK, 2014b).

É por meio do argumento da rigidez constitucional que se pode inferir que a Constituição é alçada a patamar hierárquico elevado, a ponto de servir como parâmetro para o controle de atos que lhe são inferiores (RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, 1983, p. 1.530). A manutenção de leis ou atos normativos no ordenamento jurídico, aprovados por procedimento e quórum simples, em detrimento de normas constitucionais, que exigem para sua alteração procedimento e quórum qualificados, alteraria impunemente o texto constitucional, e, em

última análise, impediria que este servisse de parâmetro constitucional (JEVEAUX, 2015, p. 211), ao se igualar às demais normas.³

A partir dessa constatação, faz-se necessário um órgão de controle que possa aferir a quebra da relação causal de inferência quando houver violação do parâmetro constitucional, impedindo a permanência de incompatibilidades no ordenamento jurídico (KELSEN, 2001), ou, ainda, para repulsar os desvios legislativos na elaboração de documentos normativos, em razão da insuficiência de análise da realidade fática ou no estabelecimento de prognoses.

No Brasil, é com a Constituição de 1988, que se descortina o paradigma do Estado Democrático Constitucional, sobretudo face à dimensão da Jurisdição Constitucional, recrudescida a partir da ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (BINENBOJM, 2001, p. 153; MARTINS; MENDES, 2009, p. 42 ss), a alteração na função a ser desempenhada pelo Ministério Público e, mormente, em razão do giro "ontológico" operado no Texto Magno (REALE, 1989), conferindo primazia aos direitos e garantias fundamentais.

Doutra banda, decorre do Constitucionalismo compromissório e dirigente (CANOTILHO, 2001, p. 11-12; COUTINHO, 2003), a compreensão de que o intérprete está imerso num contexto compartilhado de sentido (a Constituição), sendo-lhe permitido afastar a aplicação da norma jurídica, democraticamente construída, apenas quando diante da quebra da relação causal de inferência (STRECK, 2010, p. 164).⁴

Imperioso, ademais, identificar o marco teórico do qual se parte para engendramento do estudo. Desse modo, aportando-se na filosofia da linguagem, os sentidos não estão à livre disposição do intérprete, senão que este atribui sentido a partir do paradigma no qual está inserido (MOUSSALLEM, 2006, p. 27-28).

Em face de qualquer texto, a tarefa não será a de introduzir, direta e acriticamente, os próprios hábitos linguísticos, mas o que se exigirá será simplesmente a abertura à opinião do outro, notadamente a sociedade aberta de intérpretes, que compõem, ao lado da Corte Constitucional sujeitos participantes na compreensão de normas jurídicas, ou à do texto.

Entra em cena, pois, a noção de alteridade no texto, de modo que aquele que deseja compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Texto, desse modo, é evento.

A consciência formada hermeneuticamente tem que possibilitar a receptividade da alteridade do texto. É preciso, pois, deixar que, em primeiro lugar, o texto diga algo por se mesmo; deixar que o texto se apresente ao intérprete (LARENZ, 1997, p. 441). A compreensão somente ocorre a partir dos pré-conceitos do intérprete, que são muito mais que meros juízos

³ O argumento já se encontrava demonstrado, embora sem maior acuidade técnica no texto *O Federalista* (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 457-463).

⁴ São seis as hipóteses nas quais o Órgão Judiciário está autorizado a deixar a norma jurídica afastar a norma jurídica: a) quando inconstitucional, por meio de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; b) quando for o caso de aplicação de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando a regra contrariar o princípio, caso em que a regra cederá em face do princípio. (STRECK, 2012, p. 605-606). Para uma crítica à sexta hipótese, cf. ZANETI JR., 2017, p. 141.

individuais, mas a realidade do ser. Tais preconceitos não são arbitrários, pois a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias, com as quais ela se inicia, não são arbitrárias.

Trazendo os influxos da hermenêutica na filosofia para a Ciência Jurídica, têm-se a afirmação de que não existe um ponto arquimediano que possibilite ao intérprete se aproximar das questões jurídicas despido de sua estrutura de pré-conceitos. Todavia, cabe a ele, intérprete, no momento em que realiza um projeto interpretativo, suspender seus pré-conceitos em direção ao sentido projetado “objetivamente” pelo texto. O intérprete que se desprende do texto impondo-lhe a sua pré-concepção — ou a sua consciência — realiza um assassinato do texto e da pretensão de toda hermenêutica que é a correta interpretação.

Somente assim torna-se possível (1) a preservação da autonomia do direito; (2) o controle da interpretação judicial (limites à decisão); (3) o respeito à integridade e à coerência do direito; (4) o estabelecimento da fundamentação da decisão como dever fundante; (5) a garantia da causa julgada a partir da Constituição, com condições de aferir se a resposta está ou não adequada constitucionalmente (avançando, com Dworkin, é possível admitir uma resposta correta desde que (a) surja do caso concreto e (b) seja constitucionalmente adequada). (STRECK, 2014a).

Daí porquanto decorre do modelo de Estado Democrático Constitucional inteligido como premissa fundante, sustentar, ao lado da importância dos limites semânticos da Constituição, o controle de validade das leis em conformidade com esta. E, em havendo motivos constitucionalmente suficientes que permitam ao intérprete questionar a validade do ato legislativo (documento normativo) porque incondizente com o parâmetro de validade, é dado ao julgador, e, sobretudo, à Corte Constitucional, assomar-se dessa responsabilidade e acoimar de írrito o produto advindo do Órgão Legislativo.

Por fim, a democratização do controle de constitucionalidade perpassa a superação do entendimento de um processo constitucional dito objetivo, no qual somente se afere a contradição entre o objeto e o parâmetro, para admitir a análise de fatos, possibilitada com participação de uma “sociedade aberta de intérpretes” (HÄBERLE, 2002; ABOUD, 2016, p. 119-120), que auxiliarão na construção da decisão, à medida que se observa a admissão de *amici curiae*, que ganha vigor com o advento da Lei n. 13.105/15 (Código de Processo Civil), e a realização de audiências públicas, mas que já vinham sendo motivadas desde a edição das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99 (BINENBOJM, 2001, p. 160).

A verificação de fatos e prognoses legislativos no controle de constitucionalidade brasileiro

“Fatos legislativos” são circunstâncias analisadas pelo Órgão Legislativo antes da elaboração de um projeto de ato normativo, entendendo-se como tal todo e qualquer “fato real” (*realer Sachverhalt*) que tenha relevo para aplicação de uma norma e, portanto, em sentido mais amplo do que aquele conferido à “questão de fato” processual. Os fatos legislativos dividem-

se em (a) fatos históricos (*historische Tatsache*), (b) fatos atuais (*gegenwärtige Tatsachen*) e (c) eventos futuros (*zukünftige Tatsachen*), estes compreendidos como "prognose". "Prognose", do latim *pro* (que vem antes) + *gnosis* (conhecimento), significa "conhecimento antecipado", "conhecimento prévio", "conjectura", "suposição de algo que pode ocorrer no futuro".

A prognose, enquanto fundamento para o controle de constitucionalidade dos atos normativos, permite, ao lado dos fatos legislativos, aferir a consentaneidade entre o produto legislado e o substrato fático ao qual se destina ou os efeitos que do ato normativo se podia esperar, visando a dar maior coerência e integridade ao ordenamento jurídico, a nível legislativo, e ensejando a abertura democrática de discussão e de apresentação da implicação do novel estatuto. "Prognose", por isso mesmo, seriam as razões e os motivos para aprovação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda à Constituição, incumbindo ao Tribunal Constitucional verificar o grau de probabilidade de que o evento futuro venha a ocorrer.

O termo "prognose", contudo, conduz a uma ambiguidade que tem de ser superada. É preciso destacar que há distinção entre a indeterminação resultante da "incerteza condicionada pela linguagem" daquela decorrente da "incerteza da avaliação da situação concreta", do que advêm os conceitos indeterminados de prognose. Além de um terceiro significado de se tratar da prognose legislativa no momento da elaboração do documento normativo (AFFONSO, 2015).

Não se confunde, portanto, a ausência ou a falha de prognose do legislador na elaboração do documento normativo com aquela margem de livre decisão atribuída, conscientemente, pelo legislador ao administrador público, para que este preencha o sentido dos conceitos indeterminados mediante um juízo de prognose, ou ainda com a incerteza da linguagem no produto legislado.

Assim, conceitos indeterminados de prognose compreendem conceitos cuja complementação de sentido demandaria uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante juízo de aptidão formulado em razão do futuro-juízo de prognose. E, nesse caso, a margem de livre decisão, resultante das incertezas da avaliação da situação concreta, atribuída ao administrador, é insindicável pelo Órgão Judiciário. De outro lado, a incerteza condicionada pela imprecisão linguística é justificável (CANOTILHO, 2003, p. 1.317; SCHMIDT apud AFFONSO, 2015).

O Tribunal Constitucional, quando ultimado a se manifestar sobre determinado ato normativo em vista da prognose realizada pelo legislador e dos fatos levados por este em consideração, deve, primeiro, perquirir as circunstâncias acerca da formação do prognóstico, isto é, o grau de probabilidade de ocorrência futura. Em seguida, avaliar a base de prognóstico, ou seja, se o legislador tomou corretamente e em plenitude as circunstâncias para elaboração da avaliação prospectiva (fatos, dados, princípios, probabilidades etc). Num terceiro momento, investiga-se o procedimento da prognose, é dizer, se o legislador observou as normas de procedimento, se levou em consideração elementos alheios à prognose (se plausível, fundamentada, racional). Por fim, o resultado da prognose, o juízo futuro em sentido estrito, que poderá acoimar o ato normativo de inconstitucionalidade (AFFONSO, 2015, p. 102).

Comum, nesse aspecto, a referência ao célebre Caso *Brandeis Brief* (Caso Müller vs. Oregon – 1908) (BINENBOJM, 2001, p. 160), em que o advogado Louis D. Brandeis apresentou à Suprema Corte dos Estados Unidos memorial no qual dedicava duas páginas às questões jurídicas e cerca de uma centena aos efeitos (reais), sobre a mulher, da longa duração da jornada de trabalho, permitindo, com isso, “que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples ‘questão jurídica’ de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição” (MENDES, 1999b, p. 20).

As “leis de conveniência”, que partem da mera liberalidade do legislador, sem qualquer vinculação à Constituição ou ao contexto social e que, por vezes, violam direitos e garantias fundamentais, sem qualquer senso futuro de responsabilidade, devem, à luz dessas razões, ser afetadas ao controle de constitucionalidade e inquinadas de inconstitucionais. E é, precisamente, nesse sentido, que o exame da inconstitucionalidade pode demandar a comparação não apenas entre normas, mas também entre fatos e a Constituição (TAVARES, 2012, p. 219). Por outras palavras, é possível a realização do controle dos atos emanados do Órgão Legislativo quando este extravasa inadvertidamente a margem de ação estrutural ou epistêmica (JEVEAUX, 2015, p. 139-141).

Justifica-se, desse modo, a possibilidade de inconstitucionalidade por falta de prognose legislativa ou decorrente da não ou má verificação dos fatos legislativos considerados para elaboração da lei ou do ato normativo, em especial, em casos de ameaça ao interesse público, em virtude da irrelevância dos efeitos do ato legislativo ou em caso de desproporcionalidade nos resultados.

Há, todavia, limites funcionais à jurisdição constitucional (princípio da não-controlabilidade do âmbito da prognose legislativa) quando se tratar de espaço de livre conformação do legislador, o que não significa afirmar que juízos legislativos de prognoses possam contrariar imposições constitucionais (CANOTILHO, 2003, 1.316), tampouco violar direitos fundamentais (proibição de excesso, proibição de proteção deficiente, vedação ao retrocesso).

Espera-se que o legislador, comprometido com seu dever de assegurar os direitos fundamentais e promover a igualdade, realize a inovação ou a reforma legislativa atento aos fatos circundantes e antevendo possíveis efeitos do ato emanado, sob pena de correção pelo Órgão Judiciário (STRECK, 2014b, p. 708; AFFONSO, 2015, p. 104).

Reconheça-se, por isso mesmo, a existência de níveis de intensidade no plano do controle de constitucionalidade e que podem afiançar o desempenho da jurisdição constitucional, tais como (a) o controle de evidência (*Evidenzkontrolle*), isto é, reconhecimento de ampla margem de avaliação, valoração e conformação do legislador quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador forem visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico, sem que ocorra redução das liberdades individuais.

Ao lado dessa forma de controle, (b) o controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitkontrolle*), consistente na verificação de se a decisão legislativa foi tomada

após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei e a realização de prognósticos pelo legislador sobre as consequências da aplicação da norma; bem como (c) o controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*), aplicável às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual (note-se o caso do direito penal e processual penal), devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância. Nesse último caso, o Tribunal adentra ao próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador. (MARTINS; MENDES, 2009, p. 315-325 passim)

A confirmação, ou não, da prognose legislativa, perpassa, contudo, a abertura de um canal de comunicação entre os mais diversos segmentos sociais, que possam se manifestar perante a jurisdição constitucional, auxiliando esta no desempenho de sua função precípua de guardar a Constituição, preservando sua força normativa, exercer a função contramajoritária na defesa intransigente dos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, em proteção às minorias, e provocar a correção do produto legislado que esteja eivado de vícios, incondizentes com o texto maior.

A manifestação popular, entre outras medidas, pela admissão da participação dos *amici curiae* no julgamento de ações diretas de (in)constitucionalidade, é exemplo desse flanco democrático que encontra seu nascedouro na nova roupagem assumida pelo constitucionalismo. “A sociedade aberta de intérpretes” busca, com isso, “inserir os valores pluralistas da sociedade democrática como elementos da construção da jurisprudência do Tribunal Constitucional, mediante o maior acesso do cidadão a essa esfera de justiça” (ABBOUD, 2016, p. 119), o que não se traduz em reduzir o Órgão Judiciário a ratificador da vontade da maioria, contrariando as justificativas de sua existência, já antes expostas.

Nesse particular, Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99 trouxeram importantes inovações no que tange à autorização ao relator de “requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão”, ou mesmo “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (Lei n. 9.868/99, art. 9º, §1º).

De se perceber, com isso, que já no ordenamento jurídico brasileiro, possível identificar o afastamento de um modelo de controle de constitucionalidade fixado apenas no contraste entre normas para admitir a comunicação entre fato e norma (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*) (MENDES, 2017, p. 1.278).

Igualmente, sensíveis alterações no Código de Processo Civil de 1973, provocadas pela Lei n. 11.418 nos arts. 543-A e 543-C e, mais recentemente, pela Lei n. 13.105 (Código de Processo Civil de 2015), pelo art. 138, estão a confirmar a hipótese de que, paulatinamente,

admite-se o ingresso de terceiros interessados na solução da controvérsia, do que o controle de constitucionalidade, mesmo em abstrato, não poderia ficar alijado.

Afigura-se essencial, no entanto, o desenvolvimento de técnicas que possibilitem decisões racionalmente fundadas, a fim de satisfazer um dos princípios estruturantes do Estado Democrático Constitucional, enquanto dever fundamental de todo e qualquer Órgão Judiciário.

Não se pode cogitar a substituição do voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz, com decisões "intuitivas" ou "solipsistas", as quais colocam em xeque a premissa sustentada inicialmente, bem como a própria legitimação do controle de constitucionalidade e, em última análise, da própria jurisdição constitucional. A não-adoção de processos racionais de apreciação dos fatos e prognoses legislativos poderá ensejar decisões lastreadas apenas em bases personificadas ou segundo a opinião do próprio julgador.

A Corte Alemã⁵ utiliza diversos procedimentos racionais para realização de prognósticos, que podem servir de inspiração para o Supremo Tribunal Federal no desempenho do mister que lhe incumbe quando diante da necessidade de verificação de fatos e prognoses legislativos.

Destacam-se (a) o processo-modelo (*Modellverfahren*), procedimento importado das ciências sociais destinado a antever desenvolvimentos futuros a partir de uma análise causal-analítica de diversos fatores estáveis ou variáveis; (b) a análise de tendências (*Trendverfahren*), onde são perquiridas determinadas tendências de desenvolvimento em função do tempo; (c) processo de teste (*Testverfahren*), o qual propicia generalização de resultados de experiências ou testes para o futuro; (d) processo de indagação (*Befragungsverfahren*), no qual se indaga sobre a intenção dos partícipes envolvidos no processo (MENDES, 2000).

Tem-se, com isso, que a aferição de fatos e prognoses legislativos é controle de resultado (*Ergebniskontrolle*) e não controle do processo (*Verfahrenskontrolle*), até porque, para tanto, faltaria qualquer parâmetro de controle ou uma específica autorização constitucional. Não se trata de examinar como o legislativo examinou os fatos legislativos, mas o que, efetivamente, ele constatou (MENDES, 2000). O contrário seria vulnerar a separação dos poderes e desdizer o Estado Democrático Constitucional.

Conclusão

Através da verificação de fatos e prognoses legislativos, supera-se o mero contraste entre norma superior e norma inferior, urgindo a observação da realidade, mesmo em controle abstrato de constitucionalidade, de modo que o Tribunal Constitucional pode minimizar a

⁵ "Na Alemanha, a discussão acerca da exigência de prognose é antiga, podendo ser referido o caso da declaração de inconstitucionalidade da descriminalização do aborto e, mais recentemente, (*Leirsätze zum Urteil – des Ersten Senats von 9. Februar 2010 – BvL 1/09 – 1 BvL 3/09 – d1 BvL 4/09*), na temática do mínimo existencial, em que o Tribunal Constitucional referiu que o legislador incorreu em inconstitucionalidade porque não fez prognose (há um dever de o Legislativo demonstrar as razões pelas quais regulou ou não regulou e de que modo a matéria em foco). Também na decisão de 2012, sobre a mesma matéria, é possível vislumbrar uma cobrança de prognose (*Leirsätze zum Urteil – des Ersten Senats von 18. Juli 2012 -1 BvL 10/10 – 1 BvL 2/11*).” (STRECK, 2014b, p. 708)

insegurança e controlar a deficiência legislativa, o que não suprime a margem de liberdade do Órgão Legislativo.

A comunicação entre fato e norma, destarte, desponta como condição da própria interpretação constitucional, associada à participação democrática e, de conseguinte, legitimadora das decisões.

A adoção sem ressalva de fatos e prognoses legislativos poderia nulificar o próprio sentido de controle de constitucionalidade, vez que estaria petrificada a interpretação conferida pelo Órgão legiferante.

De outro modo, a negativa da Corte em examinar, tendo elementos disponíveis para tanto, corresponderia, ainda que de maneira inconsciente, a uma vinculação indesejável aos fatos legislativos pressupostos ou fixados pelo legislador, implicando o reconhecimento de uma renúncia ao controle efetivo da legitimidade das leis.

Faz-se necessário, contudo, perquirir técnicas racionais de exercício do controle de fatos e prognoses legislativos, a fim de que não se contrarie as premissas estabelecidas para sua autorização. A experiência alienígena pode em muito contribuir nesse sentido.

Referências

- ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- AFFONSO, Flávia Martins. O conceito indeterminado de prognose e a Lei n. 12.411/2011. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). Processo e jurisdição constitucional. Brasília: IDP, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Forense, n. 384, ano 102, p. 71-104, mar.-abr., 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 139-164.
- BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conhecimento parcial e denegação, nesta parte, da ordem de habeas corpus. Habeas Corpus n. 96.759. José Evanildo Bezerra Almeida e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 28 fev. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 11 jun. 2012.
- BRITO, Davi Rodrigues. O controle judicial de leis por erros de prognoses segundo o consequencialismo de Neil MacCormick. Direito Público. Porto Alegre, IOB; IDP, ano 9, n. 49, p. 09-23, jan.-fev, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

- _____. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Canotilho e a constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. Teorias do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.
- KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). Sub Judice. Justiça e Sociedade, Coimbra: DocJuris, v. 20-21, p. 9-32, 2001.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868/99. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: _____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto brasileiro de Direito Constitucional, 1999a.
- _____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 88, vol. 766, ago. 1999b. Fascículo Cível, Primeira Seção, p. 11-28.
- _____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, n. 8, jan. 2000.
- _____. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Noeses, 2006.
- REALE, Miguel. Estrutura da constituição de 1988. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 175, p. 1-8, jan./mar., 1989.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, Jorge. Desviación de poder y discrecionalidad del legislador. Revista de Administración Pública, ns. 100-102, enero-diciembre, p. 1527-1554, 1983.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Revista NEJ – Eletrônica, Vale do Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr. 2010.
- _____. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.
- _____. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

_____. Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência política e teoria geral do estado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANETI, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Diálogos entre o CPC/2015 e o processo penal: o contraditório prévio e o instituto da *emendatio libelli*

Nádia Ceccon Libardi¹

Resumo: O objetivo do presente ensaio é analisar a possibilidade de aplicação do artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015 – relativo à regra do contraditório prévio – ao instituto da *emendatio libelli*. Em um primeiro momento, busca-se fixar como premissa a possibilidade de aplicação das disposições do atual CPC ao âmbito do processo penal. São analisados também o princípio do contraditório prévio em sua feição substancial, o princípio da correlação entre a acusação e a sentença na seara processual penal, assim como aspectos gerais relativos aos institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli*. Ao fim, questiona-se acerca da possibilidade de aplicação do art. 10 do CPC, que prevê a regra do contraditório prévio e veda as decisões-surpresa, ao âmbito do processo penal, mais especificamente no que tange ao instituto da *emendatio libelli*.

Palavras-chave: CPC/2015; Contraditório Prévio; Processo Penal; *Emendatio libelli*.

Introdução

O atual Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015, buscou um maior alinhamento das disposições processuais aos princípios e garantias constitucionais, e trouxe inovações não somente para o âmbito do processo civil, repercutindo, também, em outras searas, como o processo penal.

Em que pese a doutrina ainda não ter produzido robusto material sobre o assunto, várias são as possibilidades de aplicação das disposições do novo *codex* ao processo penal², o que ultrapassa, em muito, as ambições e limites deste ensaio.

Todavia, uma inovação em particular chamou-nos a atenção. Trata-se do art. 10 do CPC/15, o qual veda ao magistrado, em qualquer instância, julgar com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, vedando,

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UFES. Especialista em Ciências Criminais (FDV). Pós-graduanda em Direito Processual Civil (FDV).

² A respeito de algumas possibilidades de aplicação do CPC/15 ao processo penal, conferir CABRAL, Antonio do Passo; PACELII, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016.

neste sentido, as decisões surpresas ou de “*terza via*” (terceira via, em tradução livre), como dizem os italianos.

Neste sentido, o presente estudo tem o propósito de analisar a possibilidade de aplicação do art. 10 do CPC/15 – o qual dispõe sobre a regra do denominado “contraditório prévio” – ao instituto da *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do Código de Processo Penal.

Aplicação do código de processo civil à legislação processual penal e a teoria geral do processo

Inicialmente, antes de prosseguirmos ao mérito deste estudo, importa fixarmos uma premissa imprescindível ao mesmo, qual seja: se e em que medida a legislação processual civil aplica-se à legislação processual penal, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao buscarmos os dispositivos legais que disciplinam a matéria, nos deparamos primeiramente com o art. 15 do Código de Processo Civil³, o qual determina serem as disposições deste código aplicáveis supletiva⁴ e subsidiariamente⁵ aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos.

Vale destacar, que na proposta originária apresentada ao Senado Federal incluía-se à redação do referido dispositivo a previsão expressa de aplicação do então novo CPC ao processo penal⁶. Todavia, durante os debates no Congresso Nacional, tal previsão foi suprimida, quando da discussão e votação do projeto na Câmara dos Deputados.

Pois bem. Em que pese tal fato, não nos parece tenha sido intenção do legislador afastar por completo a interlocução entre estas duas searas do processo – civil e penal. Muito pelo contrário.

À uma, pois, conforme nos lembra Rodrigo Mazzei⁷, o rol previsto no art. 15 do CPC é meramente exemplificativo, na medida em que a novel legislação processual civil, em diálogo

³ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁴ Aplicação supletiva é aquela em que se utiliza de uma legislação para complementar outra, que disse menos do que gostaria de dizer. É a hipótese, por exemplo, do art. 1.046, § 2º do CPC/15, que assim dispõe: “Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.

⁵ Aplicação subsidiária, por sua vez, pressupõe a completa omissão da legislação que se complementa em relação a determinado instituto processual. Temos como exemplo o art. 771 do CPC/15: “Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva”.

⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um Processo Penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência: aplicabilidade dos art.s 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 69.

⁷ “A leitura apressada do art. 15 do CPC/15 pode ocasionar o incorreto entendimento de que não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura esta que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraindo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria nos processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. A premissa é falsa, pois o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Na verdade, percebe-se

com o texto constitucional, veio estipular as diretrizes centrais do processo comum, podendo ser aplicado a todas as searas, desde que haja *omissão* e *compatibilidade*.

À duas, pois, nesta mesma linha de pensamento, predomina na doutrina brasileira o entendimento pela existência de uma Teoria Geral do Processo⁸, de pretensão universal, considerando os pontos de intersecção entre as diversas espécies de processo (civil, penal, trabalhista, eleitoral, administrativo), principalmente no que toca aos seus aspectos e conceitos fundantes (jurisdição, ação, procedimento, nulidades, etc.).

Ademais disso, o próprio art. 3º do Código de Processo Penal⁹ prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica¹⁰, construindo um elo de conexão com a sustentada teoria geral do processo, e um espaço de ligação entre os citados ramos do direito processual.

Ora, a incidência da legislação processual civil à seara processual penal não constitui matéria nova, mas trata-se de fenômeno observado já desde a vigência do CPC de 1973.

O Código de Processo Penal consagra dispositivos que fazem expressa remissão à aplicação da legislação processual civil, do que são exemplos os artigos 139 (segundo o qual o depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil) e 362 (que determina a aplicação do regramento do CPC relativo à citação por hora certa).

Também o Supremo Tribunal Federal admite hipóteses de aplicação subsidiária do CPC ao processo penal, ante a omissão normativa deste: aplicação do art. 408 do CPC/1973 e a substituição de testemunhas (Ação Penal nº 470/STF); e aplicação do art. 557 do CPC/1973 e a possibilidade de julgamento monocrático no processo penal (Habeas Corpus nº 104.548/STF).

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha, possui entendimento pacífico quanto à possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo penal, com fundamento no mesmo art. 3º do CPP (Habeas Corpus nº 71.614/SP).

que o novo diploma processual civil funciona como fonte que emana um processo comum, com objetivo de dialogar com todos os diplomas orbitais, bastando, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção" (MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 529).

⁸ Nos dizeres de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: "Teoria geral do processo é um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. É também, por outro aspecto, a condensação metodológica dos princípios conceitos e estruturas desenvolvidos setorialmente com vista a cada um desses ramos, considerados aqueles em seus respectivos núcleos essenciais e comuns a todos eles, sem descer às peculiaridades de cada um". (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, P. 27)

⁹ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

¹⁰ A interpretação extensiva é a ampliação do conteúdo da lei quando a norma disser menos do que deveria. Este é o caso, por exemplo, da norma constitucional que diz ser a casa asilo inviolável e do entendimento que estende tal garantia para o escritório. A analogia, a seu turno, é uma forma de autointegração da lei, através da qual se aplica a um fato não regido pela norma uma disposição legal aplicada a fato semelhante.

Indo um pouco mais além, sustentamos, neste ensaio, que a nova legislação processual civil, na medida em que densificou uma gama de princípios constitucionais de índole processual (a exemplo do princípio do contraditório e do dever de motivação das decisões judiciais), deve ser aplicada também ao processo penal, ainda nas hipóteses em que não haja omissão normativa da legislação atinente a este, e desde que esta mesma aplicação traduza, na prática, um maior alinhamento do processo penal ao perfil democrático-constitucional. Disserta Franklyn Roger Alves da Silva¹¹:

Nas hipóteses em que o CPP contiver disposição normativa contrária ao texto do CPC/2015, acreditamos que sua aplicabilidade dependerá de uma interlocução positiva com o texto constitucional em detrimento do texto da disciplina adjetiva penal, pois, do contrário, prevalecerá o nosso velho Código de 1941, diante da regra constante de seu art. 3º.

Tal tese se sustenta, ainda, ante a impossibilidade de fundamentarmos um cenário em que o processo civil, novo e constitucionalizado, disponha de maiores garantias do que o processo penal.

Neste sentido, sempre que uma norma processual civil densificar direitos fundamentais e princípios constitucionais, deve-se buscar sua aplicação à seara processual penal, quando esta for menos protetiva, ainda que não lacunosa. Sobre o tema, interessante a lição de Américo Bedê Júnior¹²:

Cabe destacar que, embora prevista em dispositivos do CPC, qualquer garantia relevante deve ser aplicada no processo penal. De fato, é inconcebível que o processo civil proteja de modo mais eficiente as partes do que o processo penal. Não que exista hierarquia entre cada ramo do direito, porém não se pode perder de vista que as normas processuais que densificam direitos fundamentais são, na verdade, heterotópicas e devem ser aplicadas em todas as searas jurídicas.

Com esta conclusão, e firmadas tais premissas, passamos adiante à análise do art. 10 do Código de Processo Civil de 2015, e sua repercussão no âmbito do contraditório.

A regra do contraditório prévio no Código de Processo Civil de 2015 (art. 10º)

O atual Código de Processo Civil, que veio a substituir o diploma de 1973, foi elaborado já no contexto de vigência da atual Constituição Federal da República, e tem como

¹¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um Processo Penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência: aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 71

¹² BEDÊ JUNIOR, AMÉRICO. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 262.

principal missão traduzir um maior alinhamento do processo civil às disposições e garantias constitucionais, denotando um verdadeiro processo civil constitucionalizado.

Nesta toada, o Código de Processo Civil de 2015 buscou densificar uma gama de normas e princípios fundamentais processuais previstos no texto constitucional, do que é exemplo o princípio do contraditório. Conforme afirma Alexandre Câmara¹³, “Este é, dos princípios fundamentais do processo, o que se revela como sua nota essencial. Em outros termos, o que se quer dizer com isso é que o contraditório é a característica fundamental do processo”.

Inicialmente, o contraditório era visto como o dever de ciência bilateral dos atos e a possibilidade de contraditá-los (binômio “informação + reação”). Modernamente, entretanto, ante uma concepção democrática de processo, esta conceituação de contraditório não se demonstra mais suficiente a promover o acesso à justiça e a uma tutela efetiva justa, impondo-se, igualmente, o dever de propiciar às partes uma participação real e efetiva na realização do provimento jurisdicional.

Trata-se de uma concepção mais ampla do princípio do contraditório, que pressupõe um diálogo entre as partes e o juiz¹⁴, sendo, neste sentido, o pilar do processo civil contemporâneo. Sobre o ponto, aduz Carlos Alberto Álvaro de Oliveira¹⁵:

Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los. Tal concepção, convém sublinhar, encontra-se ainda fortemente atrelada ao prejuízo antigo de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo juiz, sem a interferência das partes. A realidade, porém, é muito mais complexa, a impor permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual. Ora, essa colaboração só se ostenta possível, do ângulo visual das partes, quando sabem elas ou podem saber de que depende, no caso concreto, o ponto de vista do órgão judicial. De modo nenhum pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apoie, em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não tenham apercebido, ou considerada sem maior significado¹⁶.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 25.

¹⁴ “Hoje, exige-se um contraditório participativo, em que o juiz dialogue com as partes, e não apenas as escute. Ao expor suas opiniões ou os possíveis reflexos das alegações e das provas que estão sendo objeto de sua cognição, o juiz confere às partes a oportunidade de acompanharem o seu raciocínio e de influenciarem na formação do seu juízo, do seu convencimento”. (GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 5 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 514).

¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. In: Revista de Processo. Ano 19, n. 73. São Paulo: Editora RT, jan./mar., 1994, p. 10.

¹⁶ “O contraditório, outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado. [...] O que prevalece, portanto, é que o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um diálogo entre o juiz e as partes, garantindo ao processo “uma atividade verdadeiramente dialética”, em proporções que possam redundar não só em um procedimento justo, mas também em uma decisão justa, quanto possível” (THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol 1. 56 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 110-111).

Desta forma, a decisão judicial deve ser construída a partir de intenso debate entre as partes interessadas e o magistrado, vendendo-se uma atitude solipsista deste¹⁷. Qualquer fundamento, inclusive os relativos a matérias cognoscíveis de ofício, devem ser submetidos ao crivo do contraditório.

E esta é concepção de contraditório trazida no bojo do Código de Processo Civil de 2015. Conforme afirmam Américo Bedê Jr. e Juliana Justo Castello¹⁸:

[...] o Novo Código de Processo Civil disciplina o exercício da garantia do contraditório em várias de suas disposições. Em todas essas disposições, todavia, é possível encontrar uma linearidade: a premente necessidade em exercitar a garantia do contraditório antes do pronunciamento judicial – de forma prévia – afastando, com isso, surpresas e oportunizando a construção em conjunto da decisão.

Nesta linha, uma das grandes novidades do atual Código de Processo Civil, portanto, encontra-se positivada em seu art. 10º, o qual impõe ao juiz a vedação de decidir, em qualquer grau de jurisdição, sobre fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício¹⁹. Qualquer fundamento, no sentido exposto pelo legislador, implica fundamento de fato ou fundamento de direito.

Neste esteio, o art. 10º do CPC, denominado pela doutrina de regra do “contraditório prévio”, busca evitar a prolação das chamadas “decisões-surpresa”, isto é, aquelas decisões proferidas pelo magistrado sem que se tenha permitido previamente às partes a oportunidade de influenciar na sua decisão²⁰⁻²¹.

¹⁷ “O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual” (CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 26).

¹⁸ BEDÊ JR., Américo; CASTELLO, Juliana Justo B. A garantia do contraditório prévio no Novo Código de Processo Civil: repercussões na tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 248.

¹⁹ De acordo com Walder Queiroz dos Santos, “Do ponto de vista teórico, não se trata propriamente de uma novidade. A vedação da decisão surpresa, no sistema processual civil brasileiro, é conteúdo do direito fundamental ao contraditório [...]. Entretanto, do ponto de vista pragmático, trata-se de uma inovação em um Código de Processo Civil já que, pela primeira vez, ter-se-á no Brasil a regra da vedação aos órgãos jurisdicionais de proferirem decisão surpresa” (SANTOS, Walder Queiroz dos. A vedação à prolação de decisão surpresa na Alemanha. In: Revista de Processo. Ano 40, n. 240. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev./2015, p. 426). Américo Bedê Jr. e Juliana Justo B. Castello também afirmam que o contraditório prévio já se impunha antes mesmo da edição do CPC/15: “O Novo Código de Processo Civil é marcado por claras e explícitas referências a princípios constitucionais, com invocação do contraditório prévio, o que é digno de nota. Mas, o exercício do contraditório prévio e o repúdio à construção monológica da decisão, sem oportunidade de influência das partes, já eram defendidos com vigor antes” (BEDÊ JR., Américo; CASTELLO, Juliana Justo B. A garantia do contraditório prévio no Novo Código de Processo Civil: repercussões na tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 251).

²⁰ Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

²¹ No mesmo sentido, aduz Franklyn Roger Alves Silva (p. 79): “O que se pretende evitar é a chamada ‘decisão-surpresa’ e por isso o art. 10 do novo CPC inaugura, de acordo com os processualistas civis, um princípio que veda a possibilidade de utilização de argumentos que não tenham sido debatidos ou ao menos ventilados durante a relação processual”.

O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, ao discutir tal dispositivo, editou o Enunciado nº 282, que assim dispõe: “Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10”.

Desta forma, o referido enunciado não contradiz o brocardo em latim “*da mihi factum, dabo tibi jus*”, ou, ainda, a regra do “*iuria novit curia*”²², mas orienta o juiz a, antes de proceder à alteração da qualificação jurídica dos fatos trazida pelas partes, abrir oportunidade para estas se manifestarem, privilegiando o contraditório prévio e participativo.

De fato, sob a nova concepção de contraditório, soaria arbitrário permitir ao juiz julgar com base em regra não debatida ou ignorada pelas partes, da mesma forma que se busca evitar, com tal vedação, uma decisão potencialmente equivocada, na medida em que se oportuniza um debate entre as partes do processo sobre a melhor aplicação do Direito.

Com isso, o contraditório passa a possibilitar não apenas participação, mas uma divisão equânime de trabalho entre os sujeitos processuais, conferindo a possibilidade de interlocução ativa e não episódica, com o exercício de um conjunto de controles, influências e escolhas na atividade de investigar o material jurídico e fático da causa.²³

Neste sentido, a regra do contraditório prévio insculpida no art. 10 do CPC/15 veio alinhar a legislação processual civil às disposições constitucionais e positivizar, no plano infraconstitucional, a concepção moderna do princípio do contraditório – que pressupõe não apenas a ciência dos atos processuais e o poder de contraditá-los, mas também a oitiva prévia sobre qualquer questão de direito a respeito da qual o juiz deva decidir.

Princípio da correlação entre acusação e sentença no Processo Penal e o instituto da *emendatio libelli*

O instituto da *emendatio libelli* encontra-se expressamente previsto no art. 383 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

²² “[...] o brocardo *iuria novit curia* que continua aplicável, somente autorizará a mudança da qualificação jurídica dos fatos alegados no processo, se as partes tiverem tido a oportunidade de se pronunciar sobre o novo enquadramento legal antes da decisão. A finalidade da regra é exatamente evitar a decisão surpresa, ou, como denomina a doutrina italiana, ‘*decisione della terza via*’”. (BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 357-378).

²³ BEDÊ JR., Américo; CASTELLO, Juliana Justo B. Castello. A garantia do contraditório prévio no Novo Código de Processo Civil: repercussões na tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (Org.). Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 252

Antes de adentrarmos ao estudo do tema, entretanto, impõe-se tecer algumas breves considerações acerca do princípio acusatório e do princípio da correlação entre acusação e sentença.

Conforme cediço, historicamente, existiram ou existem no processo penal dois sistemas ou modelos antagônicos, a saber: o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, cuja diferenciação reside, primordialmente, na posição dos sujeitos processuais e na gestão da prova.

No sistema inquisitivo, cuja nomenclatura remete à Inquisição – tribunal eclesiástico instituído pela Igreja Católica no início do século XVIII – as funções de acusar, defender e julgar concentram-se na figura do juiz.

Desta forma, sob tal perspectiva, o processo pode instaurar-se por iniciativa do julgador, o qual também detém amplos poderes probatórios na busca de uma pretensa verdade material. Neste contexto, o acusado não é parte detentora de direitos e garantias – como o contraditório e a ampla defesa – mas mero objeto do processo, o qual ainda é marcado por sigilosidade.

O sistema acusatório, a seu turno, remonta ao Direito grego²⁴, e é marcado pela plena distinção entre os sujeitos que ocupam as funções de acusar, defender e julgar. Acusador e defesa ocupam posições paritárias, e o juiz não possui nenhuma iniciativa probatória, sendo mero expectador da atividade das partes, que é regida pelos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Além disso, o processo, em regra, é público e presume-se a inocência do réu até a superveniência de um decreto condenatório²⁵.

Vale dizer que tais sistemas, tais quais descritos acima, tratam-se de modelos ideais, de maneira que, na prática, não se verifica nenhum ordenamento jurídico com exata correspondência aos mesmos. Todavia, os ordenamentos tendem a aproximar-se mais de um ou outro sistema, havendo até mesmo quem defenda a existência de um sistema misto²⁶, também chamado por alguns de acusatório formal ou inquisitivo-garantista.

²⁴ Cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 58.

²⁵ A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo.[...] sob o ponto de vista do acusado, a diferença fundamental é que, no modelo inquisitório, o acusado não era um sujeito de direito, mas sim um objeto do processo, uma fonte detentora de toda a verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, pelo inquisidor, ainda que mediante tortura. [...] Já no modelo acusatório o acusado é um sujeito de direito, a quem se assegura a ampla defesa, com o direito de produzir provas aptas a demonstrar a versão defensiva de um lado, e sendo-lhe assegurado, de outro, o direito ao silêncio (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 88-89).

²⁶ “Trata-se de sistema que se afasta de um modelo puro, aproximando-se por vezes mais de um sistema inquisitivo, e, por outras, de um sistema acusatório. Daí a menção, por parte da doutrina, a um sistema inquisitivo-garantista, espécie de modelo intermediário, caracterizado pelo atendimento de garantias constitucionais – a exemplo do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e da publicidade –, porém com poderes instrutórios fortes nas mãos do juiz (gestão de prova ex officio)” (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 58).

O modelo processual penal adotado, entretanto, reflete diretamente a opção política do Estado e sua relação com os indivíduos. Aury Lopes Jr., citando James Goldschmidt, afirma que “a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição”²⁷. Nesta esteira, o modelo inquisitivo, tal qual descrito acima, é incompatível, por exemplo, com uma concepção democrática de Estado.

A doutrina pátria, majoritariamente, classifica o sistema processual penal brasileiro como misto. Sem adentrarmos a este debate, vez que extrapola os limites deste ensaio, perfilhamo-nos à doutrina de Aury Lopes Jr., segundo a qual, partindo-se do pressuposto de que não existem mais sistemas puros, a questão cinge-se em identificar qual o princípio informador de cada sistema, no que conclui que o modelo constitucional brasileiro adota o princípio acusatório²⁸.

O autor sustenta sua afirmação no fato de a Constituição Federal atribuir a tarefa de acusação ao Ministério Público (art. 129) – separando, desta forma, as funções de acusar e julgar –, bem como nas garantias processuais previstas no texto constitucional, tais como o princípio do contraditório e do juiz natural. No mesmo sentido aduzem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues²⁹:

[...] o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado”.

Desta forma, conclui-se que, de acordo com a Constituição Federal, o princípio informador do processo penal brasileiro é o princípio acusatório, de forma que, apesar de misto, o sistema brasileiro deve pender o tanto quanto possível para este modelo.

Pois bem. Fixada tal premissa, é forçoso concluir que, tal qual mencionado anteriormente, no âmbito do sistema acusatório, é vedado ao juiz iniciar atividade persecutória *ex officio*, impondo-se ao mesmo que se mantenha em estado de inércia, somente podendo atuar quando invocado pelas partes e na medida desta invocação. Em se admitir o contrário, o juiz assumiria a função de acusador, resvalando-se para o modelo inquisitivo.

Neste sentido, emerge o princípio da correlação ou congruência entre acusação e sentença, o qual determina que *o objeto da sentença seja o mesmo objeto da imputação*³⁰, sob pena de violação aos citados princípios.

²⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 40.

²⁸ Cf. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 885.

²⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 57.

³⁰ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 536.

Ou seja, o réu somente pode ser julgado pelos fatos descritos na inicial acusatória. As sentenças que julgarem para além destes são consideradas *extra* ou *ultra petitas*, e padecerão do vício da nulidade.

Por outro lado, a sentença que julgar aquém dos fatos descritos na denúncia ou na queixa classifica-se como *citra petita*, e, neste caso, haverá necessariamente violação ao princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Nesta hipótese, reconhecendo a omissão, o tribunal deverá declarar a sentença válida na parte em que houve o julgamento e determinar a respectiva baixa dos autos ao primeiro grau para que o juiz se manifeste acerca da parte omissa.

Pode ocorrer, entretanto, situações em que, no curso da instrução processual, surjam novos fatos para além dos descritos na inicial acusatória, ou que, sem que ocorra a alteração dos fatos, o juiz entenda dever atribuir aos mesmos definição jurídica diversa da apresentada pela acusação. São estas as hipóteses, respectivamente, da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli*.

A *emendatio libelli* encontra previsão no art. 383 do CPP, transcrito no início deste tópico, e ocorre quando o juiz, sem considerar fato diverso do previsto na denúncia ou na queixa, subsume aqueles descritos na inicial acusatória a outro tipo penal que não o indicado pela acusação.

Assim, permanecem inalterados os fatos, mas muda-se a definição jurídica a eles atribuída, ainda que isso implique em aplicação de pena mais grave.

Apenas a título de informação, trata-se de previsão muito similar à contida no art. 74 do Código de Processo do Trabalho português, que permite ao juiz condenar em quantidade superior ao pedido ou em objeto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos fatos de que possa servir-se, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

O instituto citado constitui a consagração, no plano do processo penal, da já citada máxima "*da mihi factum, dabo tibi jus*" (narra-me os fatos e lhe darei o direito), possibilitando ao juiz criminal que atribua qualificação jurídica diversa aos fatos imputados ao acusado.

Por outro lado, a "*mutatio libelli*", prevista no art. 384 do CPP, pressupõe alteração nos próprios fatos, podendo ou não ser alterada a definição jurídica. Ocorre quando, durante a instrução processual, verifica-se a existência de elemento ou circunstância diversa da narrada na inicial.

A redação do art. 384 do CPP faz menção ao surgimento de prova, após a instrução processual, de elemento ou circunstância não descrita na acusação.

Elemento do tipo é aquele compõe a sua estrutura, cuja ausência de verificação fática implica necessariamente em não subsunção da conduta ao ilícito penal. Nestes casos, a conduta pode passar a ser atípica ou subsumir-se a outro tipo penal. É o exemplo da qualidade de funcionário público, que é elemento do delito de prevaricação (art. 319 do CP).

A circunstância, por sua vez, é um dado accidental ou acessório, que influi no aumento ou na diminuição da pena, mas o tipo fundamental continua o mesmo. Este é o exemplo da

violenta emoção, que agrega uma qualidade especial ao crime de homicídio e constitui causa de redução da pena (art. 121, § 1º do CP).

Ora, se deve haver correlação entre a imputação penal e a sentença, o surgimento de prova a respeito de um elemento ou circunstância não descrito na inicial acusatória impõe necessariamente o aditamento desta, sob pena de violação ao princípio acusatório. Admitir o contrário implicaria conceder iniciativa acusatória ao magistrado.

A aplicação da regra do contraditório prévio (art. 10 do CPC/2015) ao instituto da *emendatio libelli* no Processo Penal

Conforme visto no tópico anterior, o princípio da correlação entre acusação e sentença trata-se de decorrência lógica do princípio acusatório – adotado pelo nosso texto constitucional – e impõe restrições ao poder de julgar do magistrado, o qual deve ater-se aos limites da imputação penal contida na inicial acusatória.

A correlação vincula-se, portanto, diretamente com a imputação, de modo que o dispositivo da sentença não pode estar além ou aquém desta. A sentença que decide para além dos limites da imputação constitui sentença nula³¹.

Mas o que é a imputação? Nos dizeres de Gustavo Badaró,

Imputar quer dizer atribuir um fato penalmente relevante a alguém. No processo penal, a imputação é o ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal. É a formulação da pretensão penal.

[...]

A imputação é a afirmação do fato que se atribui ao sujeito, a afirmação de um tipo penal e a afirmação da conformidade do fato com o tipo penal. Em síntese, trata-se da afirmação de três elementos: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma³².

Neste sentido, considerando que a imputação não é constituída apenas de uma base fática³³, mas também da norma que se diz incidir sobre o fato, a alteração na qualificação jurídica deste necessariamente implica na alteração da própria imputação.

³¹ Neste sentido: “A violação da regra da correlação entre acusação e a sentença é causa de nulidade absoluta, pois ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, conseqüentemente, o devido processo legal” (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 609).

³² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 83.

³³ A base fática da imputação é o objeto do processo penal. Sobre o tema, disserta Gustavo Badaró: “Importante destacar que, se o objeto do processo penal é a pretensão processual penal, e sendo a imputação o meio pelo qual se formula tal pretensão, o objeto do processo penal não pode ser a imputação, que é o veículo da pretensão. Por isso, o objeto do processo penal não é a imputação, mas sim aquilo que foi imputado, isto é, o objeto dessa imputação. [...] O objeto da imputação é o fato que foi atribuído a alguém. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 81 e ss.)

E a sentença que não respeitar a imputação inicial ou, alterando-a, não abrir espaço para contraditório, padecerá necessariamente do vício de nulidade.

O fato narrado só tem valor quando ligado à norma incriminadora, só dessa forma é fato típico, sendo difícil aceitar que a mudança na qualificação não represente diversa valoração do fato, como se um fato considerado homicídio fosse da mesma forma valorado se qualificado como lesão corporal seguida de morte. Esta estreita vinculação entre o fato e a norma faz com que o contraditório deixe de estar limitado à questão de fato, para abranger também o debate sobre a norma jurídica aplicável a uma situação substancial³⁴.

Na *emendatio libelli*, conquanto não haja alteração fática, isto é, os fatos permaneçam os mesmos, ao juiz é dada a permissão de enquadrá-los em tipo penal diverso do imputado pela acusação, sob o fundamento de que o acusado se defende dos fatos, e não da qualificação jurídica destes. Esta, inclusive, é a posição de grande parcela da doutrina:

Se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tenha havido uma errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento do fato que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória.³⁵

O juiz passa a poder decidir, portanto, sobre questão não submetida ao contraditório das partes – questão de direito –, o que já era objeto de crítica por parcela da doutrina processual penal antes mesmo da edição do atual Código de Processo Civil, sob o argumento de violação à garantia fundamental do contraditório. Neste sentido, lá nos idos dos anos 2000, Gustavo Badaró já tecia a seguinte advertência:

Toda a preocupação em torno do princípio do contraditório, com a necessidade de informação e reação, com a obrigatoriedade do juiz submeter o material processual ao prévio conhecimento das partes, e tantas outras manifestações do princípio *audita et altera pars*, tradicionalmente aparecem ligadas apenas ao material probatório. [...]

Recentemente, porém, a preocupação com a efetividade do contraditório mostrou que deve ele incidir também sobre as questões de direito. E não havia razão para a exclusão de tais matérias.

³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. A correlação entre imputação e sentença no Brasil. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 18, n. 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul.-ago./2010, p. 349.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal: vol. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 320. No mesmo sentido, aduz Eugenio Pacelli: "Não se exige, então, a adoção de quaisquer providências instrutórias, bastando a prolação da sentença com a capitulação jurídica (do fato) que parecer mais adequada ao juiz. Nem mais, nem menos, sobretudo porque o réu não se defende da capitulação, mas da imputação da prática de conduta criminosa. Por isso, ainda que da nova definição jurídica resulte pena mais grave, não haverá qualquer prejuízo à defesa (pelo menos em face do Direito)" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 649.

Certamente, a origem dessa mutilação do contraditório encontra-se ligada à máxima *iuria novit curia*, ou, caracterizando de forma mais ampla a distinção entre a *quaestio facti* e a *quaestio iuris*, no brocardo *narra mihi factum, dabo tibi ius*.

A exigência de um contraditório sobre as regras jurídicas ou juízos de direito não afasta o “mal compreendido princípio *iuria novit curia*”. A exigência do contraditório prévio à decisão não significa que o juiz não possa dar aos fatos narrados pela parte uma outra definição jurídica ou decidir diversamente uma questão de direito. Todavia, para assim agir, deve “fazer observar e observar ele mesmo o contraditório”, permitindo que as partes se manifestem sobre a norma a ser aplicada ou sobre a *quaestio iuris*. Deve-se procurar evitar a decisão surpresa não só em relação ao material probatório, mas também em relação à matéria de direito debatida.³⁶

A questão revela-se ainda mais sensível quando partimos do pressuposto de que, exatamente por integrar a imputação, o acusado se defende também da classificação jurídica aduzida na inicial acusatória, e não somente dos fatos nesta descritos.

A classificação do crime, portanto, integra o fato processual, ao lado do fato natural (*fato processual = fato natural + fato penal*), e constitui matéria de defesa, devendo ser submetida a contraditório. Neste sentido, preciosa a lição de Aury Lopes Jr³⁷:

É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor também debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É óbvio que a defesa trabalha – com maior ou menor intensidade, dependendo do delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular em que irá desenvolver suas teses.

De fato, a questão de direito nem sempre se restringe a um simples processo de subsunção, este mesmo submetido a um *iter* muito complexo. Conforme afirma José Carlos Barbosa Moreira³⁸, a motivação da decisão judicial se desdobra em diversas etapas: qualificação jurídica dos fatos, determinação da regra de direito aplicável, controle de validade da regra e as diversas interpretações que esta mesma regra enseja.

Sob uma perspectiva de contraditório pleno, não nos parece que todas estas questões de direito possam ser subtraídas das considerações das partes.

Em que pese tais apontamentos, a doutrina e a jurisprudência majoritárias sempre insistiram em afirmar que o juiz poderia proceder à alteração da qualificação jurídica dos fatos, na hipótese do art. 383 do CPP, sem ouvir a defesa, sob o senso comum teórico de que o réu se defende tão somente dos fatos.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 32-33.

³⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 888.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Les raisonnements juridique des décisions de Cours d'Appel. Temas de Direito Processual: quinta série. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 123.

Como demonstrado, tal afirmativa não procede. E as críticas à mesma já vinham sendo construídas muito antes da vigência do CPC/15, com base no fundamento constitucional do princípio do contraditório (art. 5º, inciso LV da CF/88), justamente com vistas a se evitar a prolação de decisões surpresa³⁹⁴⁰.

Se antes a imposição da observância do contraditório quando da aplicação do instituto da *emendatio libelli* pelo juiz pressupunha uma leitura constitucional do art. 383 do CPP, agora tal argumento é reforçado a partir da aplicação do art. 10 do CPC/15 ao processo penal.

Conforme afirmado em momento anterior, a nova regra do contraditório prévio previsto na legislação processual civil é clara em estabelecer a necessidade de abrir espaço para manifestação das partes sobre fundamentos que as mesmas não tenham debatido, sejam eles de fato ou de direito, antes da prolação da decisão.

Tal inovação conferiu maior concretude e amplitude ao princípio do contraditório no processo civil, e deve ser aplicada no âmbito do processo penal, ainda que se entenda – o que se admite apenas a título de argumentação – que o art. 383 do CPP tenha contemplado uma omissão proposital sobre a desnecessidade de observância do contraditório⁴¹.

Isto porque, conforme uma das premissas fixadas em tópico anterior, a novel legislação processual civil densificou uma gama de princípios constitucionais de índole processual e deve ser aplicada também ao processo penal, ainda nas hipóteses em que não haja omissão normativa.

³⁹ “Dessarte, ainda que o Código não exija, a Constituição o faz, existindo um verdadeiro dever do juiz de provocar o prévio contraditório entre as partes, sobre qualquer questão que apresente relevância decisória, seja ela processual ou de mérito, de fato ou de direito, prejudicial ou preliminar. O desrespeito ao contraditório sobre as questões de direito expõe as partes ao perigo de uma sentença de surpresa” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 891).

⁴⁰ “Na hipótese diversa, em que o fato permanece inalterado, devendo ser diversa sua qualificação jurídica, embora não seja necessário o aditamento da peça acusatória, em respeito ao princípio do contraditório, que também se aplica às questões de direito, o juiz deverá convidar as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma diversa definição jurídica dos fatos imputados, evitando surpresas às partes, principalmente em face da relevância que o tipo penal assume para o direcionamento da defesa. O art. 383 do Código de Processo Penal pode continuar sendo aplicado integralmente, mas em respeito ao art. 5º, inc. LV da Magna Carta, antes de aplicar tal dispositivo, o juiz deve observar o contraditório sobre as questões de direito” (BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 358)

⁴¹ Ricardo Silveiras e Ronaldo Batista Pinto, dissertando sobre a possibilidade de aplicabilidade do art. 10 do CPC/15 ao instituto da *emendatio libelli*, afirmam que parte da doutrina entende não haver omissão no art. 383 do CPP, a ensejar a aplicação subsidiária da legislação processual civil. In verbis: “O art. 383 não prevê prévia manifestação do Ministério Público ou querelante e da defesa antes da sentença não por conta de uma lacuna, de um esquecimento do legislador, mas porque, deliberadamente, não quer a prévia manifestação das partes, pois desnecessária: o réu se defende dos fatos e estes foram devidamente submetidos ao contraditório, cabendo ao juiz decidir a respeito, tendo liberdade para julgar não só se o fato imputado existiu, se o réu foi dele autor e também a classificação correta a ser dada. Quisesse o legislador a prévia manifestação das partes, a teria mencionado no art. 383, tal como fez no artigo seguinte, em que trata da *mutatio libelli*”. (SILVARES, Ricardo; PINTO, Ronaldo Batista. Novo CPC e seus reflexos no âmbito do processo penal. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 21)

Esta é a situação do citado art. 10 do CPC/15, que densificou o princípio constitucional do contraditório, e cuja aplicação, no âmbito do art. 383 do CPP, implicará um maior alinhamento do processo penal ao perfil democrático-constitucional, evitando decisões surpresas não somente em relação ao material probatório, mas também em relação à matéria de direito debatida.

Refletindo sobre a aplicação da regra do contraditório prévio ao instituto da *emendatio libelli*, Gustavo Badaró assim concluiu:

E o que isso reflete no processo penal? Trata-se de regra que dá concretude ou define o conteúdo da garantia constitucional do contraditório. E, nesse ponto, se não há que se adotar uma posição de superioridade, considerando que o contraditório no processo penal deve ser mais amplo ou mais intenso que no processo civil, em razão da importância dos bens em jogo, também não será correto defender uma posição de inferioridade do processo penal, no que diz respeito ao contraditório, em comparação com o processo civil. Se o contraditório nos feitos penais não precisar ser mais que o contraditório no processo civil, por outro lado, não se pode aceitar que seja, ao contrário, de menor intensidade.

Assim sendo, e por força do art. 3º do Código de Processo Penal, que permite a analogia, é de se aplicar, plenamente, aos feitos criminais, a regra do art. 10 do Código de Processo Civil, que exige o prévio contraditório sobre os fundamentos da decisão judicial que não tenham sido debatidos pelas partes, ainda que se trate de matéria que o juiz pode conhecer de ofício.⁴²

Neste sentido, e por todo o exposto, concluímos pela plena aplicação do art. 10 do CPC/15 ao processo penal, principalmente no tocante ao instituto da *emendatio libelli*, com vistas a impor o contraditório prévio sobre questões de direito e impedir a prolação de decisões surpresa envolvendo a qualificação jurídica dos fatos imputados ao réu.

Considerações finais

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu no ordenamento infraconstitucional pátrio um modelo constitucionalizado de processo, em consonância com as diretrizes e princípios constitucionais, constituindo o eixo central do processo comum brasileiro.

Neste sentido, suas disposições se aplicam não somente à seara processual civil, mas também a outros campos, como o do direito processual penal, sempre que houver omissão deste e que a aplicação do CPC não viole seus princípios e lógica próprios.

Mas não é só. Defendeu-se, neste ensaio, que, ainda na hipótese em que não houver lacuna no Código de Processo Penal, o CPC poderá ser aplicado *in casu*, desde

⁴² BADARÓ, Gustavo. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz (Org.). Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016, p. 367.

que esta aplicação traduza, na prática, um maior alinhamento do processo penal ao perfil democrático-constitucional.

Neste sentido, sustentou-se a aplicação do art. 10 do CPC, que prevê a regra do contraditório prévio e veda as decisões-surpresa, ao âmbito do processo penal, mais especificamente no que tange ao instituto da *emendatio libelli*, para que seja oportunizada à defesa a manifestação prévia sobre as questões de direito na hipótese de qualificação jurídica diversa dos fatos.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.). Repercussões do Novo CPC no Processo Penal. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 357-378.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3 ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Les raisonnements juridiques des décisions de Cours d'Appel. Temas de Direito Processual: quinta série. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- BEDÊ JR., Américo; CASTELLO, Juliana Justo B. A garantia do contraditório prévio no Novo Código de Processo Civil: repercussões na tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes. Processo Coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016.
- BEDÊ JUNIOR, AMÉRICO. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CABRAL, Antonio do Passo; PACELII, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- FERNANDES, Antonio Scarance. A correlação entre imputação e sentença no Brasil. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 18, n. 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul.-ago./2010.
- GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. 5 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 11 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. In: Revista de Processo. Ano 19, n. 73. São Paulo: Editora RT, jan./mar., 1994, p. 7-14.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- SANTOS, Walder Queiroz dos. A vedação à prolação de decisão surpresa na Alemanha. In: Revista de Processo. Ano 40, n. 240. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fev./2015.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um Processo Penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência: aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) Repercussões do Novo CPC no Processo Penal, Salvador, Juspodivm, 2016.
- SILVARES, Ricardo; PINTO, Ronaldo Batista. Novo CPC e seus reflexos no âmbito do processo penal. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol 1. 56 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal: vol. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

A técnica legislativa das cláusulas gerais e a “discricionariedade” judicial

Pedro Mansur Três¹

Resumo: Este trabalho é fruto parcial e específico de pesquisa de exploração bibliográfica conduzida a título de iniciação científica, que visou estudar e analisar temas relacionados às normas e aos enunciados normativos semanticamente abertos, de que se tratará aqui particularmente das cláusulas gerais. Para além de sua definição, é caríssimo ao tema a análise numa perspectiva aplicada à atividade jurisdicional – qual seja: a averiguação se existe, como extensa parte da doutrina afirma, poderes discricionários do julgador para a aplicação de cláusulas-gerais, ante a destacada abertura semântica que lhes é inerente. Para tal, mister que se parta das leituras clássicas nacionais e estrangeiras, para que se entenda o pano de fundo em que se desenvolve há décadas a discussão, e culmine na análise dos textos contemporâneos, para que seja possível corroborar ou criticar o entendimento doutrinário corrente, numa tentativa de não apenas compreender melhor o contexto do tema, mas para que, em algum tempo, se possa contribuir cientificamente para o assunto.

Palavras-chave: Atividade jurisdicional contemporânea; Semântica aberta; Cláusulas gerais; Concreção; Discricionariedade judicial.

Introdução

As indagações a que se tentou satisfazer começaram a partir da leitura do ensaio “A Vocação do Nosso Tempo para a Jurisdição”, de NICOLA PICARDI (2008, p. 1-32). No texto, o jurista italiano sintetiza algumas das discussões que há muito instigam aqueles que estudam o Direito na perspectiva da Jurisdição, como a relação entre a Jurisdição e o Legislativo e a Administração; a polêmica sobre a função da decisão judicial – descoberta ou criação do Direito; e a existência, extensão, limites e significado de um possível poder discricionário conferido aos juízes contemporâneos – temas que, apesar da aparente simplicidade, motivam debates infundáveis e absolutamente profundos, razão pela qual descabe almejar esgotá-los nesta pesquisa – inclusive pela improbabilidade que pesquisa alguma um dia possa dar fim a essas questões de cunho jurídico-filosófico.

Paralelamente, PICARDI tangencia, à guisa de exemplificação de seus argumentos, o posicionamento dessa discussão metodológica diante de dois “fenômenos diversos”

¹ Bacharelado em Direito. Universidade Federal do Espírito Santo.

(PICARDI, 2008, p. 7-18) que a doutrina brasileira convencionou chamar de “conceitos jurídicos indeterminados” e cláusulas-gerais, sendo estas últimas objeto de maior curiosidade e produção acadêmica no país, razão pela qual decidimos por analisá-la mais detidamente, visando entender melhor essa espécie de enunciado normativo, e quiçá, contribuir para a sua compreensão.

É a partir desta delimitação objetiva que se escolheu desenvolver o tema deste estudo, realizando um corte metodológico apto a guiar uma pesquisa para iniciação científica, por representar um assunto polêmico, rico, mas de superfície suficiente para análise no período de um ano – ressalte-se, sem pretensão exauriente, se não meramente exploratória.

Por fim, o grande pano de fundo por trás dessa discussão, que é justamente o que a faz ir bem além da mera discussão conceitual (anote-se, de restrita utilidade prática), é o estudo de uma suposta discricionariedade do julgador (num processo jurisdicional, neste caso) – ou do “poder discricionário” como se convencionou referir. Insta explorar indícios de sua existência ou não, nos diversos contextos históricos e contemporâneos, principalmente em Direito Comparado, e na hipótese de se concluir pela sua existência, (ou cabimento ou manifestação), estudar suas extensões e limites, formas de controle, etc.

É, como já aparenta de plano ser, tema de superfície e profundidade ímpar, de forma que seu estudo por ora apenas é possibilitado dentro do corte metodológico proposto – qual seja, se há poder discricionário na aplicação/concreção de cláusulas-gerais, tema debatido há décadas, por exemplo, por DWORKIN e ENGISCH.

É nesta confluência de temas inter-relacionados que se desenvolveu a pesquisa ora relatada, cujos resultados e conclusões se passará a expor e discutir nos próximos tópicos.

Desenvolvimento

Cláusulas-gerais

Cláusula-geral é uma técnica legislativa desenvolvida na Alemanha, definida por KARL ENGISCH como “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” (ENGISCH, 2004, p. 229), cuja finalidade é oferecer uma alternativa ao modelo legislativo casuístico de previsão de hipóteses legais.

A casuística, por sua vez, é a “configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”. Ou seja: é a previsão do maior número de hipóteses de que convém arrolar.

Tal técnica legislativa (ou espécie prescritiva de enunciados), a despeito de seu alto “grau de detalhamento ou exatidão por meio do qual os supostos de fato são apresentados e descritos” (MARTINS-COSTA, 2016, p. 129), caso seja exaustiva ou até exclusivamente

utilizado pelo legislador, culminará em um sistema fechado, hermético, inapto a se renovar por si só, e incapaz de incidir sobre novas condutas ou situações de fato que naturalmente exurgem do desenvolvimento tecnológico e social experimentado por dada sociedade num dado espaço-tempo, “sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e ‘provisoriamente’ dominar a matéria jurídica” (ENGISCH, 2004, p. 234). Dito efeito pode ser indesejável para, por exemplo, confeccionar códigos com pretensão mais duradoura, longaeva.

Como contraposição, a técnica da cláusula-geral acaba por permitir que a legislação editada seja menos provável de se tornar obsoleta ou anacrônica em um dado espaço de tempo, posto que permite ao legislador prescrever enunciados aptos a alcançar mais casos ou situações de fato do que os que ele próprio pode, no instante da edição legislativa, vislumbrar – inclusive por conta da comprovada impossibilidade de se pretender a completude da lei ou mesmo de um sistema legislativo. Isso torna possível, nas palavras de ENGISCH, “sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica” (ENGISCH, 2004, p. 233).

Em suma: as cláusulas-gerais foram concebidas para cuidar de uma nova forma de prever situações de fato (descrever a hipótese, o *Tatbestand*), permitindo incidir sobre um maior e mais atualizado espectro de casos a previsão hipotética que servirá de suporte ao intérprete, de forma intencional e calculada pelo legislador.

Diante das definições conceituais formuladas por ENGISCH, insta pontuar as anotações precisas de MARTINS-COSTA, para que se pondere aquilo que a autora gaúcha entende por impropriedade do termo “generalidade” para se definir cláusula-geral, por entender que as cláusulas-gerais “não são gerais” (MARTINS-COSTA, 2016, p. 131), mas sim vagas – ou seja, de significado impreciso, gerando incerteza se determinados casos “realizam ou não o modelo prescrito no próprio enunciado” (MARTINS-COSTA, 2016, p. 134).

Com base nas definições delineadas acima, inclusive na crítica terminológica trazida por MARTINS-COSTA, nos parece claro o seguinte: o conceito de cláusula-geral não se define pela perspectiva do Consequente normativo, mas sempre pela generalidade (ou vagueza) da prescrição legal da Hipótese. É essa a nota característica que aparenta distinguir a cláusula-geral de outras técnicas legislativas.

Entretanto, essa é diametralmente inversa a lição de NELSON NERY JR. e ROSA NERY (2012, p. 231-233), ecoada pela absoluta maioria da doutrina nacional, Eles exemplificam seu ponto de vista indicando que as cláusulas gerais não encerram nelas próprias as consequências para seu descumprimento – como se texto norma fosse, e um enunciado normativo, via de regra, trouxesse em si tal previsão. Aduzem expressamente que:

[...] à primeira vista poderia haver confusão entre as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados. Ocorre que em ambos há extrema vagueza e generalidade, que tem de ser preenchida com valores pelo juiz. Quando a norma já prevê a consequência, houve determinação de conceito legal indeterminado: a solução a ser dada pelo juiz é aquela prevista previamente na norma. Ao contrário, quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, dá-se ocasião de aplicação da cláusula geral: a consequência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz para o caso concreto. (NERY JUNIOR, 2012, p. 232)

Contudo, são as normas que necessariamente incluem uma sanção em sua estrutura, e é cediça, contemporaneamente, a distinção entre texto legal e norma. Enquanto aquele é suporte, este é produto da interpretação do aplicador.

E cláusula geral não é norma, se não técnica legislativa (e, conseqüentemente, texto legal). Norma, segundo ENGISCH, é composta de Hipótese (*Tatbestand*) e Consequência (estatuição). Cláusula-geral nada mais é que técnica legislativa apta a substituir, ou mesmo agregar a, a casuística (haja vista a impossibilidade do legislador prever sempre todos os casos possíveis) por uma hipótese vaga, apta a abranger de forma mais fluida e satisfatória uma determinada conduta tida como merecedora de previsão hipotética, incidência normativa e, em última análise, de tutela jurisdicional.

A sanção se buscará dentro do sistema, provável mas não invariavelmente em outro enunciado normativo legal. Assim, se tivermos por acertada a conceituação de ENGISCH, equivoca-se a maior parte da doutrina nacional – que, inclusive, repetidamente o referencia para construir seus argumentos, ainda que em aparente contradição metodológica.

Com base no que se afirma supra, e considerando que a doutrina nacional cada vez mais demonstra assimilar a distinção entre texto e norma, e a importância da interpretação nesse processo “cognoscitivo” (advindo da racionalidade), conclui-se que há um desacerto metodológico ao se definir cláusula geral como é corrente hoje no país, concluindo-se desde já que a técnica da cláusula geral, conforme ENGISCH, trata do âmbito do texto legislativo e da previsão vaga de hipótese, e não de liberdade do julgador para criar conseqüências para um dado caso concreto.

Pelo contrário: as conseqüências já estão definidas no ordenamento. Opera-se um processo interpretativo para que se conjugue hipótese e conseqüência previamente prescritas, construindo-se a norma concreta a partir dos dados (suportes) normativos disponíveis *a priori* ao intérprete (principalmente, no caso das cláusulas-gerais, na lei).

Extrai-se a hipótese concreta daquela hipotética e vaga descrita na cláusula-geral, cabendo então ao juiz (intérprete), demonstrar, pela via da concreção e com base na devida fundamentação da decisão, porque a norma que incide é aquela que aplica, e que é produto da interpretação desse ou daquele enunciado normativo ora aplicado.

Evidente, assim, que ainda que haja relação íntima entre enunciado normativo e norma no processo construtivo-interpretativo desta última, é clara distinção, sendo metodologicamente incorreto definir cláusula-geral como caso em que a “conseqüência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz para o caso concreto”.

Nesse mesmo sentido que construímos, a principal voz nacional das poucas encontradas que ressoam o supra afirmado é a de CLAUDIA LIMA MARQUES, cujo trecho pede-se vênia para transcrever, ante a marcante similitude com o ponto ora defendido:

Parece-me, ao contrário, que se a previsão de conseqüência jurídica serve para determinar o conceito indeterminado, sua presença em uma norma não tem o condão de excluir a possibilidade de esta ser também uma cláusula geral e nem retira do juiz toda a função ativa de preencher o conceito indeterminado, valorando-o (*Werturteil*), concretizando-o, se tiver “finalidade” de cláusula

geral. Engisch esclarece que: “[...], as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários”. Zippelius arremata que, em se tratando de conceitos que em si expressam valores, como “bons costumes” (“guten Sitten”) e “boa-fé” (“Treu und Glauben”), o Spielraum² do juiz sempre é grande e não há outra maneira de atuar do que ativamente, aproximando-se lentamente do significado destas expressões a determinar.

O próprio Karl Larenz coloca entre as atividades de valoração criativa do juiz o preenchimento (Ausfüllung) dos conceitos indeterminados e concorda que um conceito indeterminado (citando expressamente inclusive a boa-fé e os bons costumes) pode ser também uma cláusula geral. Sendo assim, não se pode afirmar que uma norma contendo um conceito indeterminado (como o art. 51, IV, do CDC, o § 138 ou o § 826 do BGB), por indicar a nulidade (§ 138 do BGB) ou a indenização (§ 826 do BGB) como sanção, jamais poderiam ser cláusula geral; ao contrário, a evolução da jurisprudência comprovou que, muitas vezes, são as mais importantes e eficientes das cláusulas gerais!

O tema é interessante e podemos aprofundar a discussão. Como ensina Karl Engisch, a parte inicial, a hipótese legal (Tatbestand) de uma norma pode conter uma cláusula geral (como o inc. IV do art. 51), por decisão de técnica legislativa, utilizando-se justamente de conceitos indeterminados, e assim afirma o mestre alemão: “O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e compossibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica”. (MARQUES, 2002, p. 231-232)

Numa outra toada, é importante também relacionar as ideias supra desenvolvidas sobre a técnica legislativa das cláusulas-gerais à “Pauta carecida de preenchimento valorativo” de LARENZ.

O renomado autor alemão não define expressamente o que entende por pauta de valoração carecida de preenchimento, de forma que seria intelectualmente desonesto e metodologicamente infundado equipará-la ao conceito de cláusula-geral.

Contudo, há fortes indícios nas lições de LARENZ que autorizam entender que há forte aproximação entre as duas figuras, talvez em relação gênero-espécie, posto que é “só na sua ‘aplicação’ ao caso particular que pode [a pauta] ser plenamente ‘concretizada’” (LARENZ, 1997, p. 299), afirmando o autor que

a necessidade de um pensamento ‘orientado a valores’ surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica. [...] Tais pautas não são, por assim dizer, pura e simplesmente destituídas de conteúdo. (1997, p. 311)

Pela forma com que LARENZ delinea os contornos daquilo que entende como pauta carecida de preenchimento valorativo, é possível que se entenda que a cláusula-geral é uma espécie prescritiva abarcada dentro desse gênero. Dessa forma, para se guardar a coerência

² Nota do Autor: Alemão para “liberdade de agir”.

com o desenvolvido até aqui, seria possível conceber a cláusula-geral como uma pauta carecida de preenchimento valorativo que delimita uma hipótese legal vaga.

Tal entendimento traz consigo algumas vantagens teóricas, que permitiriam uma maior compreensão sobre o processo de aplicação das cláusulas-gerais: a percepção de que cláusulas-gerais se aplicam concretizando “tipos”, e não conceitos fixados, em alinhamento com o “pensamento orientado a valores” da metodologia proposta por KARL LARENZ, além de justificar cientificamente aquilo que boa parte da doutrina brasileira cegamente repete, de que cláusulas-gerais requerem *juízos de valor* do julgador de uma dada questão judicial, sem, contudo, perceber as implicações interpretativas que são importadas com essa afirmação – por exemplo, a distinção entre “conceito” e “tipo, e “subsunção” e “concreção” desenvolvidas por LARENZ³.

Contudo, a filiação a esse “modo tipológico de argumentar”, ou, no caso, de caracterizar as cláusulas-gerais, traz consigo a necessidade de analisar quão atual é a famosa doutrina deste alemão, que expressamente entende que o pensamento tipológico confere ao julgador uma margem de livre apreciação (LARENZ, 1997, p. 311) e que “as regras metodológicas da interpretação e da concretização de normas jurídicas têm por um lado que cumprir, naturalmente, as condições hermenêuticas, e, por outro, estão, por sua vez, tal como as normas a interpretar, ao serviço de uma criação e desenvolvimento do Direito” (LARENZ, 1997, p. 346).

Ainda que a grande conclusão de KARL LARENZ seja que a “aplicação do Direito e desenvolvimento do Direito caminham a par e passo” (LARENZ, 1997, p. 312), bem como que ancorado no “sistema jurídico está a imposição aos tribunais de um desenvolvimento (materialmente adequado) do Direito” (LARENZ, 1997, p. 345), faz-se necessário analisar de forma atenta as noções de criação desenvolvidas pelo autor, especialmente quando aliadas à ideia de “livre apreciação do julgador” – tema, contudo, extenso e profundo demais para esta comunicação. Resta, assim, a provocação para que se debruce sobre a compatibilidade das noções encartadas na obra de LARENZ ao ordenamento normativo brasileiro de hoje, e caso se encontre uma resposta positiva, definir se há, e quais são as, ressalvas, releituras e superações que se deve fazer.

³ “Um conceito está fixado por meio da sua definição, de tal modo que haja de aplicar-se a um evento concreto ou situação de facto ‘só quando e sempre que’ se possam nele encontrar o conjunto das notas características da definição. Esta proposição não vale para o tipo. As notas características indicadas na descrição do tipo não precisam, pelo menos algumas delas, de estar todas presentes; podem nomeadamente ocorrer em medida diversa. São com frequência passíveis de gradação, e até certo ponto comutáveis entre si. [...] Trata-se antes de saber se as notas características tidas como ‘típicas’ estão presentes em tamanho, grau e intensidade que a situação de facto ‘no seu todo’ corresponda à imagem fenomênica do tipo. O tipo não se define, descreve-se. Não se pode subsumir à descrição do tipo; mas pode-se com a sua ajuda, ajuizar se um fenómeno pode ou não integrar-se no tipo” LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 307. v. também, na mesma obra, o exposto na p. 325.

Há "Discrecionariade" na concreção de cláusulas gerais?

Em seguimento de uma crítica "conceitual", onde procuramos apontar contradições metodológicas na posição corrente sobre a definição, função e utilidade das cláusulas gerais no ordenamento jurídico, para que não desague numa mera discussão verbal e terminológica, é imprescindível que se alcance um resultado prático daquilo que ora se divergiu e se propôs.

Se cláusulas-gerais são o que pretendemos que sejam, e necessariamente não sejam aquilo que a doutrina comumente defende que são, qual é a consequência lógica, discursiva e prática da nossa proposta?

Encontramos a pretensa consequência na perspectiva da aplicação judicial de enunciados que trazem em si cláusulas-gerais. Especificamente: Dispõe o intérprete de discrecionariade ao utilizar como suporte interpretativo uma cláusula-geral para encontrar a Hipótese da norma incidente?

Necessárias, para que se obtenha uma resposta, breves notas conceituais.

Sobre o tema da discrecionariade, paradigmática a exposição de DWORKIN ao distinguir três sentidos para o que se chama doutrinariamente de "poder discrecionário" ou "discrecionariade do julgador".

Naquele que chama de "primeiro sentido fraco", DWORKIN identifica o emprego da expressão para descrever um caso em que "por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar" (DWORKIN, 2002, p. 51).

Já no "segundo sentido fraco" que identifica, o autor vislumbra o caso de "que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário" (DWORKIN, 2002, p. 51).

O "sentido forte", por sua vez, se verifica quando, por exemplo, um funcionário público "não está limitado pelos padrões da autoridade em questão".

DWORKIN expressamente reconhece que há na atuação dos juízes um "poder discrecionário", mas no seu primeiro sentido fraco (exercício de juízo) (DWORKIN, 2002, p. 109-110). Ele nega, contudo, que isso afaste o dever judicial de decidir conforme os padrões formulados por uma autoridade em questão (no caso, o Direito, e mais concretamente, dado ordenamento normativo em dado tempo-espço), o que excluiria, para o autor americano, a atividade do julgador do âmbito desse sentido mais forte de discrecionariade.

Ocorre que é justamente nesse último sentido que costuma se fundar a doutrina, com raízes (nem sempre expostas) em HART (2007, p. 137-143), para tratar do tema do "poder discrecionário" na aplicação de enunciados de semântica aberta, como são as cláusulas-gerais.

Tal afirmação é corroborada quando vários autores acreditam ter o intérprete (julgador) "margem de livre apreciação" e "poder criador" na concreção dessas normas, enunciados e expressões normativas.

ENGISCH inclusive converse este assunto e o já desenvolvido no tópico acima, de forma a corroborar a conclusão que ora se defenderá, afirmando que:

Praticamente, porém, quase só nos aparecem cláusulas gerais que, pelo menos, são ao mesmo tempo indeterminadas e normativas, ao passo que não pode evidentemente se dizer que as cláusulas gerais sejam a maioria das vezes também cláusulas discricionárias (antes pelo contrário: as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objetivamente válidas).(ENGISCH, 2004, p. 233)

Ou seja: à luz do exposto por DWORKIN, e corroborado por ENGISCH, o juiz não dispõe de discricionariedade no sentido forte ao preencher valorativamente a moldura de cláusulas gerais, de forma que a acepção cabível de discricionariedade jurisdicional – a “primeira fraca” – é a que se funda na vagueza da linguagem jurídica e que não autoriza margens para atos volitivos do julgador, mas encerra em si o requisito de uma fundamentação mais rigorosa para que se controle e demonstre a correção do processo interpretativo de aplicação (mais especificamente, de concreção) das cláusulas-gerais que incidam sobre uma determinada e concreta situação de fato.

Não se justifica, assim, o uso indiscriminado da expressão “poder discricionário do julgador” da forma com que faz a doutrina nacional, nestes casos, visto que não há a pretensa autorização pelo legislador (e nem pelo ordenamento como um todo) de uma “criação judicial” da consequência jurídica decorrente de uma hipótese prevista pela técnica da cláusula-geral; e nem está o julgador autorizado a decidir conforme aspectos subjetivos de sua vontade, ou sem parâmetros de controle e correção.

Ou seja: não há a discricionariedade judicial reiteradamente propagada pela doutrina nos casos de aplicação de cláusulas-gerais (ou seja, no sentido forte). A “discricionariedade” que a teoria autoriza é, em verdade, a mera compreensão que dois juízes igualmente capazes poderão decidir o mesmo caso de formas distintas e igualmente corretas, consequência inerente da vagueza (não só das cláusulas gerais, mas da linguagem como um todo) do suporte legislativo, e que por certo não permite concluir que haveria espaço para aspectos volitivos ou mesmo de criação judicial de direito nos casos objeto deste ensaio.

Conclusões

Começamos este tópico conclusivo reforçando que cláusulas-gerais são técnicas legislativas, e, conseqüentemente, não podem ser normas.

Justamente por não serem norma, cláusulas-gerais se caracterizam pela vagueza na prescrição legal de hipóteses, e não pela autorização ao Juízo de criar conseqüentes normativos para um dado caso concreto. Ao contrário, os conseqüentes já estão quase sempre previstos no ordenamento (principalmente mas não apenas na lei), havendo poucos momentos em que o legislador confere pura discricionariedade ao julgador (v.g. comumente identificadas pela expressão “poderá o julgador...” e suas variações).

Nesse diapasão, destaca-se a utilidade marcante dos termos jurídicos indeterminados na formulação de enunciados normativos da espécie “cláusula-geral”, especialmente os

termos caracterizados por uma vagueza socialmente típica (que demandam, por conseguinte, preenchimento valorativo).

Com base em todo o exposto, aliado às teorias de DWORKIN e ENGISCH, principalmente, é que se conclui que os enunciados normativos da espécie cláusula-geral, de tipo semanticamente aberto, não conferem, por si só, discricionariedade ao julgador – pelo contrário.

Sua aplicação, pela via da concreção, não é permissivo para a operação de atos de vontade do julgador, senão para atos cognoscitivos mais complexos, porém ainda objetivamente delineados em seus limites, demandando, portanto, argumentação mais rigorosa a fim de controlar a correção da aplicação da norma incidente.

As poucas hipóteses de delegação do legislador ao julgador de poder discricionário no sentido forte (ou propriamente dito) se verificam, por exemplo, em enunciados que expressamente concedem ao juiz a opção de escolher que conduta adotar – notadamente perceptíveis quando presentes as expressões normativas “o julgador poderá..” e suas variações.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2002.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 11. ed. - Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 205-274
- HART, H. L. A. O conceito de direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.
- MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de defesa do consumidor: informação, cooperação e renegociação? In: Revista de direito do consumidor, n. 43, p. 215-257, jul./set. 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. 800 p.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código civil comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 2031 p.
- PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-32.

Democracia e processo: o princípio do contraditório previsto no Código de Processo Civil de 2015 como direito de participação – análise da tramitação da ADPF 323

Tiago Figueiredo Gonçalves¹

Gabriel Zoboli de Assis²

Vladimir Cunha Bezerra³

Resumo: O presente trabalho se destina a avaliar o princípio do contraditório no atual Código de Processo Civil como direito de participação das partes no processo. Verifica criticamente a tramitação ocorrida nos autos da ADPF 323.

Palavras-chave: Contraditório; Processo; Direito de participação.

Introdução

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tornou-se espaço para estabelecimento de parâmetros da atuação estatal. Temas de relevância que tocam a um número por vezes indeterminado de pessoas (tais como a legalidade das quotas sociais e união entre pessoas do mesmo sexo) são deliberados naquela Corte. Nesse aspecto, torna-se necessária a verificação da observância do princípio do contraditório em seu significado contemporâneo, notadamente com o viés que lhe emprestou o Código de Processo Civil de 2015; qual seja, o do direito de participação daqueles que, porventura, sejam afetados por conta das decisões judiciais proferidas nos feitos.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1999), mestrado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Atualmente é Diretor da ESA/ES, Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário do Espírito Santo, Professor da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Espírito Santo, Professor do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Castelo Branco, e Professor convidado da Escola da Magistratura do Espírito Santo.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2013). Pós-graduado em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2015). Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Assessor de Nível Superior, no Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo.

³ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2006). Pós-graduado em direito público Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas (2007). Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

Há que se entender o contraditório como o direito de participação na formulação das decisões judiciais, conforme valor devidamente internalizado pelo Estado Democrático Constitucional. Impende ver o princípio do contraditório para além do direito de resposta, de modo que, hodiernamente, para se atender a tal princípio há de se oportunizar às partes (e eventuais terceiros interessados) a ampla participação no processo; de modo a se operar a concreção, dentre outros, aos artigos 9º, e 10, do Código de Processo Civil.

Avaliar-se-á a arguição de descumprimento de preceito fundamental 323, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

A ADPF 323 trata de tema que impacta no patrimônio jurídico de um número inestimável de pessoas. Na referida ação, cuida-se da possibilidade de direitos pactuados em acordos e convenções coletivas de trabalho se integrarem ao patrimônio jurídico dos trabalhadores.

O entendimento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de se agregarem ao patrimônio jurídico dos trabalhadores as pactuações tecidas em sede de convenções e acordos coletivos, salvo ulterior negociação em sentido contrário. Esse posicionamento foi afastado pelo relator da ADPF 323, numa decisão monocrática, após se promover uma alteração na marcha do fluxo processual até então adotado no andamento da referida contenda judicial.

Interessa, aqui, ver o significado da alteração na gestão processual da ação mencionada, levando em conta os vetores constitucionais que o legislador do atual diploma processual civil quis tributar ao processual civil brasileiro.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental 323: a inflexão processual de um rito previamente estabelecido

Em outubro de 2016, o relator da arguição de descumprimento de preceito fundamental 323 proferiu medida cautelar para determinar a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas de trabalho⁴.

A referida arguição fora proposta em junho de 2014 pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. O objeto da ação é a interpretação jurisprudencial conferida pelas cortes trabalhistas do Brasil ao artigo 114, § 2º, da Constituição Federal, em cotejo com a súmula 277, do Tribunal Superior do Trabalho⁵.

⁴ Todas as informações referentes à ADPF 323 foram extraídas a partir do endereço eletrônico do STF, na rede mundial de computadores.

⁵ Súmula nº 277 do TST: "CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho."

O tema ali tratado diz respeito à ultratividade de benefícios constantes de normatização coletiva de trabalho. Ou seja, se ficariam incorporados ao patrimônio jurídico do trabalhador os benefícios concedidos habitualmente mediante acordo ou convenção coletiva, de modo que tais somente poderiam ser afastados mediante nova negociação coletiva.

Frise-se que o relator da demanda judicial em trâmite no Supremo teceu duras críticas à atuação da Tribunal Superior do Trabalho e combateu o entendimento consolidado nas sendas trabalhistas brasileiras. De acordo com o sustentado, a redação da súmula 277 do TST antagoniza a legalidade, a separação dos Poderes, e a segurança jurídica⁶.

Além de outras fundamentações exaradas na decisão judicial monocrática oriunda da Suprema Corte, chama a atenção a seguinte passagem do arrazoado proferido:

Ao avocar para si a função legiferante, a Corte trabalhista afastou o debate público e todos os trâmites e as garantias típicas do processo legislativo, passando, por conta própria, a ditar não apenas norma, mas os limites da alteração que criou. Tomou para si o poder de ponderação acerca de eventuais consequências desastrosas e, mais, ao aplicar entendimento que ela mesma estabeleceu, também o poder de arbitrariamente selecionar quem por ele seria atingido.

Como se verifica, afirma-se que a corte trabalhista opera em desfavor das garantias inerentes ao processo legislativo. Insta, por ora, ver o trâmite processual ocorrido na ADPF mencionada, até pelo fato de não se pretender, neste trabalho, avaliar o mérito da demanda judicial que está a fluir na Corte Constitucional⁷. Interessa, aqui, verificar as inflexões processuais ocorridas no feito judicial ao qual se faz alusão.

Conforme já dito, a arguição de descumprimento de preceito fundamental fora protocolizada no Supremo em junho de 2014.

Ato processual de relevância naquele feito se deu em fevereiro de 2015, quando o respectivo relator adotou o rito estabelecido no artigo 12, da Lei 9.868/1999⁸. De acordo com tal dispositivo legal, nos casos em que a relevância da matéria demandar, o relator pode submeter o caso diretamente ao plenário do Supremo, que poderá julgar desde logo a ação.

⁶ Dentre outros trechos que poderiam vir, colacionam-se os seguintes, para que se tenha uma ideia do tom empregado pelo relator da ação em curso no Supremo Tribunal Federal: "É no mínimo exótico, portanto, que um tema que tenha sido mais de uma vez objeto de análise pelo Poder Legislativo – em amplo processo democrático de elaboração de leis – retorne ao cenário jurídico por meio de simples reunião interna de membros do Tribunal Superior do Trabalho.

[...] Vê-se, pois, que não apenas o princípio da legalidade, mas também o da separação dos Poderes afigura-se atingido com essa atuação indevida. [...] Verifica-se que, sem legislação específica sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho realiza verdadeiro "zigue-zague" jurisprudencial, ora entendendo ser possível a ultratividade, ora a negando, de forma a igualmente vulnerar o princípio da segurança jurídica.[...]"

⁷ Sobre o tema, a propósito, vide, além do inteiro teor dos documentos disponíveis no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11^a ed., São Paulo, LTr, 2012, p. 237-241.

⁸ Eis a redação do dispositivo legal: "Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação."

Em julho de 2015, veio aos autos a manifestação da Procuradoria Geral da República no sentido de não se conhecer da demanda judicial proposta. Caso conhecida a ação, o Procurador Geral da República opinou no sentido de se indeferirem os pleitos veiculados.

Na conformidade do que estabelece o rito adotado (pelo próprio relator, frise-se) os autos do processo deveriam ir ao plenário do Tribunal para que a ação fosse julgada definitivamente. Contudo, não foi isso que aconteceu; e aqui está o problema.

Em vez de se remeterem os autos ao órgão pleno, em outubro de 2016, o relator da arguição citada reviu a adoção do rito especial adotado; e deferiu a medida cautelar pleiteada, conforme já exposto acima no início desta narrativa.

Não obstante as fundamentações da manifestação da Procuradoria Geral da República, tal foi ignorada; e se realizou, na tramitação do feito, uma inflexão procedimental que não parece se coalescer ao cariz constitucional que o legislador do Código de Processo Civil em voga quis brindar à sociedade brasileira no intuito de prover um processo mais democrático.

Comentários sobre o princípio do contraditório no atual Código de Processo Civil: o direito de participação

As normas fundamentais estampadas no diploma processual civil são aplicáveis ao código (e ao processo civil) como um todo (inclusive em procedimentos especiais, como o previsto pela Lei 9.868/1999).

O princípio do contraditório, “indissociável da concepção de Processo Justo e da devido processo legal” (GONÇALVES, 2003), passa por uma renovação, tendo em vista que não é mais apenas a garantia do direito de resposta; mas sim o direito de influência e dever de debate⁹, de modo que seja dada ao litigante a mais ampla possibilidade de participação no processo (NERY e NERY, 2016, p. 222), o princípio aponta para serem o debate e a dialética essenciais ao pronunciamento que virá em seguida (NASSER, 2016, p. 36)¹⁰.

Tradicionalmente, via-se tal princípio como a garantia de defesa do acusado. Nesse sentido:

O princípio do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da Constituição assegura a ampla defesa ao acusado com igualdade para as partes no processo, advindo daí o princípio da isonomia processual e da liberdade processual, podendo o acusado escolher seu defensor, e, na impossibilidade ou falta de condições para custear a defesa, é assegurada a nomeação de advogado pelo juiz (LIMA, 2016, p. 48).

⁹ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador.” (STJ; REsp 1.676.027; Proc. 2017/0131484-0; PR; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 11/10/2017).

¹⁰ Também entendendo que, com o código em vigor, ampliou-se o debate em contraditório: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. 3ª. ed. rev. atual. eampl. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 21-22.

Sem menosprezar a importância que a conceituação acima dá ao princípio em tela, há que se acrescentar algo ao entendimento de contraditório¹¹. Atualmente, há de se ver o contraditório como a possibilidade de as partes influenciarem na decisão almejada, realizando ativa participação processual (GONÇALVES, 2003). Incumbe nesse sentido, verificar que

Do ponto de vista do seu conteúdo, o direito ao contraditório por muito tempo foi identificado com a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes. Dentro desse quadro histórico, o contraditório realizava-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto é, uma parte tinha o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tinha o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estendia-se igualmente à produção da prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado Legislativo, confinando as partes no terreno das alegações de fato e da respectiva prova. Nessa linha, o órgão jurisdicional nada tinha que ver com a realização do direito ao contraditório, na medida em que apenas os litigantes seriam os seus destinatários (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 178)¹².

Sobre essa nova abordagem do princípio, veja-se que

Esse novo enfoque, não por acaso, surge a partir dos anos cinquenta deste século, momento em que amplamente se renovam os estudos da lógica jurídica, e se revitaliza com novas roupagens e ideias, o sentido problemático do direito, precisamente quando – já renunciando o pós-modernismo – mais agudos e prementes se tornavam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos. Recupera-se assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. (ALVARO DE OLIVEIRA, 1998, p. 7-20)

O contraditório deve ser visto como valor fonte do processo (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 182), de modo que tal princípio afirma o direito de participação e influência no processo, mais do que a mera ciência dos atos processuais; a formação dos provimentos judiciais contar com a participação e a influência das partes (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 184)¹³.

Nesse diapasão, é

¹¹ Tanto é assim que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira no início dos anos 1990 afirmou o seguinte: “Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los”. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. Revista de Processo, São Paulo, RT, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

¹² Nesse sentido, também impende ver a lição de Ada Pellegrini Grinover: “Da visão do contraditório como simples meio de oportunizar o direito de defesa - contraditório como ciência dos atos e possibilidade de contrariá-los - passou-se à visão de necessidade de um contraditório efetivo e real, não só para garantia das partes, mas sobretudo como garantia do justo processo. Daí a necessidade de um contraditório reforçado”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. O Amicus Curiae no Processo Administrativo. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Nº 75, nov/dez de 2016, Editora Lex Magister, p. 2.

¹³ Didier, no mesmo tom, afirma que “Se não for considerada a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida.” In: DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora Juspodivm, Volume 1, 19ª ed. 2017, p. 92.

Sabido que o processo tem o escopo magno de eliminar conflitos, não só é natural que às pessoas envolvidas nestes se confie a iniciativa de instaurá-lo, sendo proibido ao juiz fazê-lo de ofício, como ainda que se conte com a participação de cada um em busca de solução favorável. Instaurando o processo, cresce hoje a tendência a reforçar os poderes do juiz e seus deveres de participação – mas ainda assim todo sistema processual é construído de modo a oferecer a cada uma das partes, ao longo de todo o procedimento, oportunidades para *participar pedindo, participar alegando e participar provando*. Oferecer-lhes o *hisday in court* é abrir portas para essa trílice participação. (DINAMARCO, 2001, p. 125)

Assim, faz-se necessário conjugar as redações empregadas nos artigos 9^a e 10, do Código de Processo Civil, para os quais não havia correspondência no diploma legislativo processual superado. Tais dispositivos demandam a observância do contraditório como regra e a proteção às partes de decisões surpresa no bojo do processo¹⁴. Dessa forma,

A necessidade de tratar as partes em igualdade de condições impõe ao juiz o dever de permitir que sobre a tese de uma parte haja a manifestação da outra em forma de antítese, possibilitando-lhe afinal a formação de seu convencimento através da síntese de ambas, após um ir e vir dialético. (GONÇALVES, 2003)¹⁵

Por essas razões, Câmara afirma que “não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo” (CÂMARA, 2017, p. 11).

Os Tribunais brasileiros dão de mãos com as manifestações acima expendidas para corroborar que o contraditório “consiste no dever de diálogo entre o juiz e os litigantes”¹⁶; de modo que já se afirmou que o “contraditório significa, em última medida, assegurar a prevalência da democracia no processo, com a efetiva possibilidade da participação e da influência das partes”¹⁷.

Já se decidiu que, (1) nem nas matérias de ordem pública, por força do artigo 10, do diploma processual civil, não se pode decidir sobre questões sobre as quais não se oportunizou às partes o debate¹⁸; (2) entendeu-se ferir o aludido dispositivo legal a postura do magistrado que revoga benefício de gratuidade de justiça sem antes possibilitar ao respectivo demandante que se manifeste sobre o afastamento de seu benefício¹⁹; (3) tomou-

¹⁴ Os dispositivos citados estabelecem que: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. [...]”; e “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

¹⁵ No mesmo sentido, o ensinamento de Calamandrei: “vuol dire rapporto tra persone: quando diciamocheil processo è un rapporto giuridico tra il giudice e le parti, veniamo implicitamente a riconoscere che, nel processo, disogettidotatidi una volontà autonoma e giuridicamente rilevante, non ce n'è uno solo, il giudice, mace ne sono tre, il giudice e le parti. Anche l'anticadottrinaloinsegnava: 'processus est actustriumpersonarum'.”, in: CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia: Opere Giuridiche. Vol. I. Nápoles: Morano Editore, 1965, p. 679.

¹⁶ TRF 5ª R.; AC 0007687-16.2011.4.05.8100; CE; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho; DEJF 05/09/2017; Pág. 38.

¹⁷ TJMG; APCV 1.0352.07.034324-4/001; Rel.^a Des.^a Mariângela Meyer; Julg. 20/09/2016; DJEMG 30/09/2016.

¹⁸ TJMG; APCV 1.0518.14.002352-5/001; Rel. Des. Washington Ferreira; Julg. 05/07/2016; DJEMG 13/07/2016.

¹⁹ TJRS; MS 0027784-63.2017.8.21.9000; Triunfo; Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública; Rel. Des.

secundo errônea a decisão que reconheceu prescrição sem manifestação prévia do credor/exequente²⁰; (4) anulou-se decisão que encerrou a instrução processual sem oportunizar às partes se manifestarem sobre laudo pericial acostado aos autos²¹; bem como (5) a decisão que não apreciou manifestação de litigante que havia colacionado aos autos parecer técnico em refutação ao laudo pericial exarado no processo²².

Os exemplos acima, colhidos da casuística, e já sob a égide da atual lei processual civil dão algum indicativo para se compreender como as cortes judiciais do país estão aplicando o contraditório (referenciado nos artigos 9º e 10, do Código de Processo Civil).

Não se está aqui a afirmar que nunca o contraditório poderá ser diferido, como, aliás, sói acontecer nos casos em que aspeculiaridades de determinadas situações fáticas clamem pela implementação de determinada medida de urgência.

Contudo, no caso em estudo (a ADPF 323), deve-se notar que já se observavam desdobramentos processuais que sugeririam, no mínimo, duvidar da urgência do direito discutido em juízo.

Naquele feito já havia o parecer da Procuradoria Geral da República – memore-se, opinando pelo não conhecimento da ação e, caso superadas as preliminares, pelo indeferimento dos pleitos veiculados – de sorte que não se revelava possível a revisão de rito feita pelo relator da mencionada arguição àquela altura dos trâmites ocorridos. Deveria haver, portanto, a continuidade da tramitação processual inicialmente estabelecida para que fossem atendidos aos reclamos constitucionais que o diploma processual em vigor quis dar ao processo civil pátrio.

Deveria haver a remessa do feito ao plenário do Supremo, para seu julgamento definitivo, na forma estabelecida pelo artigo 12, da Lei 9.868/1999. Em sendo assim, caberia a oitiva, no processo, das partes interessadas – *rectius*, prejudicadas. Há entes sindicais (dos trabalhadores) que foram aceitos para figurar no processo como amigos da corte. As considerações de tais partícipes (bem como a manifestação da Procuradoria Geral da República) deveriam ser levadas em consideração.

Em casos com essa característica, qual seja, aqueles em que se façam deliberações que, por sua natureza, hão de atingir a um número grande de pessoas – no caso em baila, uma categoria de trabalhadores – devem ser colhidas no processo as contribuições que cada um têm a prestar, logrando um processo com maior participação; em pleno atendimento aos artigos 9º e 10, do Código de Processo Civil, em pleno atendimento à atual faceta do princípio do contraditório, em sua dimensão de participação.

Mauro Caum Gonçalves; Julg. 28/09/2017; DJERS 09/10/2017.

²⁰ TJRJ; APL 0214751-54.2010.8.19.0001; Rio de Janeiro; Vigésima Primeira Câmara Cível; Rel^a Des^a Regina Lucia Passos; DORJ 05/10/2017; Pág. 514.

²¹ TJMG; APCV 1.0145.10.042000-2/001; Rel. Des. Moacyr Lobato; Julg. 14/09/2017; DJEMG 26/09/2017.

²² TJRJ; AI 0040756-56.2017.8.19.0000; Rio de Janeiro; Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor; Rel^a Des^a Fernanda Fernandes Coelho Arrabida Paes; DORJ 09/10/2017; Pág. 416.

A efetiva participação dos implicados no debate judicial, com as possibilidades inerentes à lúdima influência nas decisões judiciais a serem prolatadas, é medida que milita em favor da higidez democrática do Estado de direito.

A significância do julgamento monocrático ocorrido no âmbito da ação mencionada neste trabalho repercute para fora do processo em que ela fora proferida. Tanto é assim que, em abril de 2017, suspendeu-se uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que assegurara o pagamento de piso salarial a uma determinada categoria de trabalhadores até ulterior advento de nova norma coletiva. A referida suspensão se deu monocraticamente no bojo da Reclamação 26256, ajuizada no Supremo.

Breves conclusões

O Judiciário brasileiro, no caso, o Supremo Tribunal Federal, vem sendo palco de deliberação sobre problemas que dizem respeito ao interesse de uma classe, uma categoria, um número indeterminado de pessoas.

Nos processos judiciais em que se dão tais deliberações, há que se atentar ao exercício do contraditório.

Na acepção mais atual do princípio do contraditório, quadra a possibilidade, *rectius*, necessidade, de os atores processuais – bem como eventuais prejudicados – participarem efetivamente da tomada de decisões que, diga-se, impactarão nos rumos a serem implementados pelo Estado.

Quando da prolação de decisões judiciais definidoras de rumos estatais, há de ser respeitado o contraditório, no sentido de se permitir aos implicados e partícipes processuais as efetivas possibilidades de participação.

A alteração procedimental que se viu na ADPF 323, é algo que, data vênia, não pode acontecer. Não numa estrutura estatal que se pretenda democrática.

Na ADPF 323, os sindicatos representantes das classes prejudicadas deveriam se valer dos mecanismos processuais adequados para impugnar a alteração ritualística promovida unilateralmente pelo relator daquele feito.

Deveria haver peticionamento dos interessados (que não necessariamente são partes no processo) atacando a decisão que afastou a aplicação da súmula 277 do TST, pugnano pelo atendimento ao que fora inicialmente estabelecido: o julgamento definitivo da arguição, com a participação de todos que nela devem intervir (*amicuriae*, Ministério Público, demais ministros...).

Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 15, p. 7-20, 1998.

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.
- CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia: Opere Giuridiche*. Vol. I. Nápoles: Morano Editore, 1965.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3º ed., São Paulo, Atlas, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed., São Paulo, LTr, 2012.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Salvador: Editora Juspodivm, Volume 1, 19ª ed. 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed., v. 1, São Paulo: Malheiros, 2001.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais. Dissertação de Mestrado apresentada à PUC/SP sob orientação da Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O Amicus Curiae no Processo Administrativo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Nº 75, nov/dez de 2016, Editora Lex Magister.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 9. Ed. Brasília, DF, Gazeta Jurídica, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.
- NASSER, Paulo Magalhães. In: CÂMARA, Hélder Moroni (coordenador). *Código de processo civil: comentado*. São Paulo, Almedina, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3ª. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2016.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl., alterada, São Paulo: Atlas, 2014.

Interpretação das normas jurídicas e a liberdade judicial

Vitor Carvalho Barbosa¹

Resumo: Para compreender o instituto da decisão judicial, indispensável o estudo da interpretação judicial. Isso porque, afirma-se que a solução dos problemas jurídicos não está pré-pronta no ordenamento jurídico, carece de construção de sentido por meio do intérprete. Diante da vaguidade, ambiguidade e carga emotiva dos signos linguísticos, o aplicador do direito teria várias escolhas valorativas e opções teóricas e dogmáticas para impor sua decisão. Com base nesta percepção, alguns juristas questionam que existe uma liberdade criativa aos juízes no momento de aplicação do direito. Portanto, estes passaram a questionar se haveria alguma forma de controlar a atividade judicial e impedir a discricionariedade do julgador. Neste trabalho iremos ver estas questões sobre a perspectiva pós-giro linguístico e como a linguagem e o conhecimento interferem na produção da decisão judicial. Demonstraremos que não existe uma resposta correta ou errada no direito, apenas uma resposta mais adequada, diante do contexto sociocultural de cada sociedade.

Palavra-chave: Interpretação; Decisão judicial; Valor; Contraditório.

Introdução

O estudo da decisão judicial requer uma compreensão do instituto da interpretação judicial. Trata-se de tarefa indispensável para o aplicador do direito estudar como funciona a relação entre texto e norma, assim como o direito e fato social.

Atualmente na Teoria Geral do Direito, afirma-se que a solução dos problemas jurídicos não está pré-pronta no ordenamento jurídico, carece de construção de sentido por meio do intérprete. Diante da vaguidade, ambiguidade e carga emotiva dos signos linguísticos, o aplicador do direito teria várias escolhas valorativas e opções teóricas e dogmáticas para impor sua decisão.

Com base nesta percepção, muitos juristas passaram a questionar a liberdade criativa conferida aos juízes no momento de aplicação do direito. Passaram a questionar se haveria alguma forma de controlar a atividade judicial e impedir a discricionariedade do julgador.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo (UFES) e Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Neste trabalho iremos ver estas questões sobre a perspectiva pós-giro linguístico e como a linguagem e o conhecimento interferem na produção da decisão judicial. Demonstraremos que não existe uma resposta correta ou errada no direito, apenas uma resposta mais adequada, diante do contexto sociocultural de cada sociedade.

A importância da interpretação para aplicação do direito

Ao efetuar o estudo da incidência norma jurídica no caso concreto, é indispensável analisar o sentido e o alcance das expressões linguísticas dos enunciados prescritivos. Por ser o direito positivo um sistema linguístico, seu objeto de estudo deve ser interpretado para que seja alcançado um sentido. Não é por outro motivo que o autor Carlos Maximiliano² afirma que é tarefa primordial do aplicador do direito a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, para a correta incidência da norma.

Em um estudo sobre as decisões judiciais, percebe-se que o ato de interpretar é fundamental. Não há como falar em aplicação do direito sem compreender a significação que pode ser extraída dos textos jurídicos. O direito é formado pela compreensão de sentido, o qual exige diversas técnicas para sua utilização.

Pois bem, por muito tempo, dizia-se na Teoria Geral do Direito que a norma seria sinônimo de lei, diante do formalismo jurídico³. Este pensamento acreditava no silogismo lógico de aplicação do direito. Existia uma crença de que a norma jurídica era a expressão da razão, logo, existiria uma justiça imanente, o qual o juiz deveria encontrá-la, ao realizar a subsunção no caso.

Dessa forma, confiava-se na tradição hermenêutica o qual apontava o ato de aplicação do direito como uma revelação do conteúdo. O ato de interpretar revelaria a essência daquela expressão jurídica, e por isso, aceitava-se a ideia de que existiria um significado ontológico dos signos.

Esse pensamento teve conexão com a época pós-Revolução Francesa. Neste período, os juízes não eram pessoas merecedoras de confiança da classe dominante, a burguesia. Isso porque eles eram de origem aristocrata pré-revolução, que não coadunavam com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, apoiados pelos iluministas. Por terem sido instituídos pela aristocracia feudal, a burguesia acreditava que eles poderiam atuar em favor dos interesses da

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1.

³ BARROSO, Luiz Roberto. *Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy*. In: Universidade Federal de Minas Gerais. 2014, Belo Horizonte. Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional: Conceito e Aplicação do Direito em Robert Alexy. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Conferência-homenagem-Alexy2.pdf>. Acesso em 27 de maio de 2016.

monarquia absolutista, podendo, inclusive, negar a aplicação de leis as quais contrariassem os interesses dos detentores do poder⁴. Nesse sentido destaca o autor Ricardo Aronne⁵:

Antes da Revolução Francesa, os julgadores não estavam atrelados à lei, sendo o sistema de valoração e avaliação de prova de maior vigência na época o da convicção íntima do julgador. Não tendo os magistrados, na época, quase que nenhum limitador quanto a sua forma de julgar questões ajuizadas, eram feitas injustiças de assustador vulto, que, aliadas ao contexto da época, de favorecimento da elite, contribuíam para a opressão do povo. Quando tal opressão superou o limite do tolerável, estourou a revolução.

Conseqüentemente, chegaram a conclusão de que era imprescindível impor restrições para a atividade judicial. Portanto, o poder conferido ao julgador deveria ficar limitado a apenas afirmar o direito criado pelo Poder Legislativo. A fim de garantir controle aos poderes dos magistrados, a conclusão alcançada era de que a lei devesse ser clara, coerente e completa⁶.

Assim, nesta corrente de pensamento, entendia-se que o Direito não deveria ser interpretado, o juiz deveria ser a "*bouche de loi*". Tal entendimento, tinha como objetivo garantir a neutralidade do juiz e a eliminação do arbítrio ao proferir as decisões⁷. Conforme Fausto Santos de Moraes⁸, antes da adoção de uma Teoria da Interpretação, o legislador detinha a condição de protagonista na elaboração das leis, o juiz somente deveria utilizar a lógica aristotélica da subsunção. Através de premissa maior e menor, o intérprete dever adequar o fato à norma.

Posteriormente, percebeu-se que essa aplicação pronta da lei (juiz "boca-da-lei") poderia gerar um resultado injusto na solução dos litígios⁹. Por ser a lei abstrata e o fato concreto, o ideal seria que juiz extraísse o real significado da norma, para uma justa aplicação da lei.

Passou-se a perceber que o Direito não era sinônimo de justiça imanente, mas representava interesses dominantes em determinado espaço e tempo. Dessa forma, constatou-se que, em diversas situações, a solução dos problemas jurídicos não estava pré-pronta no ordenamento jurídico, careciam de construção de sentido por meio do intérprete.

Logo, ficou demonstrado que a lei é sempre equívoca. Diante da vaguidade, ambiguidade e carga emotiva de seus signos, abre-se a oportunidade de diversas interpretações pelo

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 49, 2009. p. 27.

⁵ ARONNE, Ricardo. O princípio do livre convencimento do juiz. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 19.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 49, 2009. p. 28.

⁷ ZANETI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPodivm. p. 169

⁸ MORAIS, Fausto Santos de. Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2013. p. 21.

⁹ CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito? Trad. OLIVEIRA, Hiltomar Martins de. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001. p. 64.

intérprete, várias escolhas valorativas e opções teóricas e dogmáticas que podem influenciar no resultado de aplicação do direito.

Nesse sentido, Tárek Moysés Moussallem¹⁰ destaca que, “a linguagem, como instrumento de saber, é saturada de vícios, a ponto de, não raramente, em determinadas circunstâncias, aniquilar o processo comunicacional”. Compreendeu o autor que, por ser o direito parte de um processo comunicacional, decorrente da linguagem, é preciso estreitar os conceitos dos signos linguísticos, para que haja uma coerência na aplicação do direito.

Com a superação dessa ideia, por meio do giro-linguístico, o conteúdo dos textos jurídicos deixa de ter um sentido preexistente, para ser algo que é construído pelo intérprete e vinculado com sua noção de mundo, eis que o ser humano está inserido em um contexto histórico-social. Dessa forma, o sentido das normas deve ser construído por meio de valoração do intérprete. Sobre este ponto, Paulo de Barros Carvalho¹¹ afirma que “segundo os padrões da moderna Ciência da Interpretação, o sujeito do conhecimento não extrai ou descobre o sentido que se achava no oculto do texto. Ele o constrói em função de sua ideologia e, principalmente, dentro dos limites de seu mundo, vale dizer, do seu universo de linguagem”.

Para alcançar o sentido das prescrições jurídicas, partimos do texto, e, através de um processo hermenêutico, construímos a norma jurídica atribuindo sentido aos enunciados do direito positivo, o qual esta precisa ser devidamente fundamentada, para ter validade no sistema de direito positivo.

Somado a esse fator, os cientistas do direito passaram enxergar a decisão judicial como instrumento de efetividade e justiça, buscando a aproximação da ideia de concretização do direito, com base em uma moldura constitucional¹². Aquela compreensão de direito apenas como um conjunto de normas formais e abstratas, sem carga valorativa, afastou o processo da ideia de direito como produto de universo cultural¹³, que prejudicaram os objetivos essenciais do direito.

A aproximação dessa ideia de que o direito é cultura trouxe uma carga valorativa para o direito, que exprime uma evolução da sociedade, através da busca de construção do ordenamento por meio de uma atuação coletiva, social. Por este motivo, o direito passa a ser concebido como movimento histórico-cultural, que por meio da constitucionalização do processo, permite a relação circular o qual concretiza o direito material através do processo¹⁴¹⁵.

No Brasil, é a partir da Constituição de 1988 que a forma de enxergar a sociedade e ordenamento jurídico sobre uma mudança metodológica, o qual o novo Código de Processo Civil é reflexo dessa mudança. Com base no Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais

¹⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, pg. 32

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008. p. 194.

¹² ZANETI JUNIOR, Hermes. A Constitucionalização do Processo. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8

¹³ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio do processo civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 25.

¹⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes; GOMES, Camila de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. In: Revista de Direitos Difusos. v. 53. mar/2011. p. 18.

¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvador. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de processo. v. 137/2006

devem buscar assegurar direitos fundamentais; prevalecer a supremacia da Constituição; conter fundamentação substancial, inclusive em relação à princípios constitucionais¹⁶. Isso porque, os direitos fundamentais são pressupostos básicos para que haja uma vida livre e digna¹⁷. Para que isso ocorra é necessário a atividade hermenêutica do aplicador do direito, para alcançar a melhor interpretação possível dos textos jurídicos.

A liberdade criativa na aplicação da norma jurídica e ausência de uma só resposta correta para o direito

Como vimos, é através da interpretação que o aplicador do direito demonstra ter ocorrido a hipótese normativa geral e abstrata e realiza a subsunção do fato à norma, por meio do ato judicial. Somente através da demonstração do preenchimento dos elementos do antecedente é que pode-se falar em aplicação dos efeitos jurídicos decorrentes, por meio da autoridade competente.

Por ser o direito um objeto cultural, o ato cognoscitivo adequado para alcançar o conhecimento é a compreensão. Compreender é um ato o qual o sentido obtido pela interpretação, o qual fixa o conteúdo do suporte físico. Isso se dá através de um método empírico dialético, o qual, o intérprete realiza a leitura do texto e dos fatos e, assim, constrói o conteúdo por meio de interpretação.

Essa interpretação é cíclica e inesgotável, pois, conforme demonstra Paulo de Barros Carvalho¹⁸, a interpretação decorre do intenso diálogo que há entre os textos jurídicos, o qual conferem uma relação de dependência entre eles. Como estão inseridos em um mesmo sistema, os enunciados de direito positivo dialogam entre si e influem na interpretação e aplicação da norma jurídica aos casos concretos.

O objeto de estudo do cientista do direito são textos, o qual são compostos por símbolos estruturados em frases, e por sua vez, constroem um sistema de signos. Para compreender a mensagem proferida pelo legislador, deve o cientista interpretar os enunciados prescritivos. O intérprete, com base nos seus limites culturais, entra em contato com os textos jurídicos e, por meio de seu ato de interpretação, atribui valores aos símbolos contidos neste texto e imputa-lhes significação. Esse processo hermenêutico poderá alcançar vários níveis de compreensão até que ocorra a satisfação do intérprete.

Dessa forma, percebe-se que este ato de interpretação é individual. Cada intérprete, ao analisar os enunciados prescritivos, terá um índice de satisfação. Do mesmo modo, cada um terá sua própria realidade cultural que contribuirá na atribuição de valores ao texto.

¹⁶ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. In: Revista de Processo. v. 242, 2015.

¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 2, n. 4, ago. 2014.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008. p. 193.

Essa ideia gera uma sensação de arbitrariedade, pois confere ao intérprete a possibilidade de valorar o direito, sem, em tese, possuir qualquer controle. Por causa disso, há uma certa resistência por parte da doutrina em conceber a norma jurídica como construção do intérprete (significação), pois essa visão revelaria a carga subjetiva do julgador^{19 20}. Porém, não há como compreender de outra forma. Inclusive, a aplicação prática do direito apenas comprova essa linha de raciocínio. Se o direito fosse tão exato, como propõem alguns autores, que acreditam haver uma resposta única para o direito, não haveria discrepância nas diversas teses doutrinárias e nas jurisprudências. Nem mesmo na aplicação da norma jurídica ao caso concreto, por meio da decisão judicial, deveria haver essa pluralidade de entendimentos.

O direito é um instrumento suscetível de valoração, bem como é utilizado como meio para implementar valores na sociedade. No entanto, justamente pela sua intertextualidade, esta valorização, pelo intérprete, está restrita à certos limites, como bem ressalta Aurora Tomazini de Carvalho²¹: i) plano de expressão dos textos jurídicos; ii) limites culturais do intérprete; iii) contexto que está envolvido.

Ora, interpretar não é apenas extrair o sentido que contém cada frase ou sentença. A significação é atribuída pelo intérprete e não está atrelada em seu suporte físico. Caso fosse o contrário, a interpretação de cada palavra deveria ter um sentido unívoco, o que não é verdade. Da mesma forma, em uma atuação processual, as decisões judiciais, em casos semelhantes, não poderiam ser conflitantes, eis que se baseiam em um mesmo texto normativo. A verdade é que a interpretação está no intérprete e por isso, deve estar condicionada aos referenciais linguísticos. Não é por outro motivo que Aurora Tomazini de Carvalho²² sustenta que:

O plano de conteúdo do direito positivo (normas jurídicas) não é extraído do substrato material do texto, como se nele estivesse imerso, esperando por alguém que o encontre. Ele é construído como juízo, na forma de significação, na mente daquele que se propõe a interpretar seu substrato material. O suporte físico do direito posto é apenas o ponto de partida para a construção das significações normativas, que não existem senão na mente humana.

Justamente essa valoração do direito causa desconforto para parcela dos juristas, pois afasta a objetividade na construção normativa. Ora, não existe limite para a interpretação, pois há abertura no suporte físico. O que permitirá a comunicação jurídica entre legislador e aplicador do direito é a vivência em um mesmo contexto histórico. Neste sentido, Hans-Georg Gadamer²³ sustenta que para haver um diálogo entre o legislador (emissor) e o intérprete (receptor), bem como o entendimento mútuo, deve haver um consenso prévio, produzido por tradições comuns. Afirma ainda que "a pré-compreensão que um intérprete leva para o texto

¹⁹ ALVIM, Teresa Arruda. Há vários caminhos para o juiz? In: Revista Judiciária do Paraná. Ano IX, n. 7, 2014.

²⁰ PELEGRINI, Ada. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. In: Revista Ajuris, n. 50, 1990.

²¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2016. p. 247.

²² CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2016. p. 238.

²³ HABERMAS, Jünger. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. Trad. MOTA, Milton Camargo. São Paulo, Loyola, 2004. p. 87.

que cumpre interpretar já é, quer ele queira quer não, impregnada e marcada pela história dos efeitos do próprio texto". Assim, quando utilizamos o contexto para justificar a valoração interpretativa, ao mesmo tempo estamos construindo o nosso contexto, servindo este como justificação ou legitimação da significação que é produzida.

Por isso, sob esse viés, não é possível dizer que existem interpretações certas ou erradas. Essa afirmação já seria uma valoração do próprio intérprete. É possível falar em interpretações mais aceitas ou menos aceitas, com base no contexto histórico-social de cada sociedade, que possa ser mais adequada ou não na aplicação do caso concreto.

Contudo, é necessário ressaltar que nessa subjetividade interpretativa não se pode deixar de considerar a existência de sentidos válidos, o qual Hans Kelsen denomina como "interpretação autêntica". Trata-se da interpretação proferida por órgão competente na aplicação do direito positivo. É autêntica pois neste caso há a criação de direitos, por meio de uma pessoa credenciada pelo próprio sistema de direito positivo, através de linguagem jurídica.

Como bem destaca Flávio Cheim, a sentença é um ato de autoridade, mas não um ato de arbitrariedade²⁴. Por isso, a construção de sentido no direito possui algumas regras. O direito positivo, cada vez mais, tem criado mecanismos para uniformizar os conteúdos significativos, e com isso, impor uma objetividade na interpretação, como ocorre com as súmulas vinculantes, precedentes normativos vinculantes, etc. Contudo, nunca será possível determinar um sentido unívoco para cada enunciado prescritivo, isso seria uma visão utópica.

Atualmente, diante das diversas alterações na forma de enxergar o direito após o giro-linguístico, bem como pela adoção do Estado Democrático do Direito, tem-se voltado uma atenção especial aos sujeitos do processo e contraditório, também como forma de delimitar a atuação do magistrado. Atualmente, entende-se que o provimento judicial deve ser construído "em conjunto" com as partes, para que seja controlado eventuais abusos no ato decisório e possibilite a realização da democracia participativa, conferindo justiça substancial.

Tem-se abandonado a ideia de um direito processual individualista, o qual o juiz constrói a decisão em um ato solitário, e passou-se a adotar uma concepção publicista do processo. Passou-se a compreender que o Estado tem interesse na satisfação da demanda, para que possa cumprir com seus objetivos sociais e políticos, garantindo a concretização de um processo democrático.

Com isso, as partes do processo passaram a obter maior espaço neste processo democrático, obtendo amplitude em sua participação, o qual segue a ideia de legitimação por meio do discurso²⁵. Logo, o princípio do contraditório passa a obter uma dimensão substancial, o qual deve garantir a participação efetiva das partes, com possibilidade de influenciar na formação da decisão judicial, da mesma forma que serve como controle da atuação do Poder Judicial.

²⁴ CHEIM, Flávio. Sentença cível. In: Revista de Processo. v. 104, 2001.

²⁵ CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). Dicionário de princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011, p. 198

Para que isso ocorra, é necessário que as partes sejam ouvidas e que o magistrado tome nota de suas falas e considere seus argumentos ao proferir a sua decisão (*right to be heard*). Não se adequa ao Estado Democrático de Direito a ideia de que o juiz constrói a decisão sozinho em seu gabinete, sem levar em consideração todos os fundamentos arguidos e discutidos no teor dos autos. A atual concepção de processo impõe uma participação cidadã, que confere os sujeitos do processo parcela de contribuição na tomada de decisão e na busca por direitos²⁶.

Portanto, para que haja um processo compatível com o Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser forte, dinâmico e substancial²⁷. É justamente por meio desse processo democrático, que a população e as partes podem exigir uma resposta analítica do Estado ao caso apresentado. A carga valorativa da sentença não é atribuída livremente pelo magistrado, mas é fruto de uma construção exercida pelos sujeitos do processo, em conjunto, de forma colaborativa, em um contraditório substancial.

Conclusão

Muito embora, após o giro-linguístico, a decisão judicial sofra pela valoração interpretativa do juiz, na prática, não é possível dizer que o magistrado tem o livre-arbítrio para conceder o provimento. O direito é um objeto cultural, fruto de um sistema linguístico, por isso, deve ser interpretado para que seja aplicado. Contudo, isso não significa que exista discricionariedade nos atos do Poder Judiciário.

Justamente pelo fato de que o direito pertence à um mundo cultural, suas respostas devem seguir coerência com a realidade o qual está inserido. Portanto, deve observar o contexto histórico-cultural que se encontra inserido, para saber se a decisão encontrada é adequada ou não ao sistema jurídico.

Nesse sentido, é possível falar em interpretações mais aceitas ou menos aceitas, com base no contexto histórico-social de cada sociedade, que possa ser mais adequada ou não na aplicação do caso concreto. Entretanto, não é possível dizer que existem interpretações certas ou erradas, pois essa afirmação já seria uma valoração do próprio intérprete e já estaria imputando uma carga axiológica no discurso.

Todavia, o sistema de direito positivo cria outros mecanismos para minimizar e valoração por parte do juiz. O direito positivo, cada vez mais, tem criado mecanismos para uniformizar os conteúdos significativos, e com isso, impor uma objetividade na interpretação, como ocorre com as súmulas vinculantes, precedentes normativos vinculantes, etc.

²⁶ NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, edição especial, 2008.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 1, 2015.

Além disso, a valorização dos sujeitos do processo também possui importante atuação na decisão judicial, pois, em um Estado Democrático de Direito, o princípio do contraditório é elevado a patamar constitucional, o qual exige a participação substancial das partes para que possa ser proferida uma decisão judicial efetiva e justa.

Referências

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. In: Revista de Processo. v. 242, 2015.
- ALVIM, Teresa Arruda. Há vários caminhos para o juiz? In: Revista Judiciária do Paraná. Ano IX, n. 7, 2014.
- ARONNE, Ricardo. O princípio do livre convencimento do juiz. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- BARROSO, Luiz Roberto. Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy. In: Universidade Federal de Minas Gerais. 2014, Belo Horizonte. Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional: Conceito e Aplicação do Direito em Robert Alexy. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Conferência-homenagem-Alexy2.pdf>. Acesso em 27 de maio de 2016.
- CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). Dicionário de princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. v. 1, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. Como nasce o direito? Trad. OLIVEIRA, Hiltomar Martins de. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de teoria geral do direito. São Paulo: Noeses, 2016.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2008.
- CHEIM, Flávio. Sentença cível. In: Revista de Processo. v. 104, 2001.
- HABERMAS, Jünger. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. Trad. MOTA, Milton Camargo. São Paulo, Loyola, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 49, 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio do processo civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MORAIS, Fausto Santos de. Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346

- f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. 2013.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Fontes do Direito Tributário. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, edição especial, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de processo. v. 137/2006
- _____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 2, n. 4, ago. 2014.
- PELEGRINI, Ada. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. In: Revista Ajuris, n. 50, 1990.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPodivm. 2016.
- _____; GOMES, Camila de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. In: Revista de Direitos Difusos. v. 53. mar/2011.
- _____. A Constitucionalização do Processo. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Mecanismos extrajudiciais de conflito

Mediação comunitária e o movimento do acesso à justiça na perspectiva do Código de Processo Civil de 1973 e 2015: involução ou evolução?

Danilo Ribeiro Silva dos Santos¹

Aline Simonelli Moreira²

Resumo: A mediação comunitária é um tratamento de solução de conflitos comunitários, que contribui para o fortalecimento da cultura da pacificação social e do despertar emancipatório do cidadão e da comunidade. Neste sentido, nota-se o protagonismo da própria comunidade, em detrimento de ser mera expectadora do Estado-juiz. Com o advento do CPC/15 e da Lei de Mediação, ao acessar o Judiciário encontra-se o estímulo do novo paradigma, qual seja, o do Tribunal Multiportas para a solução pacífica das controvérsias, por meio dos tratamentos adequados em coexistência harmônica com a justiça Estatal. No atual Estado Democrático Constitucional, com a adoção do formalismo-valorativo no CPC/15 e com a Lei de Mediação, o Poder Judiciário torna-se um *locus* centrado na pedagogia da contenção da litigiosidade e no empoderamento do indivíduo, por meio de um ambiente dialógico da comunidade em prol da pacificação social e, em *ultima ratio*, busca-se a justiça adjudicada.

Palavras-chave: Mediação comunitária; Acesso à justiça; Código de Processo Civil de 1973 e de 2015; Lei de Mediação; Formalismo-valorativo.

Mediação comunitária como tratamento adequado de solução de conflitos comunitários: o fomento da cultura da pacificação social e da emancipação do cidadão e da comunidade

Na visão de Braga Neto (2008, p. 82), a mediação comunitária objetiva contribuir com espaços de diálogo, em que são apresentadas as diferenças e os respectivos papéis dos indivíduos, de modo dinâmico, participativo e pacífico. Nesta linha de raciocínio, Braga Neto (2008, p. 82) leciona que o supramencionado tratamento adequado de solução de conflitos é eficaz, vez que permite o restabelecimento dos laços e da comunicação entre os envolvidos, fomenta a participação ativa dos sujeitos e também colabora com a inclusão social.

Quando se fala em mediação comunitária como meio de inclusão social, é válido salientar o ensino de Sales (2010, p. 133), no sentido de afirmar que esta via de tratamento tende a resolver demandas que não alcançariam sequer as vias tradicionais, considerando as parcas informações jurídicas dos envolvidos e o aspecto de baixa complexidade do conflito.

¹ Mestrando em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Mestranda em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Dentro desta ótica, extrai-se da lição de Spengler (2010, p. 280), os conflitos comunitários possuem a participação de um terceiro, mediador comunitário, que já é sabedor do contexto daquela comunidade, que usa a linguagem local e que detém a legitimidade conferida pelas partes para mediar o litígio.

Assim, quando o mediador advém da própria comunidade, esta tende a uma maior aceitabilidade da mediação, vez que já está inserido no contexto comunitário para o diálogo e escuta ativa dos envolvidos, e, via de consequência, ocorre a submissão voluntária a esta via de tratamento do conflito.

Desta forma, ao se difundir a mediação comunitária, colabora-se para a mitigar a existente crença limitante de que o Poder Judiciário é único *locus* adequado e válido para solucionar os conflitos. Consequentemente, com a quebra desta visão, desperta-se a autonomia da comunidade e dos indivíduos nela pertencentes, de modo que os incentiva a serem os autores de suas próprias histórias e potenciais solucionadores de seus próprios conflitos.

Nesta toada, os sentimentos nos mediandos de pertença à coletividade, de cidadania e de autonomia advindos da mediação comunitária ajudam a construir uma cultura de diálogo e de pacificação social.

Adverte Miranda (2014, p. 1301) que os núcleos de mediação comunitária fortalecem o vínculo de democracia, cumprem a sua função de ofertar a mediação como via de tratamento dos conflitos, conferem o direito de acesso à justiça da comunidade, possibilitam a participação, a pacificação dos conflitos e, por conseguinte, mitiga a exclusão social.

Essencial destacar também que, além dos núcleos, projetos voltados à mediação comunitária fomentam a cultura da pacificação social e impactam, positivamente, a comunidade.

No Espírito Santo, especificamente na cidade de Vila Velha, chama-se a atenção para o projeto denominado “Reconstruir o Viver”³, o qual foi criado pela juíza Dra. Patrícia Pereira Neves da 1ª. Vara da Infância e Juventude de Vila Velha. Tal projeto possui duas frentes, a saber: adoção de práticas restaurativas e mediação nos processos judiciais e adoção de práticas preventivas junto a comunidade com mediação comunitária, escolar, criação de círculos de paz e comunicação pacífica.

Neste contexto, mister desvelar o ensinamento de Bustamante (2013, p. 186), “nos conflitos que surgem nas comunidades, a manutenção dos vínculos é algo primordial, pois as relações são contínuas e duradouras e a resolução do impasse com a adjudicação judicial não é a melhor saída”.

Acesso à justiça na perspectiva do Código de Processo Civil de 1973 e 2015: para além do ingresso ao judiciário e o (re) pensar na “ordem jurídica justa”

Inicialmente, é importante destacar o ensino de Sales (2010, p. 129), no sentido de que no Estado Democrático de Direito “torna-se incompatível com a democracia um Poder Judiciário

³ <http://www.tjes.jus.br/projeto-reconstruir-o-viver-multiplica-praticas-restaurativas-e-metodos-pacificos-de-solucao-de-conflitos-em-vila-velha/>

centralizado, burocratizado, distante da população, ou mesmo a falta de mecanismos outros de acesso à justiça”.

Partindo-se desta premissa, tem-se que o acesso à justiça deve ser (re) pensado de modo responsável, ou seja, para além do ingresso ao Judiciário, de modo que o cidadão possua acesso à justiça não-estatal e consiga visualizar variadas possibilidades de tratamento dos seus conflitos no âmbito extrajudicial.

Neste sentido, não mais se pode pensar o acesso à justiça no viés do Código de Processo Civil de 1973, que apresentava uma perspectiva incipiente e tímida de acesso ao Judiciário com parcas previsões de benefício da justiça gratuita e assistência judiciária.

Oportuna, assim, a lição de Mazzei (2014, p. 197), que versa sobre a perspectiva de insuficiência do acesso à justiça no Código de Processo Civil de 1973, pois “[...] ainda que com méritos técnicos e de qualidade superior ao texto anterior, o Código de Processo Civil de 1973 não foi capaz de oferecer à sociedade, em plenitude, os instrumentos de acesso à justiça”.

Já na perspectiva do Código de Processo Civil de 2015, observa-se que o legislador processual se preocupou em criar meios de efetivar o acesso à justiça, por meio dos tratamentos adequados dos conflitos e do Tribunal Multiportas.

Sobre o modelo multiportas, Lessa Neto (2015, p. 432) esclarece que este modelo “é essencialmente democrático e participativo. Ele parte da noção de empoderamento e de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito”.

Nessa linha, Ieciona Didier (2015, p. 9) sobre a política pública de estímulo à solução consensual dos conflitos insere no artigo 3º, parágrafo segundo do Código de Processo Civil de 2015, a saber:

Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder - no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.

Deste modo, nota-se que, seguindo a lógica do Código de Processo Civil de 2015, a solução consensual dos conflitos deve ser primordial, sempre que for possível, o que indica que o Estado deverá estimular as partes à participação e a serem protagonistas dos seus próprios litígios.

Neste viés, o acesso à justiça extraído do artigo 3º, parágrafo segundo do Código de Processo Civil de 2015 significa o acesso à adequada solução dos conflitos reforçando os meios autocompositivos.

Portanto, é essencial o ensino de Tartuce (2015, p. 93), “a adoção de técnicas diferenciadas de tratamento de conflitos exige uma substancial modificação da visão do operador do Direito, do jurisdicionado e do administrador da justiça”.

E adotar técnicas de tratamento adequado dos conflitos não implica a afastabilidade do Estado juiz, tanto é verdade que o legislador processual do diploma de 2015 fez questão de

salientar a garantia da indeclinabilidade do Judiciário presente no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988.

Comunga-se, assim, da visão de Tartuce (2015, p. 133) “[...] que não há pretensão de substituir a via judiciária por outras instâncias de composição de conflitos”.

Contudo, o alerta que se faz é (re) pensar o acesso à justiça, para que se possa difundir e estimular os tratamentos adequados dos conflitos e a cultura da pacificação social em detrimento da cultura focada na sentença.

A comunidade jurídica no combate à cultura da litigiosidade e incentivo aos tratamentos adequados dos conflitos

O Código de Processo Civil de 2015 incentiva a toda comunidade jurídica à adoção dos tratamentos adequados dos conflitos em nítido contraponto à cultura da litigiosidade desenfreada.

Ocorre que quando se recorre à Lei de Mediação (Lei número 13.140/2015), nota-se menção, por uma única vez, à mediação comunitária no artigo 42, sendo uma incipiente diretriz ao fomento desta modalidade de mediar os conflitos comunitários.

De toda sorte, a previsão legislativa acerca da mediação comunitária já se torna um norte para a difusão deste tipo de tratamento de conflito, ao tempo que conscientiza os envolvidos de que é possível que a própria comunidade seja participativa, protagonista e solucionadora das questões comunitárias.

No atual Estado Democrático Constitucional, com a adoção do formalismo-valorativo no CPC/15 e com a Lei de Mediação, o Poder Judiciário torna-se um *locus* centrado na pedagogia da contenção da litigiosidade e no empoderamento do indivíduo, por meio de um ambiente dialógico da comunidade em prol da pacificação social e, em *ultima ratio*, busca-se a justiça adjudicada.

Neste sentido, convém destacar o ensino de Lessa Neto (2015, p. 429) no sentido de afirmar que “[...] o Poder Judiciário não é mais um local apenas para o julgamento, mas para o tratamento adequado de conflitos”, o que impõe, por certo, romper com a ideia tradicional e se adequar ao modelo multiportas adotado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Madureira (2017, p. 72) leciona que “[...] o Novo Processo Civil Brasileiro, tal como disciplinado pelo Código de 2015, é o processo civil do formalismo-valorativo”.

Aduz Madureira (2012, p. 77), “o formalismo-valorativo qualifica a justiça como um direito fundamental do jurisdicionado, o que induz a aplicabilidade do regime jurídico dos direitos fundamentais também às normas que regem processo”.

Assim, defende-se que é direito do jurisdicionado no CPC/15 ter acesso ofertado por toda comunidade jurídica ao tratamento adequado para cada tipo de conflito, o que se extrai do artigo 3º, parágrafos segundo e terceiro do supracitado diploma processual.

Neste aspecto, Lessa Neto (2015, p. 429 e 430) preleciona que a norma contida no artigo 3º do CPC/15 é uma norma fundamental do processo e explica o motivo, a saber:

Na verdade, o art. 3.º do CPC/2015, estabelece que a solução adequada de conflitos é uma norma fundamental do processo. É fundamental, portanto, dentro do modelo processual adotado, a criação de espaços adequados para a negociação das partes, que retomam o protagonismo na solução da disputa, o que explica a conformação dada ao procedimento comum.

De fato, o artigo 3º integra o rol das normas fundamentais do CPC/15, o que com muito mais razão, torna-se um comando que deve ser obedecido por todos os operadores de direito, sob pena de violação à Constituição da República de 1988.

Assim, não se pode olvidar que, atualmente, tratar adequadamente os conflitos pela via da mediação, conciliação, arbitragem torna-se regra no ordenamento jurídico brasileiro. Nos dizeres de Lessa Neto (2015, p. 429):

Tratamento adequado significa perceber as particularidades de cada caso e as potencialidades de cada técnica e meio. Não se trata de uma mera questão semântica, mas do próprio paradigma organizacional da justiça civil.

Por fim, premente o alerta de Vasconcelos (2015, p. 87) de que a solução consensual dos conflitos implica dizer que “este é um compromisso da cidadania e um dever dos operadores do direito e do Estado”.

Breve fechamento

Entende-se que a mediação comunitária é um importante meio de tratamento dos conflitos comunitários, que tem por objetivo a participação dos cidadãos e a sua escuta ativa, além de propiciar a inclusão social e o despertar emancipatório da comunidade.

Assim, faz-se necessário (re) pensar o acesso à justiça, de modo responsável, ou seja, para além do ingresso ao Judiciário, sobretudo, porque torna-se um dever de toda comunidade jurídica de estimular os cidadãos a buscarem as variadas portas para os tratamentos adequados dos seus conflitos.

Percebe-se que, entre os Código de Processo Civil de 1973 e 2015, houve uma tendente evolução, no que tange à visão do acesso à justiça, porém, ainda se faz necessário evoluir na conscientização do modelo multiportas para o tratamento adequado dos conflitos.

Quando se foca na mediação comunitária, notou-se o legislador disciplinou apenas, por uma única vez, o termo no artigo 42, sendo uma incipiente diretriz ao fomento desta modalidade de mediar os conflitos comunitários.

Desta maneira, é de suma importância difundir ainda mais a mediação comunitária, haja vista que se revela uma modalidade eficaz de tratamento dos conflitos, sobretudo, diante dos vínculos comunitários e da necessidade de restabelecimento da comunicação entre os envolvidos.

Por fim, fica como ponto de reflexão que o Poder Judiciário deve ser o lugar centrado na pedagogia da contenção da litigiosidade, sendo imperiosa esta mudança de paradigma por parte dos advogados, defensores públicos, juízes e Ministério Público.

Referências

- BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de Conflitos e Políticas Públicas – A experiência com a Mediação Comunitária em Distritos de Alta Vulnerabilidade da Grande São Paulo. In: Revista Brasileira de Arbitragem, CBAr, ed. 18, p. 80–90, 2008.
- BRASIL, Código de Processo Civil de 2015. Disponível em <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: nov.2017.
- BRASIL, Constituição de 1988. Disponível em <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: nov.2017.
- BRASIL, Lei de Mediação. Disponível em <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> Acesso em: nov.2017.
- BUSTAMANTE, Ana Paula; A aplicação do agir comunicativo de Habermas na mediação comunitária: o diálogo como instrumento transformador. In: Revista da Faculdade de Direito de Cândido Mendes, ano 18, nº 18, 2013, p. 186.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Comentários de Fredie Didier Jr. In: Comentários ao novo Código de Processo Civil. Coord. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 9.
- LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In: RePro, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 427-441, jun. 2015.
- MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MADUREIRA, Claudio. Direito, processo e justiça – o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça. Salvador: Juspodivm, 2012.
- MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul/dez. 2014.
- MIRANDA, Ana Karine Pessoa Cavalcante. A mediação comunitária no estado do Ceará: caminhos para a práxis cidadã e democrática? Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/02/2014_02_01289_01308.pdf> Acesso em: nov. 2017.
- PROJETO RECONSTRUIR O VIVER. Disponível em <<http://www.tjes.jus.br/projeto-reconstruir-o-viver-multiplica-praticas-restaurativas-e-metodos-pacificos-de-solucao-de-conflitos-em-vila-velha/>> Acesso em: nov. 2017.
- SALES, Lília Maria de Moraes. A mediação comunitária: instrumento de democratização da justiça. In: Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 7, n. 1, p. 129-136, 2010.
- SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos. In: Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 14, n. 2, p. 271-285, 2010.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

A utilização de métodos de solução de conflitos no NCPC/2015 tendo como uma das partes a Fazenda Pública

Giovana Aparecida Fazio Zanetti Isaac¹

Resumo: Com o advento do novo Código de Processo Civil (CPC), o legislador processual deixou clara uma imposição normativa de incentivo à solução de controvérsias envolvendo não só particulares, mas estes e a Administração Pública, ou esta com os demais entes públicos, que deve ser observada pelos magistrados, advogados e membros do Ministério público e pela própria Administração Pública, com criação de centros judiciários e câmaras de conciliação e mediação na Administração Pública. O presente artigo tem por objetivo o estudo das formas de resolução dos conflitos, bem como seus meios alternativos envolvendo a Fazenda Pública, sob uma perspectiva da conciliação, da mediação e da arbitragem. O problema que se coloca é como conciliar esses dispositivos processuais e, por extensão, as normas administrativas de sede constitucional e infraconstitucional que autorizam a disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pela Fazenda Pública, de forma a evitar uma demanda judicial de maior impacto entre os conflitantes, quando um destes é a Fazenda Pública.

Palavras-chave: Fazenda Pública e Solução de Conflitos; Código de Processo Civil; Mediação; Conciliação; Arbitragem.

A criação de um microsistema de meios adequados de solução de controvérsias

Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, às formas consensuais de resolução de conflitos foi dada maior importância, tendo sido incluída no rol a *Mediação* ao lado da *Conciliação* e da *Arbitragem*, que já eram previstas no CPC/73.

Não se trata apenas de uma ênfase a esses métodos ou técnicas. O legislador processual deixou clara uma imposição normativa de incentivo à solução de controvérsias envolvendo não só particulares, mas estes e a Administração Pública, ou esta com os demais entes públicos, que deve ser observada pelos magistrados, advogados e membros do Ministério Público e pela própria Administração Pública, com criação de centros judiciários e câmaras de

¹ Zanetti, Giovana. Mestranda em Direito Processual da UFES. Advogada. Professora da Faculdade Pitágoras em Linhares/ES. Especialista em: Direito Processual (Faculdade UNILINHARES); Direito Público (Faculdade UNIVILA); e Prática Judicial (Faculdade Metodista em parceria com a Escola da Magistratura do ES – EMES). E-mail: zanettiadv@hotmail.com. Linhares – ES.

conciliação e mediação na Administração Pública. É o que se depreende na leitura do art. 3º e seus parágrafos 2º e 3º e nos art. 165 e 174, todos da novel legislação processual.

O CPC/15, a Lei de Mediação (Lei 13.140/15), no que diz respeito à Administração Pública, representa, como ensina Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral (2016):

[...] uma quebra de paradigmas sobre a possibilidade de disputas que envolvam o interesse público, se resolvem mediante autocomposição, com benefícios para todos os participantes. O assunto, que sempre foi alvo de intensos debates na doutrina pela questão a indisponibilidade, começa a ter uma interpretação condizente com o grau de interesse público envolvido no conflito, permitindo que controvérsias transacionáveis, ainda que referente à direitos indisponíveis, sejam objeto de autocomposição, sepultando, assim, restrições injustificáveis e sem efetividade.

Também na seara privada, estes meios de autocomposição (Conciliação e Mediação) e heterocomposição (Arbitragem) têm grande importância, já que outras portas se abrem, além do litígio judicializado, para que os conflitos se resolvam de forma mais célere e menos dispendiosa, com métodos que enfrentem a fundo o problema que causou a demanda, buscando pacificar relações outrora desgastadas por mágoas e ressentimentos, visando estabelecer ou restaurar o diálogo e a compreensão, preservando-se a confidencialidade das declarações feitas pelas partes (como ocorre na Mediação), sendo o acordo uma consequência disso.

No que tange à imparcialidade e à confidencialidade como um dos princípios da Mediação, ao lado da isonomia, informalidade, oralidade, autonomia da vontade, busca do consenso e boa-fé, constantes no art. 2º da Lei 13.140/15, Paolo Comoglio e Paolo Della Vedova (2006), ao tratar do tema *conciliação extrajudicial*, aborda a *imparcialidade* e a *confidencialidade* como sendo necessárias nas conciliações e mediações:

Si sostiene da taluno che, invece di imparzialità, debba parlarsi più correttamente di neutralità. In ogni caso, mentre la prima può intendersi come 'attitudine soggettiva del conciliatore a non favorire una parte' in danno dell'altra, la seconda può definirsi come 'posizione di disinteresse rispetto all'esito della lite'. Può, anche, parlarsi, di indipendenza o di terzietà, nel senso di escludere qualsiasi vincolo oggettivo, strutturale o funzionale con taluna delle parti. [...]
Si richiede, inoltre che tutte le informazioni emerse e le dichiarazioni rese nel corso del procedimento rimangano, per quanto possibile, riservate e non utilizzabili al di fuori di esso. Un vincolo assoluto di riservatezza deve gravare anzitutto sul conciliatore e, quindi, sulle stesse parti (p. 47).

Para o professor Marcelo Abelha (2016, p. 95-96),

Esses métodos alternativos (ao Estatal) de resolução de conflitos, tanto de autocomposição (as próprias partes resolvem) quanto de heterocomposição (solução entregue ao terceiro) são denominados de *equivalentes jurisdicionais*, e mesmo com o advento da jurisdição permanecem vivos, devendo, inclusive se, sempre que possível, utilizados em conjunto com a atividade jurisdicional, como demonstra o art. 3º do CPC, isso porque a jurisdição não é um fim em si mesma, mas sim uma atividade-dever-função com a finalidade de alcançar a paz social.,

que inclusive o regulamenta sobre como deve ser exercido, sempre tendo como norte o devido processo legal.

Abelha (2016) traz como exemplos de equivalentes jurisdicionais: (1) a autotuleia; (2) a autocomposição; (3) mediação; (4) a conciliação. A arbitragem não seria um equivalente jurisdicional, mas, sim, atividade jurisdicional propriamente dita, já que o juiz arbitral, em seu entendimento, também exerce função jurisdicional, quando substitui a vontade das partes julgando o conflito, sendo sua decisão definitiva, não necessitando de prévia homologação para ser título executivo.

Independentemente da classificação que é dada à Arbitragem, se esta é ou não método alternativo de conflito, o que se defende no presente estudo é que ela é perfeitamente possível de ser utilizada nas relações em que um dos polos é a Fazenda Pública, assim como são a Conciliação e a Mediação, sem que isso signifique um desrespeito ou inobservância ao seu regime jurídico, como veremos a seguir.

Será abordado no presente trabalho a possibilidade de se compatibilizar os princípios processuais trazidos no NCPC com o regime jurídico administrativo, trazendo à baila os limites e condicionantes a que se está sujeita a Administração Pública para que se realizem de forma consensual os conflitos nos quais faça parte.

O regime jurídico administrativo: os princípios constitucionais da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público e sua compatibilização com os princípios da nova ordem jurídica processual

O Direito Administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos de Direito Público e outros específicos e enquadrados como setoriais, na classificação de Cretella Júnior, conforme Maria Sylvia (2015). O professor Cláudio Madureira (2016), por sua vez, ao falar sobre o CPC de 2015 e a Conciliação nos Processos envolvendo a Fazenda Pública, questiona:

[...] o problema que se coloca é como conciliar esses dispositivos processuais e, por extensão, as normas administrativas de sede constitucional e infraconstitucional que autorizam a disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pela Fazenda Pública – que admitem a celebração de transações em demandas que não valem a pena sob o ponto de vista financeiro, desde que observados os limites legais, e que orientam a composição do litígio, por incidência dos princípios constitucionais da legalidade administrativa, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, quando se verifica nos casos concretos, que a parte adversária tem razão, o que põe em evidência que a decisão administrativa que orienta o acordo não se fundamenta na vontade do agente estatal, que não é autônoma, mas vinculada ao Direito. [...] – aos preceitos do novo código que relacionam a conciliação à autonomia da vontade (art. 166 e p. 4º), admitindo, inclusive a utilização de técnicas negociais com o propósito de proporcionar ambiente favorável à autocomposição [...]. (MADUREIRA, 2016, p. 170-171).

No que tange ao princípio da legalidade, Di Pietro (2015) destaca que:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. (DI PIETRO, 2015, p. 97-98).

Enquanto nas relações entre particulares vigora o princípio da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe (BRASIL, 1988, Art. 5^o2), na Administração Pública vigora o princípio da legalidade (BRASIL, 1988, Art. 37), segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que está previsto na lei.

A Administração está presa ao princípio da legalidade para que possa alcançar o interesse público. Assim, "a administração não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei" (DI PIETRO, 2015, p. 98).

Para Carvalho Filho (2006, p. 16),

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.

Esse pensamento se coaduna ao de Madureira (2016, p. 172-173) sobre a atuação do advogado público, posto que, diante da ilegalidade do ato impugnado, não está autorizado "[...] a contestar o incontestável, ou sustentar o insustentável, contrapondo-se, assim, ao Direito pátrio, ainda que a pretexto de ampliar as suas receitas e/ou de minimizar as suas despesas".

O dever de submissão da Administração Pública ao *princípio da legalidade* deixa claro que "uma vez constatando que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade." (TALAMINI, 2016, p. 277). Ao lado do princípio da legalidade, tem previsão constitucional o *princípio da Moralidade* (*caput* do art. 37), o qual determina que a Administração pautar sua conduta na boa-fé. Não se pode aceitar uma postura desleal da Administração Pública quando claramente constatada que o particular tem razão em sua posição jurídica, que seu direito existe, sendo vedado àquela valer-se de artifícios ou subterfúgios ao cumprimento do dever existente.

Acerca do *princípio da boa-fé*, nos atos da Administração Pública, Jesús González Pérez (2004) ensina que:

² Conf.: Art. 5º da Constituição Federal, inciso II: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

Las administraciones públicas están investidas de unos privilegios excepcionales que las dispensan de acudir a los jueces para dirimir conflictos jurídicos y realizar forzosamente sus decisiones frente a los obligados. Pueden dictar atos obligatorios y ejecutivos, que asimismo podrán ejecutar forzosamente a través de procedimientos administrativos ejecutivos

Ahora bien, el ejercicio de la autodefensa está sujeto a los límites que el Ordenamiento jurídico establece y a los principios que lo informan, entre ellos, el de la buena fe. (PÉREZ, 2004, p. 254).

No que tange ao *princípio da boa-fé*, quando desnecessário a utilização do processo, Pérez (2004, p. 256) afirma:

Cuando la doctrina procesal se refiere al principio general de la buena fe cita preferentemente entre los supuestos de aplicación la utilización del proceso para fines contrarios a aquellos para los que está instituido. El proceso es el instrumento idóneo para lograr la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, tutela que se ha constitucionalizado (art. 24 de la Constitución). Por tanto, se contraría el principio de la buena fe siempre que se utiliza para un fin distinto, cuando sea realmente innecesario – por no existir oposición a la satisfacción de los derechos e intereses legítimos extraprocesalmente – o por ser realmente inútil – por estar prejuzada la cuestión.

Quanto ao *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, o professor Madureira (2016) explica:

[...] que os agentes estatais devem cultivar, em suas atividades cotidianas uma correta aplicação do Direito; mesmo quando, em concreto, dela puder resultar contrariedade a interesses transitoriamente defendidos pelo poder público, comumente designados como interesses secundários, segundo a classificação de Renato Alessi⁴²³. É que esses interesses não se apresentam como legítima expressão do interesse público, mas se qualificam, simplesmente, como interesses particulares do Estado (MADUREIRA, 2016 p. 176).

É importante esclarecer que:

uma coisa é a estrutura do interesse público' e outra, completamente diferente é 'a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade'. Nessa concepção, não necessariamente constitui 'interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo [...], mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo'. O interesse público terá, então, conforme Bandeira de Mello, a conotação que o Direito lhe atribuir. Afinal, 'tratando-se de um conceito jurídico [...], é óbvio que a concreta individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos só pode ser encontrada no próprio direito positivo' (Ibid., 2016, p. 177).

³ Conf.: ALESSI, Renato. Sistema Institucional del diritto amministrativo italiano. 3ed. Milão: Giuffrè, 1960.p. 197.

Há de se mencionar que o princípio da indisponibilidade do interesse público não é afetado quando a Administração Pública reconhece e dá cumprimento ao direito alheio, isso porque:

se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público. De há muito, a doutrina já esclareceu que interesses pragmáticos da Administração que não encontrem amparo no ordenamento não constituem interesse público, são meros interesses secundários, ilegítimos. O interesse de que o agente público deve buscar a satisfação não é, simplesmente, o interesse da Administração como sujeito jurídico em si mesmo ("interesse secundário"), mas, sim, o "interesse primário", formado pelo complexo de interesses prevalecentes na coletividade. Nesse passo, cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é atender ao interesse público. Só assim estará sendo observado o interesse público primário, que é o verdadeiro e único interesse público (TALAMINI, 2016, p. 277).

Nesse diapasão, para que se tenha a resposta à indagação feita pelo prof. Madureira (2016) acerca da compatibilização dos princípios do NCPC com o regime jurídico administrativo, importante se faz verificar se esses princípios acima identificados interferem, ou estão aptos a interferir, na deliberação da Advocacia Pública, em celebrar acordos em processos judiciais. Assim, é necessário, primeiramente, que se entenda as modalidades de conciliação abertas à Fazenda Pública, bem como os limites e condicionantes para cada espécie levada em consideração.

A Lei de Mediação como marco na solução de conflitos envolvendo a Fazenda Pública

Embora a Mediação seja comumente confundida com a conciliação, a arbitragem tem características (finalidades e formalidades) próprias, apesar da semelhança dos objetos entre os três institutos (direitos patrimoniais disponíveis ou indisponíveis que podem ter o seu valor convencionalizado). Seu objetivo é estabelecer ou restaurar vínculos afetivos ou de convivência, podendo ser utilizada em soluções de conflitos envolvendo relações privadas, mas também em litígios comunitários, escolares e serventias extrajudiciais, excluindo as relações trabalhistas, reguladas por lei própria.

A Mediação é introduzida legalmente em diversos ordenamentos como Argentina, Uruguai, Japão, Austrália, Itália, França dentre outros. No Brasil, houve um tempo de maturação muito expressivo conforme veremos a seguir. A doutora Trícia Navarro Xavier Cabral (2016) traz a evolução legislativa deste Instituto, que podem ser assim resumidos:

No Brasil, os mecanismos autorizadores da Mediação podem ser extraídos de diversos preceitos (CABRAL, 2016): *Do Preâmbulo da CF/88; Do art. 4º, VII da CF/88; Do Art. 5º, XXXV CF; Do II Pacto Republicano assinado em 13/04/09 pelos estados da federação; Da Resolução 125/10 complementada pela Recomendação 50/2014 do CNJ;*

A primeira proposta de regulamentação surgiu logo após a promulgação da CF/88, com o Projeto de Lei 4827/98, que fora apresentado em 10/11/1988. Aguardando sua aprovação

final, fora devolvido sem manifestação em 16/12/10 – um dia após a aprovação pelo Senado do Projeto de Lei do NCPC.

Conforme Cabral (2016), em 2011, foi apresentado no Senado o PLS 517/11 de iniciativa do Senador Ricardo Ferraço, objetivando regular de modo abrangente a mediação, suprimindo a lacuna então existente em nossa legislação. O PLS 517/11 foi aprovado pela Câmara como Projeto de Lei 7169/14 em 02/06/15, em caráter de urgência no Plenário do Senado e sancionado em 26/06/15 e deu ensejo à *Lei 13.140/15, em 29/06/15*.

É importante destacar que a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação) foi o marco teórico do tema resolução de conflitos envolvendo a Fazenda Pública, já que logo no seu art. 1^o traz este Instituto como meio de solução de controvérsias entre particulares e também em conflitos no âmbito da Administração Pública, possibilitando a composição de litígios mesmo na categoria de direitos indisponíveis, mas transigíveis. Tem-se, pois, que

O conceito de Mediação está previsto no § 1^o ⁵, sendo que a lei preferiu usar a expressão “atividade técnica” fugindo da controvérsia da natureza jurídica do instituto (se processo, procedimento, contrato, negociação assistida, equivalente jurisdicional, jurisdição, etc) (CABRAL, 2016, p. 466).

E, por fim, destaca-se da Lei de Mediação os arts. 32 a 40, que regulamenta a mediação em conflitos envolvendo a administração pública⁶, bem como o parágrafo único do art. 33, que prevê o procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos⁷.

As espécies de conciliação possíveis de serem realizadas pela Fazenda Pública e seus limites condicionantes

É sabido que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e que essa presunção não é absoluta, mas relativa. Contudo, podem ocorrer, na prática, equívocos pela Administração Pública da correta aplicação do direito do administrado.

⁴ Conf.: Art. 1o: “Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

⁵ Conf.: Art. 1^o, parágrafo único: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

⁶ Conf.: Art. 32: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública”. II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

⁷ Conf.: Art. 33. Parágrafo único: “A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos” (grifo nosso).

É possível que esses equívocos sejam corrigidos pela Advocacia Pública, no exercício da sua atividade consultiva, sob a invocação do instituto da autotutela, no entender da doutrina majoritária, como explica o prof. Celso Antônio Bandeira (2010). Por conseguinte, os advogados públicos ao perceberem, no exercício de sua atividade contenciosa, que o ato sobre o qual divergem as partes foi praticado em desrespeito ao Direito pátrio, não devem apresentar em juízo defesa ou recursos no processo.

Nesse sentido, Madureira (2016) defende a proposta de Jefferson Carús Guedes, quando este propõe que

para os casos em que se depreender equívocos da Administração Pública na aplicação do Direito, em prejuízo aos direitos subjetivos do cidadão, o emprego da conciliação (lato sensu), 'como forma consensuada de pôr fim ao conflito material (material ou processual)', a ser empregada 'por hipóteses ou espécies diversas, tais como a desistência, a renúncia, o reconhecimento do direito ou a transação'. (MADUREIRA, 2016, p. 180 - 181).

Segundo Madureira (2016), Caio Mário Rodrigues, em "A advocacia do Estado", opõe-se à tese supracitada de Carús Guedes, ao expor que um membro da Advocacia Pública, mesmo reconhecendo o caráter ilegal do ato, não pode se negar a defender a sua legalidade, por não apresentar como

O juiz da Administração Pública, cumprindo ao procurador dentro da sua possibilidade de convencimento, levar a sua palavra de orientação, o seu conselho à Administração Pública, se nela enxerga uma lesão ao direito individual, mas lhe é defeso defender a legalidade do ato contra a tese sustentada pela Administração Pública (MADUREIRA, 2016, p. 182).

Como dito, a doutrina em sua grande maioria entende que não só é uma possibilidade, mas um dever do Estado corrigir os equívocos e ilegalidades diante do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, consubstanciado no respeito aos direitos do administrado. Essas correções quando não realizadas através da autotutela, podem se dar através de métodos de resolução de conflitos consensuais, quer seja realizando concessões recíprocas ou reconhecendo a pretensão alheia. Pode ocorrer, ainda, na esfera extrajudicial ou mesmo diante de uma demanda já judicializada através da autocomposição (como na Conciliação e Mediação) ou heterocomposição (como no juízo arbitral).

A autocomposição:

Trata-se de solução parcial (por ato dos sujeitos em conflito) na qual as partes chegam a um acordo quanto à existência ou inexistência de um direito, seja pela renúncia, pela transação (concessões recíprocas) ou mediante o reconhecimento da pretensão alheia, pondo fim ao conflito de interesses existentes. Tal método não desapareceu dos ordenamentos jurídicos modernos, sendo consentido e até mesmo estimulado em muitas situações (desde que se trate de direitos disponíveis ou de reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis – v.g.: valor discutido para pensão alimentícia), embora subsistam críticas quanto à aparente espontaneidade do sacrifício próprio, bem como à desvantagem para a parte mais fraca, resultante de disparidades econômicas ou de uma interpretação errônea ou incompleta do direito. (PINHO, 2008, p. 3-4).

Na heterocomposição, cuja arbitragem é uma modalidade, o julgamento do litígio é realizado por um terceiro escolhido consensualmente pelas partes, também voltada à fixação de existência ou inexistência de um direito. A diferença primordial da heterocomposição para a conciliação é que esta é meio de conciliação induzida por alguém imparcial que apenas conduz as partes a um acordo, sem poder decisório, como ocorre no juízo arbitral, nada podendo fazer se a composição for inviável.

As modalidades de conciliação abertas à Fazenda Pública encontram amparo na novel legislação processual (CPC/15) em seu artigo 174⁸, bem como na Lei de Arbitragem (Lei 9307/96) em seu art. 1º, § 1º⁹. Desta feita, nos resta compreender quais são essas modalidades ou espécies.

Madureira (2016) explica que:

A conciliação é o modo pelo qual se realiza uma transação. A transação por sua vez, é meio hábil a prevenir e findar um litígio, mediante concessões mútuas das partes envolvidas na controvérsia, conforme descrita pelo art. 840 do Código Civil¹⁰. Assim, a transação tem conteúdo material, relacionando-se, portanto, a interesses cuja titularidade é debatida na contenda, enquanto que a conciliação tem conteúdo processual, e por isso diz respeito à maneira como esses interesses se realizam no processo. (MADUREIRA, 2016, p. 188).

O que se deve deixar claro é que nem sempre um acordo se faz através de concessões mútuas entre os litigantes, sendo instrumentalizada apenas como transação, mas pode haver uma composição do litígio quando, por exemplo: A parte autora renuncia ao direito sob o qual se funda a ação; o requerido reconhece a procedência do pedido do autor, deixando de apresentar contestação; uma das partes deixa de apresentar recurso.

Pode ocorrer, contudo, que além dessas hipóteses, as partes também possam abreviar o desfecho da causa manifestando ao juízo o seu interesse em conciliar-se, ou reconciliar-se. Daí que, como defende Madureira (2016), apoiando-se em Jefferson Carús Guedes “[...] a conciliação, em geral, não requer reciprocidade de concessões entre as partes para a prevenção ou término do conflito” (MADUREIRA, 2016, p. 190), a menos que seja implementada mediante transação.

Contudo, o acordo ou a composição do litígio só poderão ser implementados se a lei expressamente autorizar, pois se não fundando em acordo (ajuste) em erro judiciário, não se

⁸ Conf.: Art. 174: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

⁹ . Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015).

¹⁰ Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

cogitará, de violação ao princípio da legalidade administrativa, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

A Fazenda Pública diante da verificação de que a parte adversária detém e/ou que é legítima a sua resistência à pretensão da Administração Pública, ou ainda, que a demanda sob o ponto de vista econômico, levando em consideração seus custos e benefícios, não vale a pena, terá num ou noutro caso motivação para realizar acordos (em sentido *lato sensu*) no processo.

No primeiro caso, reconhecendo que a parte tem razão, não pode o Poder Público condicionar o acordo a concessões mútuas entre as partes, já que não vige no Direito Público o princípio da autonomia da vontade (comum nas relações entre particulares), mas o princípio, como já comentado, da indisponibilidade do interesse público, impondo à Administração e a seus agentes a observância da ordem jurídica estabelecida.

Na segunda hipótese aventada (transação), pode-se parecer que esta não tem viabilidade nos casos das relações entre particulares e a Fazenda Pública, embora exija alguns requisitos legais específicos e, por isso, maior exigência do legislador para que a conciliação aconteça, mas ela é perfeitamente possível. Como dito, a motivação é a seguinte: a manutenção judicial não vale a pena e a lei expressamente autoriza o acordo.

A fim de ilustrar tal possibilidade vejamos a seguinte situação: Supondo que exista uma lei estadual que estabeleça que, para causas no valor de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o procurador vinculado ao feito está autorizado a celebrar acordos no processo, contudo, esta mesma lei condicione a celebração do ajuste a que a parte adversária abra mão de 10% sobre o proveito da causa. Assim, o acordo seria instrumentalizado sob a forma de transação (concessões mútuas).

Não obstante, existem alguns limites e condicionantes à composição em exame: é necessário prévio processo administrativo, na qual a Administração constate objetivamente que não tem razão quanto à posição que está defendendo em juízo; a composição depende de expressa autorização da autoridade administrativa que teria competência para o cumprimento espontâneo da obrigação em questão, e não por ato autônomo do procurador; a composição não ficará necessariamente imune do controle desenvolvido pelos órgãos incumbidos de fiscalizar a Administração (Tribunal de Contas e Poder Legislativo); deve-se respeitar o princípio da isonomia; respeito à ordem de preferência dos precatórios obedecendo a parâmetros isonômicos.

Retorna-se novamente à questão duvidosa suscitada como objeto do presente estudo: *a possibilidade de compatibilização desses meios conciliatórios com a indisponibilidade do interesse público*. Existiria alguma limitação ou condicionante à disponibilidade pela Administração Pública do seu direito material ou da pretensão à tutela jurisdicional estatal?

Para examinar o tema, vejamos no próximo ponto a diferença entre as duas hipóteses de indisponibilidade sob o enfoque da melhor doutrina.

A indisponibilidade do direito material e da pretensão à tutela jurisdicional estatal pela administração pública

Importante, inicialmente, que se distinga o direito material (substancial) do direito processual. Nas lições do professor Abelha (2016), vemos que:

Ambos preveem normas gerais e abstratas, espécies fáticas que aguardam a ocorrência de fatos específicos para que, uma vez interpretados, possam tornar concreta uma vontade abstrata. A diferença, entretanto, é de função. A função das normas substanciais é precisamente regular a vida das pessoas e distribuir ou atribuir bens. A norma processual existe para assegurar a observância das normas substanciais, e, por isso diz-se que são normas que sobrevivem em função da outra, lhes é serviente, acessória, instrumental. A autonomia da norma processual não lhe garante uma independência absoluta e irrestrita, pois só existe para atender àquelas (as normas substanciais) (ABELHA, 2016, p. 36-37).

Para Talamini (2016), a diferença entre indisponibilidade material e indisponibilidade à tutela jurisdicional estatal concerne ao objeto em que recai a indisponibilidade num e no outro caso. No primeiro caso, incide sobre o próprio direito material; o sujeito abre mão do direito de que é titular. No segundo, por sua vez, a indisponibilidade concerne ao direito de proteção judiciária. Aquele que não tem razão deixa de valer-se do direito à tutela de direito, curvando-se à razão do adversário.

No primeiro caso (indisponibilidade do direito material), existem valores, atividades e bens, que, por sua imprescindibilidade para que o Estado exista e atue, são irrenunciáveis e inalienáveis. No que tange ao núcleo fundamental das tarefas, funções e bens essencialmente públicos, não há espaço para atos de disposição (TALAMINI, 2016).

Ainda segundo o autor, não podem ser objeto de transação ou composição: atividades e bens que por sua absoluta essência não podem ser abdicados ou alienados. Nem por lei pode se conceber. Ex.: Renúncia ao poder de legislar ou à titularidade do poder de polícia. Outros valores podem como por ex. em direito tributário a lei pode autorizar a remissão e anistia do crédito fiscal.

No segundo caso (indisponibilidade da pretensão à tutela jurisdicional estatal), as partes envolvidas no litígio, notadamente aquela que não tem razão, abdicam da possibilidade de submeter o litígio ao Poder Judiciário. Assim, existem mecanismos estritamente processuais de indisponibilidade em prol da Fazenda Pública, que, segundo Talamini (2016, p. 281), "trata-se de regras destinadas a impedir que a simples omissão na prática de atos processuais, pelo representante da Fazenda em juízo, venha a acarretar ao ente público consequências negativas que poderiam conduzir à sua derrota no processo".

Alguns exemplos: Não se dá o efeito principal da revelia quando estiver envolvido o interesse público (art. 345 CPC); O poder público não tem o ônus de impugnar especificadamente fato a fato da inicial (art. 341, I c/c 392 CPC); Não se concebe a confissão do Poder Público quando presente o interesse público (art. 392 CPC); Em certos casos, há reexame necessário de decisões contrárias à Fazenda Pública e suas autarquias e fundações (art. 496, I e II CPC).

Conclusão

A possibilidade de soluções consensuais para conflitos envolvendo a Fazenda Pública é perfeitamente possível. Primeiro porque nem todo direito defendido pela Administração Pública é indisponível, devendo se diferenciar as relações jurídicas de direito material de natureza administrativa e de natureza civil das quais participa a Administração Pública.

Como visto, houve uma superação do dogma da indisponibilidade absoluta do interesse público, podendo ser objeto de transação todos os interesses com expressão patrimonial, desde que obedecidos os limites estabelecidos por lei. Ademais, mesmo no direito indisponível é possível transação a respeito das formas e prazos de cumprimento da obrigação, exatamente como ocorre no processo coletivo.

Contudo, não se pode olvidar que os métodos alternativos, entendidos como conciliatórios são, como a própria expressão aduz, alternativa ao direito essencial de acesso à justiça ao lado do devido processo legal, os quais devem complementar-se a fim de que se consiga resolver de uma ou de outra forma conflitos de dimensões diversas e com causas muito peculiares.

Compor conflitos envolvendo a Fazenda Pública através dos métodos alternativos não é tarefa fácil. A questão vai além da possibilidade de compatibilizar o regime jurídico administrativo com os princípios processuais trazidos com o advento do NCPC, dada à imposição normativa a que a Advocacia Pública disponha sobre direitos e interesses deduzidos em juízo, mas contrários aos textos normativos.

Evidente as naturais dificuldades que os advogados públicos encontram, especialmente diante da distância entre estes e seus procuradores-chefes encarregados de apreciarem suas propostas de disposição de interesses deduzidos em juízo pelo Poder Público, tem a potencialidade de conduzir ao seu isolamento dentro das procuradorias; em especial do âmbito da Advocacia Pública Federal, cujos chefes atuam em outras unidades federadas, notadamente na capital da República. Essa circunstância pode sugerir aos procuradores que, sob o ponto de vista de dispêndio de tempo e de trabalho exigido para a sua implementação e do risco que correm, caso os procuradores chefes não apreciem suas manifestações em tempo hábil, o direcionamento a essas chefias de requerimentos de autorização para deixar de apresentar defesas e recursos e/ou para promover a conciliação no processo a eles será mais onerosa que uma irrefletida apresentação às peças processuais que lhes são demandadas pelo iter processual, que pode ser resolvido através da implementação de um sistema informatizado, no âmbito das procuradorias (MADUREIRA, 2015).

Quanto à insuficiência de regulamentação do tema nas leis administrativas que disciplinam a questão, comungamos com o entendimento do professor Madureira (2015) de que mesmo diante desta insuficiência, é possível afastá-la por simples exercício hermenêutico, porque esta autorização pode ser extraída da própria Constituição, porque decorre da aplicação direta dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como do próprio princípio da indisponibilidade do interesse público.

Referências

- ABELHA, Marcelo. Manual de Direito Processual Civil. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense.
- BANDEIRA, Celso A. Curso de Direito Administrativo 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CABRAL, Trícia. N. X. Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. In: ZANETTI, H. e CABRAL, T. Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 463-483.
- CABRAL, Trícia N. X. NCPC: Conciliação e Mediação: uma visão sobre o Novo Sistema. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/346227885/ncpc-conciliacao-e-mediacao>. Acesso em 07 de abril de 2017.
- CARVALHO FILHO, José d. S. Manual de Direito Administrativo. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COMOGLIO, Paolo; VEDOVA, Paolo D. Lineamenti di diritto processuale societário. Milano: Giuffrè, 2006.
- DI PIETRO, Maria. S. Direito Administrativo. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MADUREIRA, Cláudio P. O Código de Processo Civil de 2015 e a Conciliação nos Processos Envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETTI, H. e CABRAL, T. Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 169-209.
- MADUREIRA, Cláudio P. Advocacia Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- NEVES, Daniel A. Novo Código de Processo Civil: Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- PÉREZ, Jesús. G. El Principio General de la Buena Fe em el Derecho Administrativo. 4ª Ed. Madrid: 2004.
- PINHO, Humberto D. B. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo. 2ª Ed. Ampliada, revista e atualizada até a Lei 11694 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TALAMINI, Eduardo. A Indisponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais (Composições em juízo, Prerrogativas Processuais, Arbitragem, Negócios Processuais e Ação Monitória) – Versão Atualizada para o CPC/2015. In: ZANETTI, H. e CABRAL, T. Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 275-297.

O princípio da tutela adequada do Direito e o desastre da Samarco: o Programa de Indenização Mediada

Laísa Barroso Lima¹

Resumo: O Novo Código de Processo Civil de 2015 traz em si o Modelo de Justiça Multiportas, valorizando o Princípio da Tutela Adequada. Busca-se, assim, relacionar tal princípio com o desastre da Samarco, ocorrido a partir do rompimento da barragem de rejeitos de minério da referida empresa no município de Mariana-MG, no dia 05 de novembro de 2015, ficando conhecido como um dos maiores desastres ambientais do mundo. Inicialmente analisou-se os principais instrumentos de processo coletivo utilizados para lidar com os reflexos do conflito, com foco no Espírito Santo. Posteriormente, optou-se por centralizar o estudo no Programa de Indenização Mediada (PIM), que busca a indenização dos atingidos, estando inserido no Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta (TTAC) acordado no bojo de uma Ação Civil Pública.

Palavras-chave: Justiça Multiportas; Processo Coletivo; Desastre da Samarco; Programa de Indenização Mediada.

Introdução

Ao se falar em meios adequados de resolução de conflitos a primeira questão que nos vem em mente é o abarrotamento do Poder Judiciário. Pensa-se em pesquisas como a feita pelo CNJ em relação ao ano de 2016, em que se constatou que o Poder Judiciário Brasileiro finalizou o ano com 79,2 milhões de processos em tramitação, sendo que foram ingressaram 29,4 milhões de processos, crescendo 5,16% em relação a 2015, um número que assusta mesmo que também tenham sido baixados 29,4 milhões de processos. Essa mesma pesquisa demonstrou também que a despesa total do Judiciário no referido ano foi de R\$84,8 bilhões, crescendo 0,4%, mas que o custo por habitante diminuiu em 0,43% se comparado a 2015 (CNJ, 2017). Tendo em vista tais resultados, questiona-se acerca da capacidade de o Judiciário conseguir lidar devidamente com todas estas demandas.

Contudo, mesmo que ocorra a superação destes números, questiona-se acerca da eficácia do acesso à justiça que o Poder Judiciário em si poderia proporcionar aos indivíduos que recorressem a ele. A modificação da sociedade, de seus conflitos, torna urgente a reflexão

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes), bolsista PIBIC 2016-2017 pelo CNPq como pesquisadora do grupo Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo, vinculado ao departamento de Direito da Ufes, podendo ser contatada pelo endereço eletrônico laisabarrosolima@gmail.com.

sobre a própria forma com que lidamos com estas situações. Neste sentido, como o direito deve lidar com um acontecimento como a ruptura da barragem de rejeitos Samarco em Mariana-MG, conhecidamente um dos maiores desastres socioambientais do mundo? Um desastre que envolve multinacionais como Samarco, Vale, BHP Billiton, e, ao mesmo tempo, indivíduos como pescadores, comerciantes, comunidades tradicionais, indígenas, quilombolas, agricultores, dentre outros. Não se sabe ainda ao certo todos os danos causados pelo evento, como também são incontáveis os atingidos pela lama de rejeitos, seja direta ou indiretamente.

Partindo desta inquietação inicial, passa-se à análise sobre acesso à justiça, seguindo ao entendimento do Modelo de Justiça Multiportas do Novo Código de Processo Civil de 2015 e seu Princípio da Tutela Adequada, conectando esta nova realidade jurídica à realidade concreta do desastre da Samarco e, por fim, com um meio específico de indenização aos atingidos do caso em questão. Ressalta-se que se toma como período temporal a ser analisado do dia 05 de novembro de 2015 até o dia 20 de agosto de 2017. Por fim, unir a teoria à realidade, enxergar a concretização do Processo Coletivo e de outros meios considerados adequados para a referida tutela, fazer o direito enxergar pessoas e não somente números, é este o objetivo do presente trabalho.

Acesso à justiça e justiça multiportas

Nos séculos XVIII e XIX os procedimentos utilizados para a resolução de conflitos eram reflexo da própria percepção individualista do direito, entendendo como acesso à justiça somente a possibilidade de o indivíduo propor ou contestar uma ação judicial. Desta forma, ao Estado cabia somente a segurança deste direito de forma abstrata, gerando estudos formalistas e frequentemente de mera exegese. Contudo, com sociedades cada vez mais complexas e com o crescimento de perspectivas coletivas no lugar das individuais, o acesso à justiça começou a ser entendido de forma mais ampla, passando a ser, necessariamente, o aspecto central do estudo processual na contemporaneidade (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 04).

O alcance do acesso à justiça como direito fundamental no mundo Ocidental se deu em três diferentes ondas: a primeira surgiu a partir da ideia de assistência judiciária, possibilitado que as pessoas tidas como hipossuficientes adentrasse com demandas no Poder Judiciário. A segunda onda focou na busca da tutela dos direitos difusos, superando a visão tradicionalmente individualista do processo. Por fim, a terceira onda, apesar de ir na mesma direção das duas anteriores, possui uma percepção mais ampla da questão, refletindo sobre o próprio sistema judiciário, sobre as instituições e mecanismos para processar e prevenir disputas (Ibid., p. 04 e 12-27).

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88) estabeleceu em seu inciso XXXV do artigo 5º que nenhuma lesão ou ameaça à direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário e, seguindo a terceira onda da ideia de acesso à justiça, tem-se a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. Tal resolução, nascida em 2010, dispõe sobre a

Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, constando das primeiras diretrizes gerais para a implementação de meios extrajudiciais de resolução de conflitos, e, assim, buscando a implementação de medidas para efetivar os direitos fundamentais constitucionais (MAZZEI; CHAGAS, 2017, p. 68).

Neste contexto, tem-se o surgimento do Código de Processo Civil de 2015, a partir da Lei nº 13.105/2015. Enquanto o Código de Processo Civil de 1973 entendia o processo e o procedimento como normas de ordem pública, necessários e inalteráveis pelas partes e pelo próprio juiz, o CPC de 2015 entende que as partes e o juiz podem escolher o procedimento que mais se ajuste à solução do litígio de acordo com sua capacidade de prover a adequada solução (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 37-38). Assim, se reconhece um novo modelo denominado de Justiça Multiportas, em que se entende não haver uma técnica principal de resolução de conflitos, mas sim que cada fórmula pode ser mais ou menos oportuna se consideradas as características concretas do litígio. Logo, não são meros meios alternativos de tutela, meios subsidiários, mas sim, os mais adequados ao caso (SAID FILHO, 2016, p. 398-399).

Urge ressaltar aqui que tais mecanismos não foram desenvolvidos apenas com a dita crise jurisdicional, pois sempre permearam a história da humanidade. Destaca-se apenas que com essas modificações atuais voltaram a ser entendidas como meios legítimos a partir da referida ineficiência estatal (Ibid., p. 394-395). Percebe-se a força deste novo paradigma ao se enxergar que a Lei de Mediação, a Lei nº 13.140/015, foi promulgada apenas três meses após a promulgação do CPC/15, criando normas específicas para direcionar o uso de tais técnicas.

Observa-se, portanto, a aplicação do Princípio da Tutela Adequada, em que a construção do procedimento deverá ser feita a partir da análise da natureza do objeto em litígio, se entendendo que um procedimento inadequado poderá importar na negação da tutela jurisdicional (DIDIER JR; ZANETI JR, 2010, p. 247). Destaca-se também a normatização do Princípio da Promoção Estatal da Solução Consensual dos Conflitos, positivado pelo seu artigo 3º, do Princípio da Efetividade do Processo e da Primazia da Decisão de Mérito, exposto no art. 4º e do Princípio da Cooperação ou do Direito de Influência, colocado no art. 6º, sendo este consequência do Princípio da Boa Fé, do art. 5º (BARROS; CAÚLA; CARMO, 2016, p. 271-274).

Reflexos no processo coletivo

O próprio reconhecimento da tutela de direitos coletivo lato sensu, ou seja, de direitos coletivos em sentido estrito, direitos difusos e direitos individuais homogêneos, pode ser entendida como uma fase de desenvolvimento da percepção do acesso à justiça. Assim, mesmo que a modificação do CPC/15 tenha se dado principalmente em relação aos direitos individuais, não há impedimentos para sua aplicação aos direitos coletivos lato sensu, tendo em vista que o cerceamento da efetivação da tutela de tais direitos seria inconstitucional. Além disso, para essa efetivação de tutela, é indispensável a sua concretização, não sendo essa busca pela concretude prejudicial à sua dita indivisibilidade (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 38-39).

Importa ressaltar que se entende por processo coletivo a relação jurídica litigiosa coletiva, ou seja, em que um dos polos da demanda há um grupo, envolvendo o direito ou dever ou estado de sujeição deste. Diferentemente da tradição jurídica, o processo coletivo se caracteriza como uma litigação de interesse público, o que não se confunde com o carácter eminentemente público do processo civil, que é um instrumento estatal para se pacificar conflitos. A litigação de interesse público envolve interesses que possibilitam a realização de objetivos constitucionais da sociedade, de grande complexidade. Assim, além da tradicional "judicial review" direcionada ao controle dos atos da administração pública e da constitucionalidade das leis em casos individuais, passa-se a ter uma relacionada aos direitos coletivos que controla e adequa estes atos ao direito material coletivo (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 31 e 36-37).

Somando a complexidade da matéria com a adoção do sistema de Justiça Multiportas, ocorre a passagem de um modelo meramente responsivo e repressivo do Poder Judiciário a um modelo resolutivo e participativo, podendo atuar antes mesmo da lesão ocorrer. Surge, portanto, um modelo experimentalista de reparação, em que o juiz abre mão de ser o centro do processo, buscando a participação das partes e, inclusive, da sociedade civil, para a constituição de um programa de resolução do conflito e em que as decisões passam a ter um carácter mais flexível, no qual as próprias partes fiscalizam o seu cumprimento, possibilitando revisões devido a novas circunstâncias que surgirem (Ibid., p. 38).

Para se pensar sobre Justiça Multiportas e direitos coletivos lato sensu, indispensável considerar autores como Edilson Vitorelli (2016) quem, se questionando sobre a titularidade de tais direitos, entendeu que esta só poderia ser determinada com a análise do litígio em concreto, pois, a depender do caso, se aplica determinada concepção sociológica já desenvolvida sobre sociedade. Além disso, para classificar os litígios coletivos, o autor utilizou a complexidade e a conflituosidade presentes nestes, ou seja, o grau de variabilidade dos modos que se podem solucioná-lo e a variedade das formas que as pessoas lesadas foram atingidas, gerando, assim, diversas formas de perceberem o fato e de se posicionarem.

Dessa maneira, de acordo com referido autor, os litígios transindividuais podem ser de Difusão Global, quando a lesão não atinge diretamente nenhum grupo de pessoas, devendo a titularidade ser imputada à sociedade correspondente àquela que integra cada Estado nacional, sendo normalmente tanto o grau de complexidade como o de conflituosidade baixos. Há também os litígios de Difusão Local, em que são atingidas comunidades com fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, possuindo, assim, complexidade e conflituosidade médias, pois, mesmo com essa alta coesão entre os indivíduos afetados, ainda há divergência de interesses. Por fim, tem-se os litígios de Difusão Irrradiada, nos quais a lesão atinge diferentemente e diretamente diversas pessoas que possuem perspectivas sociais variadas. Encontra-se, portanto, uma alta complexidade e conflituosidade, aplicando-se a ideia de sociedade enquanto criação, fluida e formada por redes.

Assim, adequa-se a forma de se solucionar o conflito a partir de sua classificação. Por exemplo, no caso do litígio de difusão global, por ter objeto facilmente determinado, a probabilidade de autocomposição é alta, enquanto em relação ao litígio de difusão irradiada

a autocomposição será mais difícil, sendo, inclusive, admitida autocomposição parcial, ou seja, com apenas alguns dos subgrupos envolvidos (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 89-94).

Marcos Zucarelli (2016), por sua vez, tratando de conflitos socioambientais, define que meios extrajudiciais são tecnologias sociais de resolução de conflitos criadas por instituições para a gestão de crises possibilitando o fomento ao desenvolvimento. Diz que a partir dessas tecnologias a “participação” tem papel central na conscientização dos envolvidos no litígio. Contudo, para que essa participação ocorra de fato, é indispensável a organização de tais grupos para que tenham força nas negociações e, portanto, formas de pensamento, conhecimento e linguagem diferentes das que estão inseridas neste campo de poder seriam desconsideradas (Ibid., p. 326-327).

Nesse sentido, esses princípios de harmonização, muitas vezes exaltados como democráticos e justos, quando aplicados em sociedades com grandes desigualdades das mais variadas espécies, muitas vezes tendem a perpetuar essas condições desiguais. Portanto, pode-se, muitas vezes, eliminar os dissensos por meio da restrição da voz das partes hipossuficientes ao lugar que lhes é esperado: o da aceitação, o da negociação. Especificamente quanto a conflitos socioambientais, que possuem forte ligação com o sistema de produção que nos é imposto na contemporaneidade, instrumentos como, por exemplo, o TAC, podem, na verdade, fazer com que os chamados atingidos se insiram na lógica da sociedade de mercado e, ao invés de assegurar seus direitos, acaba por legalizar a instalação de grandes projetos que os afetarão em nome de um “bem maior” denominado desenvolvimento (ZHOURI, 2014, p. 18-19).

Seguindo o mesmo sentido, Bernadette Rogers (2014), ao propor como forma de balanceamento de poder entre as partes da mediação, ou seja, balanceamento da capacidade que elas têm de modificar o resultado, os benefícios ou custos da negociação, fazer com que elas realizem concessões realistas, admite que quando o mediador está interessado em um desenvolvimento particular do conflito, é comum se pressionar a parte mais fraca a conceder algo sob o entendimento de “concessão realista” ao invés de buscar outras opções ou reconhecer que a mediação no caso não seria o método mais apropriado para se solucionar o conflito (Ibid, p. 18-19).

Por fim, Owen Fiss (1984), ao se referir aos casos em que há significantes desigualdade de distribuição, em que há uma genuína necessidade social de se fazer uma interpretação autoritária da lei para que se alcance a justiça, afirma não acreditar nas negociações como uma prática genérica melhor que a via judicial. O autor entende que muitas vezes o consenso é criado por meio de uma coação e, portanto, a justiça muitas vezes pode não ser alcançada (Ibid., p. 1050 e 1087).

O desastre da Samarco

Na tarde do dia cinco de novembro de 2015 ocorreu a ruptura da barragem de rejeitos de minério de Fundão, localizada no Complexo Industrial Germano, no município

de Mariana, no estado brasileiro de Minas Gerais. Tal barragem era operacionalizada pela empresa Samarco Mineração S.A., que tem como acionistas a empresa anglo-australiana BPH Billiton e a brasileira Vale. Esta ruptura liberou de forma imediata aproximadamente quarenta milhões de metros cúbicos de lama de rejeitos, destruindo e soterrando o Aglomerado Rural Isolado de Bento Rodrigues, onde moravam cerca de 600 pessoas. A lama percorreu 663km pelos rios Gualaxo, do Carmo e, no dia 21 de novembro, alcançou a foz do Rio Doce, em Regência, localizada na cidade de Linhares, no estado do Espírito Santo, desaguando no Oceano Atlântico e se espalhando por 80 km² (MANSUR, 2016, p. 32).

Esse é considerado um dos maiores desastres ambientais provocado pelo rompimento de uma barragem de mineração em todo o mundo, tendo como resultado imediato de dezenove pessoas mortas e desaparecidas, mais de 1.200 pessoas sem residência, ao menos 1.469 hectares destruídos. Trinta e cinco cidades de Minas Gerais permaneceram em situação de emergência ou calamidade pública. Sete cidades de Minas Gerais e duas do Espírito Santo pararam a distribuição de água. Quatro cidades do Espírito Santo foram atingidas diretamente por este desastre (Ibidem).

Em geral, os rejeitos de barragem de mineração apresentam baixo teor de nutrientes e de carbono orgânico, o que dificulta a recuperação ambiental. Soma-se a isso o fato de que se utiliza do hidróxido de sódio no tratamento do minério, o qual possui um caráter básico e, portanto, tornando necessária a correção do Ph da água para o cultivo de alimentos e para programas de reflorestamento (GONÇALVES; PINTO; WANDERLEY, 2016, p. 147).

Contudo, é indispensável ressaltar as incertezas referentes ao comportamento dos metais pesados no vale do rio Doce, pois assim que ocorreu o rompimento, a Samarco S/A, por meio de nota, afirmou que o rejeito não apresentaria nenhum elemento químico que prejudicasse a saúde, mas, em um primeiro momento, não divulgou publicamente qualquer análise química da água do rio e do sedimento. Posteriormente as informações oficiais sobre tais elementos químicos foram contraditórias e superficiais, obstruindo, assim, uma avaliação aprofundada sobre os verdadeiros riscos e, conseqüentemente, tornando urgente um acompanhamento permanente da qualidade da água das áreas afetadas e da saúde de seus habitantes (PoEMAS , 2015, p. 35).

Especificamente quanto aos impactos gerados no Espírito Santo, podemos destacar os impactos sobre o turismo, especialmente na Vila de Regência, nacionalmente famosa pelo mar apropriado para a prática do Surf e outros esportes aquáticos, e a relação de lazer, de afetividade dos habitantes locais com o rio (ORGANON, 2015, p. 29-32). Além disso, toda a atividade de pesca está proibida na foz do rio Doce pela justiça federal por meio do Processo nº. 0002571-13.2016.4.02.5004, mas, no próprio rio, a mesma atividade não se encontra proibida. Mesmo assim, a população local alega que as pessoas não querem mais comprar os peixes dessas áreas, ou qualquer coisa que se relaciona à água.

O processo coletivo e o desastre

Frente a este desastre inúmeras foram as atuações no âmbito do Poder Judiciário, buscando se seguir o Princípio da Adequação da Tutela. Quanto ao território capixaba, tem-se que, logo em novembro de 2015, firmou-se o Termo de Compromisso Socioambiental Preliminar (TCSA) proposto pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES), Ministério Público Federal (MPF) e Ministério Público do Trabalho (MPT) à Samarco Mineração S.A., objetivando ações mitigatórias dos impactos do ocorrido sob os municípios capixabas. Após menos de um mês, realizou-se aditivo deste termo, ampliando o seu objeto para garantir a adoção de práticas de manutenção de renda e amparo às pessoas que possuíam trabalhos vinculados às correntes de água atingidas pela lama, em especial o Rio Doce (DORNELAS; et. al.; 2016, p. 349).

Cabe ressaltar que o instrumento do Termo de Ajustamento de Conduta, também conhecido como Compromisso de Ajustamento de Conduta, como estabelecido pelo art. 5º, §6º, da Lei n. 7.247/85, a Lei da Ação Civil Pública, se constitui por uma obrigação de fazer ou não fazer em que o causador da lesão transindividual se compromete a exercer, se adequando às exigências da lei. Destaca-se que este compromisso pode ser tomado apenas por um dos órgãos públicos legitimados a propor Ação Civil Pública (MAZZILLI, 2006, p. 2), estando o Ministério Público inserido neste rol.

Em seguida, destaca-se a Ação Civil Pública (ACP) que deu origem ao processo de número 0069758-61.2015.4.3400, a qual foi proposta pela Advocacia-Geral da União (AGU) e pelos órgãos de representação dos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo contra a Samarco e sua acionistas, Vale e BHP Billiton, ainda em novembro de 2015, dando origem ao Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta (TTAC) assinado em março de 2016, que pôs fim a esta ação e a outras com o mesmo objeto e que estivessem em curso ou que viessem a ser propostas. Este acordo estabeleceu programas socioeconômicos e socioambientais a serem desenvolvidos e executados por uma fundação de direito privado, chamada atualmente de Fundação Renova², formada pela Samarco e suas acionistas, constando como o orçamento total para a realização de todos os danos provocados o valor de R\$ 20 bilhões (DORNELAS; et. al.; 2016, p. 351).

Tal acordo foi intensamente criticado pelos movimentos sociais e por órgãos públicos, destacando-se o MPF³, especialmente quanto a ausência de participação das populações atingidas, movimentos sociais e de órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública na sua formação e idealização, além do caráter excessivamente genérico da proposta, tendo em vista que nenhum valor ou prazo para a reparação e indenização foi fixado no documento. Além disso, questiona-se sobre o limite objetivo dos R\$ 20 bilhões, como se alcançou tal número e como se procederá se os valores para a tutela efetiva de direitos ultrapassá-lo.

² Ver site da Fundação Renova: <<http://www.fundacaorenova.org/>>

³ Cf.: <<http://www.mpf.mp.br/es/sala-de-imprensa/noticias-es/mpf-questiona-proposta-de-acordo-judicial-da-uniao-e-estados-com-samarco-vale-e-bhp>>.

Seguindo o princípio da unidade de narrativa da Constituição, se deve evitar um TAC que não atenda à finalidade do ordenamento jurídico, aos princípios que o regem. Além disso, o órgão legitimado, não podendo dispor do direito material coletivo, vincula-se aos precedentes dos casos semelhantes à situação concreta em questão e ao estabelecido pela dogmática jurídica para se efetivar o direito coletivo. Isso se dá devido ao modelo aberto de aplicação do direito, em que a dogmática deve se estender para além da lei, somando a esta os precedentes e as doutrinas para uma melhor compreensão do problema (DIDIER JR e ZANETI JR, 2010, p. 45).

Mesmo com todas as críticas, a homologação do referido acordo ocorreu em 5 de maio de 2016 pela 1ª Região do Tribunal Regional Federal, gerando, por exemplo, a nota de repúdio divulgada pelo Fórum Capixaba em Defesa da Bacia do Rio Doce, o qual foi formado em novembro de 2015 por mais de 50 entidades diferentes, tendo sido a nota assinada no dia 06 de maio por grupos de pesquisa, movimentos sociais, organizações não governamentais, dentre outros. Nesta expuseram que tal homologação iria, na verdade, acirrar os conflitos, por desconsiderar a reparação integral dos danos, ocorrendo, inclusive, após dois dias da queda das ações da Vale e da BHP com a notícia de instauração de outra ACP pelo MPF, que tem como estimativa de reparação dos danos de R\$ 155 bilhões.

Ainda em reprimenda à homologação do acordo, no dia 13 de maio de 2016, foi enviada uma denúncia a quatro relatores especiais das Organizações das Nações Unidas (ONU), além do presidente do Grupo de Trabalho de Empresas e Direitos Humanos. A denúncia expôs como os principais fatores de violações de direitos humanos a paralização de outros processos sobre o mesmo caso, a legitimidade do processo frente à falta de participação popular, relações do governo com as empresas causadoras do desastre, a assimetria do processo de decisão e as inconsistências de prazos e metas⁴.

O MPF recorreu da referida decisão da homologação e no dia 30 de junho de 2016 o Superior Tribunal de Justiça (STJ) deferiu tal recurso. Contudo, o TTAC continua em vigor, tendo em vista que o artigo 9º da Lei da Ação Civil Pública possibilita que a eficácia do TAC se dê a partir do momento em que o órgão público legitimado toma o compromisso, caso não seja inserida uma cláusula no acordo que a module (MAZZILLI, 2006, p. 16). Ou seja, a homologação judicial só serviria para que o título passasse a ter eficácia de título executivo judicial, se sujeitando, assim, ao regime de cumprimento de sentença e, conseqüentemente, diminuindo o número de objeções e exceções que poderiam ser invocadas e possibilitando a aplicação de multa direta ao compromissário inadimplente (TESHEINER; PEZZI, 2013, p. 84-88).

Ressalta-se que na fase homologatória do TAC o juiz deve examinar o mérito do acordo, podendo controlar o conteúdo da transação por conta do próprio objeto litigioso, da presença do interesse público, da indispensabilidade de participação dos indivíduos atingidos pelo acordo e pela intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os processos que tratam

⁴ Cf.: <<http://www.conectas.org/pt/acoes/empresas-e-direitos-humanos/noticia/45644-rio-doce-acordo-sem-atingidos>>.

de direito coletivo lato sensu. Dessa forma, as partes colegitimadas que não participaram do acordo poderão, como colocado pelo art. 5º, §2º da Lei da Ação Civil Pública, solicitar a intervenção no processo (DIDIER JR e ZANETI JR, 2010, p. 53-55).

Como colocado na já referenciada nota publicada pelo Fórum Capixaba em Defesa da Bacia do Rio Doce, poucos dias antes da homologação inicial de tal acordo o MPF ajuizou ACP que deu origem ao Processo nº 0023863-07.2016.4.01.3800. Esta ação tinha como previsão cerca de R\$ 155 bilhões para a indenização e reparação completa do dano causado pela empresa, sendo tal valor pensado a partir da análise do caso em que, em 2010, a plataforma de petróleo Deepwater Horizon, da petrolífera inglesa British Petroleum (BP), localizada no Golfo do México, explodiu, poluindo 25,75 mil quilômetros quadrados da costa dos Estados Unidos, além de provocar 11 mortes (DORNELAS; et. al.; 2016, p. 352).

No dia 18 de janeiro de 2017 o MPF firmou um acordo preliminar (TAP) com a Samarco e suas acionistas, buscando o empenho de obter por meios consensuais, naquilo que fosse considerado passível de acordo, a reparação integral do dano. Por outro lado, as empresas se comprometerem a não pleitearem a homologação do TTAC firmado com a AGU e o poder público, até a finalização do prazo para a negociação do acordo final, que seria no dia 30 de junho de 2017⁵, mas até o dia 20 de agosto de 2017, não se teve notícia sobre novo pedido de homologação.

O Programa de Indenização Mediada (PIM)

Este programa, criado e executado pela Fundação Renova, se encontra na Subseção I.2 do Capítulo Segundo, que trata de Programas Socioeconômicos do TTAC, e objetiva a indenização de atingidos pelo desastre, por meio da negociação coordenada, a partir de duas fases: a primeira se refere à interrupção da distribuição e do abastecimento de água nas cidades de Governador Valadares – MG e Colatina – ES, enquanto a segunda é referente à indenização por todos os danos causados pelo desastre a todos os atingidos reconhecidos. De início já se destaca o próprio nome do programa, que nos direciona a um entendimento de se constituir um meio de mediação para se solucionar os litígios, o que vai ser questionado posteriormente em mais de um aspecto.

Em geral, buscou-se, aqui, elaborar uma espécie de Design de Sistema de Disputas – DSD, sendo este um conjunto de procedimentos desenvolvidos a partir da análise de um conflito concreto de amplo espectro (ARAUJO, 2014, p. 02). Entende-se que este design possui cinco etapas distintas, iniciando na análise do conflito e das partes envolvidas, passando para a definição dos objetivos e prioridades do sistema, criando o consenso e o desenvolvimento do sistema, concretizando o sistema e, por fim, avaliando-o constantemente, adaptando-o conforme a experiência (FALECK, 2009, p. 10-11).

⁵ Cf.: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-firma-acordo-preliminar-com-samarco-vale-e-bhp-billiton-no-valor-de-r-2-2-bilhoes>>.

Para o cálculo do valor da indenização pela falta de água em Colatina/ES e Governador Valadares/MG, a Fundação Renova diz ter considerado o período de dias em que as cidades ficaram desabastecidas e, assim, propôs o valor de R\$880,00 para a primeira e R\$1.000,00 para a segunda, por pessoa atingida, considerando o acréscimo de 10% para cada vulnerável. O atingido possui, necessariamente, 10 dias após a reunião com a fundação para pensar na proposta e, só então, em nova reunião, assinar ou não o acordo. Como dizer que se trata de mediação quando o atingido se coloca numa posição apenas de aceitar ou não a proposta feita pela Fundação, que determina todos os procedimentos do programa? Uma indenização mediada deve observar o princípio da busca do consenso, positivado pelo inciso VI do Art. 2º da Lei 13.140/2015, o que não se visualiza aqui.

Quanto ao valor da indenização de todos os danos, a Fundação diz que o cálculo se dá de acordo com as seguintes etapas: 1) Mediação: reunião com mediador contratado pela Fundação para análise do caso específico; 2) Coleta de dados: repasse de informações para a Fundação; 3) Proposta Inicial: Em nova reunião a Renova apresenta proposta inicial, que poderá ser modificada caso o atingido argumente sobre eventuais questões que deveriam ser consideradas; 4) Proposta Final: A Renova faz a proposta final e o atingido tem o prazo de 15 dias para assinar ou não o acordo extrajudicial. Assinado o acordo, as ações judiciais sobre o caso serão extintas. A Fundação ainda garante que no PIM eventuais danos futuros não estarão englobados na quitação⁶.

Mesmo que a Fundação garanta essa quitação não atinge danos futuros, o Ministério Público de Minas Gerais, analisando cópias dos acordos a serem assinados pelos atingidos de Governador Valadares na primeira fase do PIM, entendeu algumas cláusulas como abusivas⁷, ajuizando ACP alegando que estas possuem o efeito de exonerar a responsabilidade das empresas responsáveis. Assim, pediu como medida liminar, sendo posteriormente deferida pela 2ª Vara Cível de Governador Valadares, a suspensão de tais cláusulas, devendo a Fundação prosseguir com tal Programa considerando o valor praticado como um patamar mínimo indenizatório, sem prejuízo do ajuizamento de novas ações judiciais ou do prosseguimento das já existentes⁸.

Porém, a Fundação Renova interpôs Agravo de Instrumento, alegando que a liminar desvirtuava a natureza do PIM, a condenando sumariamente ao pagamento de indenização de acordos sem contrapartida, e, conseqüentemente, estimulando a litigiosidade. Destacou também o caráter voluntário e alternativo de adesão ao programa, além de que informam aos atingidos que podem procurar orientação jurídica, tendo obrigatoriamente 10 dias para se analisar a proposta do acordo⁹. Desta feita, em 02 de dezembro de 2016 o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deferiu a ineficácia da liminar concedida, sendo que a Fundação ressaltou

⁶ Cf.: <<http://www.fundacaorenova.org/noticia/fundacao-renova-esclarece-informacoes-indenizacao-mediada>>.

⁷ Cf.: <<http://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/12/Decisao100001609057170115480002016.pdf>>.

⁸ Cf.: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/justica-concede-liminar-para-afastar-clausulas-abusivas-em-acordos-de-indenizacao-dos-atingidos-pelo-rompimento-da-barragem-de-fundao-em-governador-valadares.htm#.WYmkJ1GGPIV>>.

⁹ Cf.: <<http://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/12/Decisao100001609057170115480002016.pdf>>.

publicamente que continuaria, assim, com o atendimento dos atingidos em Governador Valadares e se comprometia a dar maior celeridade ao procedimento¹⁰.

Essa celeridade pode ser vista quando em 07 de abril de 2017 a Fundação Renova divulgou que, a partir do dia 10 do mesmo mês, iriam dobrar a capacidade de atendimentos nos dois municípios atingidos pela falta de água. Além disso, a partir desta data, com apenas uma reunião o acordo poderá ser assinado, não sendo mais obrigatório o período de 10 dias para o atingido pensar sobre a proposta feita¹¹.

No dia 06 de abril de 2017 a Fundação Renova divulgou que já tinha se iniciado a segunda fase do PIM, ou seja, as negociações para o pagamento de indenização referente aos danos gerais, tendo ocorrido as primeiras reuniões no Espírito Santo nos municípios de Linhares e Baixo Guandu. A Fundação tinha como expectativa que pelo menos 85% das pessoas elegíveis para a indenização aceitassem as propostas do programa¹².

Contudo, o Programa de Indenização Mediada não deixou de ser criticado por toda a sociedade civil e movimentos sociais. Um exemplo importante é a nota da Diocese de Colatina¹³, que expôs pontos que os atingidos deveriam ter em mente antes de aceitarem assinar o acordo proposto pela Fundação, destacando que a indenização da primeira fase não abarcaria possíveis danos morais e outros danos materiais causados pela falta de água, como, por exemplo, os abusos ocorridos nas filas de distribuição de água e a paralização de distribuição de água potável pela empresa, voltando a se captar água do Rio Doce para consumo alguns dias depois, tendo sido este fato objeto de ACP ajuizada pelo MPF, MPES e MPT, pedindo liminarmente a suspensão da captação da água do rio devido à contradição em variados relatórios quanto à qualidade desta para consumo. A liminar foi indeferida, determinando-se apenas que a distribuição de água mineral deveria continuar por mais sete dias, a fim de que se confirme as análises de potabilidade da água.

Outras problemáticas referente ao programa foram expostas na nota publicada pelo Movimento dos Atingidos por Barragens – Brasil, em que expõe que em março de 2017 a Samarco firmou termo de cooperação com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais para as ações que lá tramitem sobre a falta de distribuição de água em Governador Valadares ofereça o mesmo valor proporcionado pelo PIM, sem julgamento, sendo que muitas das ações que já haviam sido julgadas concediam indenizações maiores. Portanto, o movimento defende que a aceleração da concretização do PIM envolve diretamente os interesses financeiros da empresa¹⁴. Aqui cabe fazer referência à consequente inobservância do próprio princípio da

¹⁰ Cf.: <<http://www.fundacaorenova.org/noticia/esclarecimento-sobre-o-programa-de-indenizacao-mediada>>.

¹¹ Cf.: <<http://www.fundacaorenova.org/noticia/moradores-de-colatina-e-governador-valadares-terao-agilidade-na-indenizacao-por-falta-de-agua>>.

¹² Cf.: <<http://www.fundacaorenova.org/noticia/primeiras-negociacoes-para-pagamento-de-danos-gerais-ja-estao-em-andamento>>.

¹³ Cf.: <<http://diocesedecolatina.org.br/noticiasdiocese/nota-da-diocese-de-colatina-a-respeito-da-fundacao-renova-samarco>>.

¹⁴ Cf.: <<http://www.mabnacional.org.br/noticia/programa-indeniza-mediada-armadilha-para-os-atingidos-pela-samarco>>.

autonomia da vontade das partes que deve orientar qualquer mediação, estabelecido no inciso V do Art. 2º da Lei 13.140/2015. Como o atingido escolherá optar pelo acordo ou pela via judicial se em ambos âmbitos o resultado será certamente o mesmo?

Quanto ao Regimento Interno do PIM, ele está em constante alteração, sendo que o último a que se conseguiu ter acesso foi o elaborado na data de 21 de novembro de 2016. Neste, o Art. 5, alínea (a) determina que a Fundação será responsável pelos custos e manutenção de pessoal para o PIM, inclusive do Coordenador de Mediação do PIM e da Divisão de Assistência, que inclui os mediadores, ou seja, uma das partes do litígio contratará quem mediará as negociações, se refletindo em uma barreira para a concretização do artigo 9º, da Lei n. 13.140/2015, o qual determina que o mediador deverá ser de confiança de ambas as partes. Além disso, o art. 2.4 diz que o afetado assinará termo de exoneração que liberará as Empresas e a Fundação Renova de qualquer responsabilidade derivada do desastre. Reforçando essa ideia, tem-se o art. 2.1, a alínea “e” do art. 15, a alínea “m” do art. 29.1 e o art. 46, que determina que nos acordos do PIM serão assinados um termo de quitação e renúncia de direitos quanto contra qualquer pessoa física ou jurídica responsabilizada pelo evento. Por outro lado, o art. 2.5 expressa que a participação no PIM não implica em renúncia de direitos do afetado para além dos previstos no acordo, o que nos faz perceber uma contradição no próprio regimento.

Em agosto de 2017 a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo (DPES) e a Defensoria da União (DPU) ajuizaram ACP tendo como objeto esse termo de quitação ampla, geral e irrestrita colocada nos acordos a serem assinados pelos atingidos na segunda fase do PIM, dando origem ao Processo nº. 001182136.2017.4.02.5004. Defendeu, principalmente, a impossibilidade de o afetado alegar no momento do acordo todos os danos que o desastre lhe causou e abrir mão de futuras responsabilizações da empresa, tendo em vista que a completa extensão do dano é desconhecida inclusive por órgãos públicos.

Outro ponto a se destacar deste Regimento Interno é a letra P do Artigo 29.1, que impõe sigilosidade do atingido quanto aos documentos e as informações do PIM. Mesmo que se entende a confidencialidade como um princípio da mediação, como impor sigilosidade a um caso inserido em um litígio coletivo, ou seja, que possui expresso interesse público? Soa contraditório, inclusive, ao próprio Princípio da Transparência expresso no Artigo 1.1, letra a, de tal Regimento.

Considerações finais

Não se vislumbra com este trabalho analisar profundamente todo o caso da Samarco tendo em vista a sua evidente complexidade e atualidade, com novas notícias diárias e multiplicidade de ações de seus atores. Buscou-se, de fato, atentar para a ideia de que a utilização de instrumentos jurídicos deve ser analisada com olhos voltados para as pessoas envolvidas concretamente no conflito, especialmente as mais vulneráveis.

Neste caso específico, percebeu-se a o Princípio da Adequação da Tutela posto em prática em conjunto com a ideia de Justiça Multiportas, enxergando com frequência a circularidade presente no ajuizamento de determinada ACP, com o posterior firmamento de TAC e com a criação de outras ACPs para modular o acordo então firmado. Essa é uma expressão de que a Justiça Multiportas não gera necessariamente a promoção de formas de autocomposição, mas sim, a análise e a reavaliação constante de cada caso para se encontrar a forma procedimental que mais encaixe nele. Apenas houve o reconhecimento das formas de autocomposição como meios legítimos, mas não como os únicos ou principais meios. Assim, atenta-se para que o debate sobre a adequação da tutela se volte de fato para a efetivação da cidadania dos indivíduos vulneráveis, sendo, no caso, todos os atingidos.

Seguindo a classificação de litígios coletivos elaborada por Vitorelli, o desastre da Samarco se insere como um litígio de difusão irradiada, afetando inúmeros indivíduos nos mais variados níveis e formas. Dessa maneira, a análise do instrumento adequado deve ser feita de forma extremamente detalhada, focando nas individualidades de cada grupo de afetados, sendo que para muitos dos casos a autocomposição pode vir a não ser o meio mais adequado da tutela dos atingidos.

Um dos principais aspectos a serem levantados por essa pesquisa é a real adequação do TTAC para lidar com os danos causados, se a existência de um acordo deve sobrepor à representatividade das pessoas diretamente afetadas por ele. Sendo o PIM um programa oriundo de referido acordo, o questionamento também se direciona a ele. Além disso, como na presente pesquisa não foi possível realizar análise de casos específicos concretos referentes ao PIM, cabe, aqui, apenas levantar questões importantes de serem observadas em futuras análises, destacando-se a imparcialidade divulgada dos mediadores e coordenadores do programa, contratados por uma Fundação formada pelas empresas causadoras dos danos. Observou-se também uma falta de transparência quanto ao caso, com dificuldades para se obter informações oficiais, ocasionando inúmeras revisões de materiais e dificuldade de sistematização. Isso se percebe quando o próprio site da Fundação Renova não publica todos os materiais necessários para a compreensão exata do que está acontecendo e quando o próprio acordo do PIM impõe sigilosidade aos seus documentos, contrariando o que a Justiça Multiportas propõe e, assim, possibilitando o questionamento sobre sua legitimidade e eficiência.

Conflitos coletivos como o do desastre da Samarco possuem grandes significados sociopolíticos e econômicos, lembrando que a indústria de mineração é uma das maiores na atualidade brasileira. Logo, isto deve ser necessariamente levado em consideração ao se determinar o meio adequado para sua solução. Uma autocomposição, por meio da suposta pacificação do litígio, a depender do caso e da forma que for aplicada, pode gerar uma despolitização dos atores envolvidos diretamente e, portanto, frear a conquista de direitos dos hipossuficientes em sentido lato. A aplicação do princípio da adequação da tutela deve sempre se atentar para as desigualdades das partes, as vulnerabilidades dos atingidos, as barreiras enfrentadas para o alcance da dignidade do indivíduo, e foi pensando em todo este

contexto, inclusive na dificuldade de visualizá-lo, que o presente trabalho buscou levantar ao menos as principais questões que ocorreram desde o fato que deu origem ao desastre para, só a partir deles, começar a dissertar e buscar entender, mesmo que de forma preliminar e superficial, o funcionamento do PIM.

Sendo uma espécie de Design de Sistema de Disputa, o PIM estará em constante modificação, devendo seu acompanhamento ser realizado de forma contínua e vigilante. Assim, procurou-se aqui apenas o ponto de partida para sua compreensão, devendo-se ter em mente para futuros estudos que resolver conflitos de forma meramente burocrática, sem enxergar e ouvir as pessoas que neles se encontram envolvidas e seus direitos fundamentais, ou seja, entender o direito como algo à parte do contexto social não só vai contra toda o desenvolvimento histórico do direito ao acesso à justiça e demais direitos fundamentais, faz com que meios que poderiam ser muito úteis sejam temidos nos mais diversos aspectos, retraindo possíveis avanços. Enfim, entende-se que o avanço da ideia de justiça multiportas nunca deve se confundir com o mero desafogamento do Poder Judiciário.

Referências

- ARAUJO, Nadia. FURST, Olivia. Um Exemplo Brasileiro do Uso da Mediação em Eventos de Grande Impacto: O Programa de Indenização do Voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Vol. 91, p. 337-349, jan-fev/2014.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 11ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: autocomposição em direitos coletivos*. In: Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral (Orgs.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 35-66.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Princípio da Adequação Jurisdicional do Processo Coletivo: benfazeja proposta contida no projeto de nova lei da ação civil pública*. In: GOZZOLI, Maria Clara (et. al.) (Orgs.) *Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245- 253.
- DORNELAS, Rafaela Silva. et. al. *Ações Civis Públicas e Termos de Ajustamento de Conduta no caso do desastre ambiental da Samarco: considerações a partir do Observatório de Ações Judiciais*. In: MILANEZ, Bruno; LOSEKANN, Cristiana (Orgs.). *Desastre no Vale do Rio Doce: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, p. 339-372, 2016.
- FALECK, Diego. *Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054*. *Revista Brasileira de Arbitragem*. São Paulo, vol. 6, p. 7-32, jul-set/2009.

- FISS, Owen M. Against Settlement. Faculty Scholarship Serie, Vol. 93, Paper 1215, 1984. P. 1073-1090. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215. Acesso em 23 de julho de 2017.
- GONÇALVES, Ricardo Junior de Assis Fernandes. PINTO, Raquel Giffoni. WANDERLEY, Luiz Jardim. Conflitos Ambientais e Pilhagem dos Territórios na Bacia do Rio Doce. In: ZONTA, Marcio. TROCATE, Charles (Orgs.) Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Marabá, PA: Editorial Iguana, 2016. p. 139-182. Disponível em :<http://www.ufjf.br/poemas/files/2016/11/Livro-Completo-com-capa.pdf>. Acesso em 12 de agosto de 2017.
- Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2017.
- MANSUR, Maíra Sertã et. al. Antes fosse mais leve a carga: introdução aos argumentos e recomendações referente ao desastre da Samarco/Vale/ BHP Billiton. In: ZONTA, Marcio. TROCATE, Charles (Orgs.) Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Marabá, PA: Editorial Iguana, 2016. p. 17-50. Disponível em :<http://www.ufjf.br/poemas/files/2016/11/Livro-Completo-com-capa.pdf>. Acesso em 12 de agosto de 2017. p. 32.
- MAZZEI, Rodrigo. CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve Ensaio sobre a Postura dos Atores Processuais em Relação aos Métodos Adequados de Resolução de Conflitos In: ZANETTI JR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 67 – 89.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, vol. 41, p. 93, jan/2006. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2017.
- ORGANON, Núcleo de Estudo, Pesquisa e Extensão em Mobilizações Sociais. Impactos Socioambientais no Espírito Santo da ruptura da barragem de rejeitos da Samarco-Relatório preliminar. Novembro/dezembro. Mimeo. 2015. Disponível em: https://issuu.com/organon2016/docs/relat_rio_preliminar_de_impactos_s. Acesso em 12 de agosto de 2017.
- PoEMAS. Antes fosse mais leve a carga: uma avaliação dos aspectos econômicos, institucionais e sociais do desastre da Vale/BHP/Samarco em Mariana (MG) – Relatório preliminar. Mimeo. 2015. p. 35. Disponível em: <http://www.cetem.gov.br/images/palestras/2015/mariana/poemas-2015.pdf>. Acesso em 12 de agosto de 2017.
- ROGERS, Bernadette. Power in mediation. ADR Bulletin, Vol. 6: No. 9, Article 2, 2004. p. 169-176. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/adr/vol6/iss9/2>. Acesso em 23 de julho de 2017.

- SAID FILHO, Fernando Fortes. O Novo Código de Processo Civil e o Modelo Multiportas: uma análise crítica acerca da contribuição da mediação para o futuro da justiça. In: MAILLART, Adriana Silva; OLIVEIRA, José Sebastião de; BEÇAK, Rubens (Org.). Formas consensuais de solução de conflitos. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 392-409. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/50far1k0/UXZxlj6t72K9LtgX.pdf>. Acesso em 23 de julho de 2017.
- TESHEINER, José Maria. PEZZI, Sabrina. Inquérito Civil e Compromisso de Ajustamento de Conduta. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 67-94, maio-ago/ 2013.
- VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (Org.). Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 49-107.
- ZHOURI, Andréa. Mapping Environmental Inequalities in Brazil: Mining, Environmental Conflicts and Impasses of Mediation. *desiguALdades.net*, Working Paper Series 75, 2014, Berlin: *desiguALdades.net* International Research Network on Interdependent Inequalities in Latin America. Disponível em: http://www.desigualdades.net/Resources/Working_Paper/WP-Zhourri-Online.pdf. Acesso em 23 de julho de 2017.
- ZUCARELLI, Marcos C. Efeitos institucionais e políticos dos processos de mediação de conflitos. In: MILANEZ, Bruno; LOSEKANN, Cristiana (Orgs.). Desastre no Vale do Rio Doce: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, p. 311-338, 2016.

“Justiça multiportas”: a arbitragem como método extrajudicial de solução de litígios no âmbito do Direito Internacional Privado

Matheus Belei Silva de Lorenci¹

Renan Sena Silva²

Vinícius Belo Dutra³

Resumo: Considerando o atual panorama mundial de globalização e cientes que há desafios cada vez maiores para os Estados e, além disso, a necessidade de uma prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, para a solução de litígios; verifica-se a arbitragem como possibilidade adequada para a solução de determinados conflitos. Destarte, nesta pesquisa objetiva-se estudar o instituto da arbitragem como meio extrajudicial de solução de litígios internacionais de Direito Privado. Empregando-se o método dedutivo, desenvolve-se a pesquisa tendo como base a perspectiva da “justiça multiportas”. Por meio da análise do instituto da arbitragem compreende-se que no âmbito internacional privado tal forma de tratamento de lides revela-se necessária, pelo filtro da adequação, para dirimir determinados tipos de conflitos, uma vez que as lides internacionais apresentam, em regra, maior complexidade e, não raro, sustentam-se em interesses financeiros mais robustos, aos quais a tradicional e morosa judicialização não é capaz de responder tempestiva e satisfatoriamente, ao menos não sem empecilhos e descaminhos.

Palavras-chave: Justiça Multiportas; Métodos Extrajudiciais; Arbitragem; Direito Internacional Privado; Litígios Internacionais.

Introdução

A litigiosidade endêmica patente no Brasil exige dos juristas e operadores do direito uma atitude de abertura aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos - por exemplo: a arbitragem, a mediação e a conciliação; promovendo-os como verdadeiros instrumentos de pacificação de litígios, em especial, diante das severas crises jurídicas que pululam nas relações sociais, econômicas e políticas no atual contexto do século XXI.

¹ Estudante de graduação em bacharelado de Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) - ES. E-mail: matheusbsd1@hotmail.com.

² Estudante de graduação em bacharelado de Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) - ES. E-mail: rensenasilva@gmail.com.

³ Estudante de graduação em bacharelado de Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) - ES. E-mail: vinibdutra@gmail.com.

Este artigo pretende perscrutar as possibilidades e oportunidades que os meios extrajudiciais - sobretudo a arbitragem - oferecem aos navegantes das águas tempestuosas da litigiosidade internacional, como opções mais céleres e eficazes para o reconhecimento de direitos e a obtenção da tutela de interesses controvertidos no âmbito do processo civil internacional e do direito internacional privado (DIPr).

Pela perspectiva da justiça multiportas a arbitragem é analisada, buscando-se compreender o instituto e a sua utilização no âmbito do direito internacional privado. Para tanto emprega-se o método dedutivo, por meio de revisão bibliográfica.

Desse modo, em um primeiro momento analisaremos a concepção da justiça multiportas; em seguida analisa-se a litigiosidade internacional; para então adentrarmos no instituto da arbitragem e sua utilização na seara do DIPr.

Formalismo-valorativo e a justiça multiportas: noções iniciais

Em termos da Teoria do Direito Processual, pode-se afirmar que no atual momento, o paradigma emergente é o formalismo-valorativo. Tal fase da Ciência Processo pode ser apresentada, na esteira de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 22), como sendo a fase metodológica que:

Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, [...] mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores - justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança -, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.

É nesse sentido, do atual paradigma da Teoria Processual, que deve ser vista o sistema da justiça multiportas, adotado pelo CPC/2015. O paradigma está relacionado ao modo de se perceber o fenômeno do processo no Estado Democrático de Direito. E, o sistema em tela, relacionado com maior proximidade ao acesso efetivo à justiça; à busca de promover tratamento adequado ao conflito; ao incentivo à autocomposição quando possível; dentre outros. O paradigma do formalismo-valorativo e o sistema da justiça multiportas, percebe-se, se convergem.⁴

Dentro desse contexto, pode-se afirmar que é indispensável e com grande urgência a necessidade de não apenas se pensar nos métodos extrajudiciais de resolução de litígios, mas também de incentivá-los e pô-los em prática. Não adianta apenas teorizar sobre tais

⁴ Sobre o formalismo-valorativo diz-se que visa, "a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso" (Alvaro de Oliveira, 2010, p. 23); sobre o sistema multiportas afirma-se, "A busca pela tutela adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, [...] para a aplicação da justiça coexistencial, [...] focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos".

métodos, se não forem difundidos e não houver a adesão por partes dos litigantes, que continuarão a priorizar a morosa e custosa justiça estatal, em vez de técnicas mais adequadas como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

José Renato Nalini (2016, p. 27, 28) ao considerar a população brasileira, o número de litígios no Brasil, a quantidade de demandas e o contingente de juízes e servidores do Tribunal de Justiça de São Paulo; conclui que torna-se uma necessidade a qual não se pode procrastinar a busca de outras alternativas para a solução das lides. Considera, inclusive, que buscou-se tanto a jurisdição estatal que provocou-se um acúmulo de processos, o que atrapalha a efetivação do disposto constitucional que prescreve “a duração razoável do processo” (2016, p. 28, 29).

A(s) “alternativa(s)” necessária(s) está(ão) sendo desenvolvida(s) por diversos autores e, nessa perspectiva, Didier e Zaneti enunciam (2016, p. 36): “A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado dessa justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça de multiportas”.⁵ As possibilidades de diversos meios extrajudiciais para a solução de controvérsias, inseridos no âmbito do sistema da justiça multiporta⁶, podem ser a solução para a tutela de direitos oriundas de lides que não precisarem passar pelo *iter* da justiça estatal com a presença e atuação do Estado-Juiz⁷.

O sistema multiportas no Código de Processo Civil de 2015

No desenvolvimento da história, buscando-se um tratamento de teor mais civilizado para a pacificação social, o Estado tomou para si a responsabilidade de tutelar os conflitos de interesses. Desse modo, pode-se dizer que partiu-se da autotutela, dantes devidamente legitimada, para a atuação do Estado promovendo uma atividade jurisdicional (Nalini, 2016, p. 28).

Embora, diante de tal avanço, percebe-se que o Estado não deve deter exclusivamente o domínio para a tutela das pretensões resistidas. Dentre tantas causas para essa afirmação, cita-se aqui: (i) os entraves da justiça estatal; (ii) a inadequação da atuação estatal frente a determinados tipos de conflito; e (iii) o fato de que o fim do processo, pela atuação do

⁵ A expressão Multi-Door Courthouse, traduzida como Justiça Multiportas, fora cunhada por Frank Sander, em 1976, como enunciado por Didier e Zaneti (2016, p. 36). Os autores também explicam que “Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*, *extrema ratio*” (2016, p. 36). Nesse mesmo sentido Antônio Hélio Silva (2008, p. 18) afirma que a “[...] nova ordem econômica está a exigir “alternativas novas” para a solução de controvérsias, de tal modo que a justiça pública não deveria servir de embaraço à livre circulação dos bens, serviços e mercadorias, devendo atuar somente em último caso e, antes de decidir, buscar a conciliação, pois o litígio poderia deixar seqüelas e, conseqüentemente, inviabilizar ou dificultar negócios futuros”.

⁶ Ressalta-se que a jurisdição estatal também se insere no sistema da justiça multiportas, pois não se trata de excluir a jurisdição estatal, o judiciário das possibilidades, mas de buscar uma forma de tratamento adequado visando a solucionar o litígio.

⁷ Segundo Nalini (2016, p. 31) “O primordial, na adoção das alternativas, é edificar um ambiente em que o diálogo não seja substituído pela intervenção obrigatória, automática e excessivamente técnica do Estado”.

Estado-Juiz, nem sempre culmina na pacificação social, na resolução do conflito, e as partes podem sair do processo, findo todos os procedimentos ou não (no caso de o processo ter fim por uma questão meramente processual), insatisfeitas (NALINI, 2016, p.29).

Diante de tal quadro é possível entender, de maneira mais apurada, não apenas a necessidade do sistema multiportas, mas a sua introdução no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). 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 Código (CPC/2015) prevê expressamente a possibilidade da arbitragem (art. 3, §1º) e a obrigatoriedade, como regra geral, de marcar-se uma audiência de mediação ou conciliação (art. 334, *caput*), para uma resolução consensual da lide. Assim, verifica-se que ao ingressar com uma ação no judiciário, abre-se a oportunidade para que as partes possam, de forma consensual, *inter partes*, de modo autocompositivo, chegarem ao fim do litígio.

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

Possibilidades clássicas

As possibilidades mais clássicas, dentre os modos não judiciais de resolução de controvérsias, tratados pela doutrina brasileira são (i) a conciliação, (ii) a mediação e (iii) a arbitragem. Em síntese, poderíamos dizer sobre esses três modos que: na arbitragem um terceiro imparcial decide a causa, e sua decisão é imposta às partes. Na mediação a lide é decidida pelas próprias partes, tendo o mediador menor interferência. E na conciliação o conflito também é definido pelas próprias partes, mas o conciliador tem uma maior atuação na busca da solução do conflito.

Assim, tendo em vista que estes três institutos não esgotam todas as possibilidades para a pacificação social⁸, é necessário que haja um balizador para a escolha de determinado método; e, desse modo, entende-se que a adequação é o caminho para embasar essa escolha dentre tantas técnicas que podem ser escolhidas.

A adequação: filtro de embasamento para a escolha do tratamento adequado de conflito

O objetivo de se buscar técnicas extrajudiciais é possibilitar um tratamento efetivo, tempestivo e adequado às desavenças que precisam ser pacificadas. Desse modo, entende-se que a adequação é o filtro que possibilita verificar se o método a que se pretende deve ou não ser utilizado para solucionar determinado caso concreto. A questão, assim entendida,

⁸ É válido, inclusive, destacar que Nalini cita diversos métodos diferentes (2016, p. 32, 33)

é a busca de um meio adequado⁹. Portanto, dentre tantos métodos e possibilidades, a arbitragem¹⁰ poderá ser utilizada para solucionar um caso concreto quando passar pelo filtro da adequação¹¹.

Apesar de Nalini apresentar as desvantagens da arbitragem se comparada à mediação¹², o autor (2016, p. 32) enuncia:

Num comparativo entre a arbitragem e o processo judicial, tem-se que, do lado da arbitragem, ser: adversarial, privada, alto nível de confidencialidade, partes podem escolher e modificar os procedimentos, possuem controle sobre agendamento, instrução limitada, árbitros com expertise no assunto, parâmetros escolhidos pelas partes podem ser aplicados pelos árbitros, como - por exemplo - lei de outro local, usos e costumes comerciais, soft law ou equidade. Também as decisões não formam precedentes, a sentença final é vinculante e a arbitragem pode reduzir custos do processo. Na verdade, o tempo é fator a ser considerado e sempre representa economia para quem está a enfrentar o mercado e seus prazos.

Assim, considerando tais vantagens, em especial quando em cotejo com a justiça promovida em âmbito estatal pela atuação do Estado-Juiz, verifica-se que o instituto representa importante medida para a resolução de controvérsias. Considerando que as lides com elementos de estrangeiria estão cada vez mais presentes, devido a atual configuração global, e mais complexas, entende-se que a arbitragem, no âmbito do direito internacional tem ainda mais relevância.

Desse modo, a seguir, é analisado o conflito dentro do contexto internacional, visando descrever as características desse tipo de lide e verificar os desafios e as oportunidades para a solução de controvérsias.

Litigiosidade internacional: desafios e oportunidades

O contexto do presente século favorece o surgimento de conflitos entre os particulares posicionados nos mais variados cantos do globo terrestre. Desse modo, há conflitos que

⁹ Valesca R. B. Moschen e Graziela A. Zaneti (2016, p. 6), sobre os litígios transfronteiriços, afirmam que: "a escolha do meio mais adequado para a tutela do direito é assaz importante, bem como a clareza dos fins almejados pelo processo, qual seja a tutela dos direitos efetiva (tem que se realizar no mundo real), tempestiva (que venha em tempo razoável) e adequada (ao direito material que irá versar)".

¹⁰ Segundo Nalini (2016, p. 33) "A arbitragem é outra modalidade alternativa de grande utilização, principalmente em temas cuja expertise é bastante sofisticada. Existe há muito tempo no sistema, tanto que já integra o processo civil brasileiro. Seu uso, nos Estados Unidos, foi considerado menos favorável do que a mediação, embora também positivo".

¹¹ A ideia da adequação está presente nas lições de Paula Costa e Silva, citado por Didier e Zaneti (2016, p. 37, 38).

¹² Segundo Nalini (2016, p. 30) "Em cotejo com a mediação, a arbitragem perde, porque a mediação: a) leva menos tempo; b) custa significativamente menos; c) propicia uma experiência mais satisfatória, de acordo com os partícipes". Além desses aspectos, Silva (2008, p. 22) considera que "[...] a arbitragem é caracterizada por ser de acesso restrito, não se destinando à parcela carente da população, uma vez que envolve gastos que podem torná-la ainda mais elitista que a forma tradicional, não contribuindo, conseqüentemente, para redução das desigualdades sociais".

ultrapassam as fronteiras de um único Estado soberano, atingindo dois ou mais países. Ao observar esse fenômeno, Nevitton Vieira Souza (2015, p. 16) enuncia:

No cenário globalizado atual, no qual as interações estão cada vez mais instantâneas e a comunicação, facilitada; as relações humanas, sejam de ordem social, institucional ou comercial, são incrementadas com elementos de internacionalização, o que repercute, fatalmente, nas relações jurídicas oriundas desse contexto.

O autor (SOUZA, 2015, p. 17) também declara: “Destarte, a pós-modernidade demanda uma prestação jurisdicional complexa e mais abrangente, não mais voltada apenas para o seu interior, mas atenta às fronteiras cada vez mais em diluição”. Embora o autor tenha feito essa afirmação ao tratar da necessidade de cooperação jurídica entre as jurisdições estatais para a tutela dos direitos de seus jurisdicionados; entendemos poder aplicá-la ao considerar os métodos extrajudiciais de resolução de litígios, especialmente a arbitragem em sede de direitos transfronteiriços. Assim o entendemos pois consideramos que a complexidade das lides cíveis com elementos de estrangeiria, pode demandar uma tutela mais especializada, célere e efetiva que a da prestação jurisdicional estatal¹³. Nesse parâmetro, a arbitragem pode oferecer melhor suporte para a solução dos conflitos.

Apesar do comércio internacional está presente há muito tempo na história, houve uma intensificação após a Segunda Guerra Mundial¹⁴. Como verificamos que a prática comercial gera lides¹⁵, a intensificação do comércio internacional, provoca um aumento na quantidade de conflitos com elementos de estrangeiria. Certos de tal aumento, trataremos das possibilidades para resolver tais pretensões resistidas. Pois estamos de acordo com o que Antônio Hélio Silva afirma: “O conflito em si não é o problema. O problema é a forma de lidar com o conflito” (2008, p. 20).

¹³ Nalini (2016, p. 33), nesse sentido, expressa: “[...] é importante reconhecer que o Estado contemporâneo assumiu tantas obrigações nesta era de abundância de direitos e de carência de obrigações, que já não consegue exercer com eficiência muitas delas. E o quadro mais manifesto é a insuficiência da missão consistente no monopólio de julgar”; ao dizer isso, o autor evidencia a necessidade de buscar-se alternativas, tendo em vista que o Estado não exerce de modo suficiente a prestação jurisdicional. Nesse mesmo sentido, e tratando de lides internacionais, Souza (2015, p. 17) prescreve: “Ao passo que a prestação jurisdicional não acompanha o ritmo de internacionalização que inunda as relações sociais, acumulam-se mazelas na tutela das relações jurídicas com elementos de estrangeiria, haja vista a incapacidade de o Estado isoladamente dar solução aos litígios delas oriundos”.

¹⁴ Felipe Tredinnick (2003, 317) enuncia “[...] desde antigua data el fenómeno del comercio exterior constituye una de las más importantes manifestaciones de la interrelación entre Estados. [...]. La evolución de la práctica del comercio internacional, que hoy denominamos comercio exterior, viene siendo notable sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, etapa en la que comenzaron a surgir con ímpetu imparable numerosos e importantes organismos u organizaciones internacionales de todo tipo, inclusive comerciales, que crean una intrincada red de flujos de bienes, servicios, factores de producción y procesos de integración”.

¹⁵ E para comprovar isso basta que observemos o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) - órgão responsável por mediar lides de ordem consumerista; o número de lides contra empresas que prestam serviços, como o de telefonia; etc.

Os desafios e as possibilidades da resolução de conflitos que possuem elementos de estrangeiria

Segundo Souza (2015, p. 13):

Já não se pode conceber nos tempos atuais - marcados pelo adensamento do processo globalizatório, em que as relações sociais cada vez mais são incrementadas com elementos de conexão internacional - que as mesmas respostas dadas pelo Estado num contexto estático repercutam nesse novo ambiente de modo a satisfazer a contento as demandas de seus jurisdicionados torna-se evidente que a prestação jurisdicional a qual o Estado se propõe a oferecer, para que seja efetiva e completa, requer seja remodelada, com vistas a atender também aos reclames apresentados pelas relações jurídicas com elementos de estrangeiria.

Nos impasses que possuem internacionalização, podemos destacar alguns elementos que são verdadeiros desafios para a solução das lides, especialmente pelo âmbito da jurisdição estatal¹⁶. Dentre tais podemos citar: (i) os diferentes ordenamentos jurídicos, usos e costumes, que podem incidir sobre o caso; (ii) a dificuldade de se praticar atos, como a produção de provas e citação, quando tais procedimentos devem ser praticados fora do limite jurisdicional de um país; (iii) os entraves da justiça estatal, como verificamos no Brasil - por exemplo, a morosidade; (iv) o procedimento de cada país para o reconhecimento, homologação, de sentença estrangeira; e (v) os conflitos - positivos ou negativos - de competência de jurisdição.

Sobre as possibilidades, verifica-se que há a porta da jurisdição estatal, sempre aberta para a tutela das lides entre os sujeitos, conforme disposto na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88) e no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015)¹⁷. Além disso, como preceitua o CPC/2015, tem-se a arbitragem¹⁸ e os métodos consensuais¹⁹ para a resolução de controvérsias, que deverão, inclusive, serem incentivados²⁰. Além desses, há outros modos de tratamento de conflitos, que podem ser úteis para as lides internacionais.

Destarte, a partir de tais premissas, analisa-se, a seguir, o instituto da arbitragem, para então demonstra a sua atuação na seara internacional.

¹⁶ Nesse sentido, da possibilidade de resolução pelo Estado-Juiz, Souza (2015, p.16) enuncia que: “[...] Ademir Pazzati Jr. (2012, p. 01-04) evidencia a crescente interlocução entre pessoas, naturais e jurídicas, de distintos países, as quais estabelecem cada vez mais relações jurídicas com elementos de conexão internacional. Tais elementos acabam por incrementar as relações sociais numa intensidade até então desconhecida, desafiando os mecanismos jurisdicionais tradicionais a darem conta dos litígios delas resultantes”.

¹⁷ CRFB, at. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. CPC 2015, Art. 3º, caput: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

¹⁸ Art. 3, § 1º, CPC 2015: “É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

¹⁹ Art. 3, § 2º, CPC 2015: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

²⁰ Art. 3, § 3º, CPC 2015: “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”.

O instituto da arbitragem e sua natureza jurídica

Como já demonstrado, verifica-se que é possível solucionar conflitos por meios diversos à violência e à autotutela. Busca-se assim, por exemplo, a diplomacia em oposição à guerra; o julgamento por um terceiro imparcial em substituição à vingança privada. Desse modo, muitos são os exemplos de meios pacíficos e civilizados de superação de divergências, que se prestam tanto à superação de impasses entre Estados quanto de desacertos entre particulares.

Nesse sentido, a arbitragem apresenta-se como uma oportunidade adequada, célere e eficaz de obter uma decisão de mérito diante de uma crise jurídica de certeza. O instituto é aplicável tanto às lides privadas quanto entre Estados; e viável tanto entre compatriotas quanto entre litigantes internacionais.

(Re)definindo o conceito

Um conceito simplificado de arbitragem já fora dantes apresentado. Agora pretendemos apresentar um conceito mais preciso, problematizando-o, e adotando um conceito válido dentro da perspectiva de análise adotada, a da justiça multiportas.

Pode-se conceituar o instituto da arbitragem, segundo as lições de Alexandre Câmara (1997, p. 7) - em uma análise pretérita ao advento do CPC/2015-, como

um meio paraestatal de solução de conflitos, inserido nas conquistas alcançadas pela "terceira onda renovatória" do Direito Processual. Trata-se de um meio de heterocomposição do litígio em que este é solucionado por um terceiro, estranho ao conflito, isto é, a solução do conflito é obra de alguém que não é titular de nenhum interesses conflitantes.

Câmara (1997, p. 7, 8) considera o instituto como "um meio de solução de conflitos alternativo à via judiciária [...]".

De modo semelhante, mas com sutis - e importantes - diferenças, Osvaldo J. Marzorati (1993, p. 593), define o instituto da seguinte maneira: "podemos definir al arbitraje como una técnica para la solución de conflictos que consiste en poner en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a acatar la decisión de ese tercero".

Preferimos adotar o conceito de Marzorati por vislumbrarmos que o conceito apresentado por Alexandre Câmara, não se mostra o mais adequado à perspectiva de desenvolvimento deste trabalho. Pois entendemos que não é conveniente dizer que a arbitragem é: (i) método alternativo²¹; e, além disso, (ii) preferimos não adotar o entendimento de que é um método paraestatal, pois entendemos que a arbitragem representa uma atividade jurisdicional autônoma,

²¹ Pois tal configuração desqualifica, de certo modo, o tratamento, apresentando uma carga valorativa de valorização da jurisdição estatal; principalmente, tendo em vista o entendimento de que em determinados casos o juízo arbitral configura-se como mais adequado que a própria demanda da ação no judiciário.

e não uma instituição ligada ao Estado, conferindo ao Estado-juiz o monopólio na atividade julgadora. Apresentado o conceito podemos, agora, analisar mais profundamente o instituto.

Breve panorama histórico do instituto no Brasil

A arbitragem como prática consuetudinária remota era usual entre diversas civilizações da Antiguidade²². No Brasil, a arbitragem também não é novidade²³, ainda que tenha ganhado ampla projeção apenas nas últimas décadas, com a sofisticação das lides patrimoniais e, conseqüentemente, com o avanço da crise do Poder Judiciário, a morosidade da jurisdição estatal. Na atualidade, o artigo 114 da Constituição da República de 1988, alterado pela emenda 45 de 2004, admite em seu §1º a possibilidade de que as partes em um dissídio trabalhista recorram à solução arbitral.²⁴

O instituto da arbitragem, como se percebe, não é inédito nem recente no direito brasileiro. No entanto, desenvolveu-se de modo intenso nas últimas décadas, com a emergência de uma sólida economia de mercado no Brasil e a sofisticação das relações comerciais, sobretudo a partir do surto de industrialização da década de 1970. Essa realidade resta explícita quando se observa que o Brasil é o quinto país que mais se vale da arbitragem, num mercado que movimenta bilhões de dólares (VIVIANI, 2017).

Nesse sentido, fez-se necessário regulamentá-la, o que se deu por meio da edição da Lei n.º 9.307/1996, a chamada Lei de Arbitragem. Tratemos então dos aspectos gerais do instituto conforme definidos pela referida lei, a fim de abrir caminho para reflexões mais sensíveis acerca da arbitragem internacional e da própria natureza jurisdicional da arbitragem.

Aspectos gerais da Lei da Arbitragem (Lei n.º 9.307/1996) e a natureza jurisdicional da arbitragem

A Lei n.º 9.307, já em seu artigo 1º, estabelece que a arbitragem só é cabível diante de litígios de natureza patrimonial. De fato, não se pode submeter à apreciação arbitral causas relativas a direitos extrapatrimoniais, personalíssimos, indisponíveis, enfim, existenciais.

O instituto da arbitragem concretiza-se em duas espécies possíveis, como dita o artigo 2º: a arbitragem de direito e a arbitragem por equidade. Na primeira, comporta-se o árbitro, imbuído de conhecimento jurídico, decorrente de formação relacionada, como um juiz estatal, aplicando o direito objetivo, o direito positivo vigente (Câmara, 1997, p.16; Beraldo, 2014, p.

²² Segundo Marzorati (1993, p. 593) "Esta costumbre de someter las diferencias a jueces arbitrales, distintos de los jueces estatales, y que ha tenido un gran auge en los últimos años, tiene orígenes antiquísimos, remontándose a los más antiguos cuerpos de legislación. Todos los pueblos comerciantes los han practicado. Esto ha llevado a Ayarragaray a opinar que es tan viejo como la humanidad".

²³ Nas palavras de Leonardo de Faria Beraldo (2014, p. 3) "No Brasil, a arbitragem é antiga. Dá-se notícia de que nas Ordenações filipinas, e na Constituição de 1824 e no Regulamento n. 737, de 1850, já existia previsão acerca de tal instituto, mas, atualmente, é regulamentada, precipuamente, pela Lei n. 9.307/96 (LA) [...]".

²⁴ CRFB/88 □Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros".

19). Na segunda, o árbitro pode não possuir preparo jurídico, sendo um leigo no âmbito jurídico, porém um perito diante das especificidades técnicas da causa. Dessa forma, pode não julgar conforme o direito, mas conforme a equidade, isto é, conforme seus conhecimentos técnicos temáticos e seu senso de justiça (Câmara, 1997, p. 17; Beraldo, 2014, p. 20).

Depreendemos que para Câmara (1997, p.17) a arbitragem por equidade, é mais adequada em litígios com alto grau de complexidade técnica, que um juiz alheio às peculiaridades das causas que lhe são submetidas. Isto posto, obtém-se uma decisão de mérito com maior nível de certeza e precisão, sem a necessidade de se recorrer a um perito para a formação do convencimento motivado do julgador.

A arbitragem é estabelecida por meio de uma convenção arbitral, que pode consistir, conforme o artigo 3º, na chamada cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Este é instituído quando já se configurou um conflito entre os contratantes, que, com urgência, necessitam de um julgamento técnico e célere. Aquela, por sua vez, é estabelecida previamente, resguardando o recurso ao juízo arbitral na ocorrência de um eventual e futuro conflito (BERALDO, 2014, p. 157).

Enfim, processada e julgada a causa no âmbito arbitral, profere o árbitro sua decisão. A Lei de Arbitragem denomina-a de “sentença arbitral”. A doutrina anterior à vigência do diploma legal debruçava-se sobre uma questão que parece insignificante, mas que esconde um amplo debate concernente à própria natureza jurídica do instituto. Trata-se da terminologia mais adequada aplicável à decisão arbitral.

Discutia-se se o termo mais correto seria “sentença” ou “laudo”. Diz-se laudo arbitral no direito italiano e no espanhol, por exemplo. (CÂMARA, 1997, p. 87). Vale dizer, no entanto, que o termo “sentença” parece estar em maior conformidade com a nova cultura processual que promove os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, ressaltando o caráter jurisdicional da arbitragem, uma vez que sentença é, tradicionalmente, como é chamada a decisão primordial e principal de um juiz.

Nesse sentido, Câmara (1997, p. 9), apesar de não se filiar à corrente que reconhece o caráter jurisdicional que aqui ressaltamos, esclarece que

há, basicamente, duas orientações doutrinárias acerca da natureza da arbitragem. Uma primeira corrente defende ter a arbitragem uma natureza privatista, enquanto outra corrente, claramente dominante, defende a natureza jurisdicional da arbitragem.²⁵

Leonardo de Faria Beraldo (2014, p. 3 - 5), apresenta três categorias de posicionamentos existentes sobre a natureza jurídica da arbitragem: (i) contratualista; (ii) jurisdicionalista, a

²⁵ Nesse mesmo sentido preleciona Osvaldo J. Marzorati (1993, p. 593) “En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, podemos decir que es un tema debatido. Por un lado se encuentran los que sostienen que el arbitraje tiene naturaleza contractual, encuadrándolo generalmente en la figura del mandato. Por otro lado se encuentran los que sostienen que el arbitraje tiene carácter jurisdiccional, aun cuando reconocen que los árbitros carecen de potestad para imponer coactivamente el cumplimiento de sus decisiones, postura a la que adhiere la mayoría de la doctrina moderna”.

que reconhece ser o posicionamento majoritário no Brasil; e (iii) as de caráter “intermediária e autônoma”. O autor (2014, p. 5) adota o que chama de “teoria mista, tendo em vista que a origem da arbitragem é contratualista, entretanto, sua finalidade é atividade jurisdicional”.

Sobre o caráter jurisdicional da arbitragem, Fredie Didier (2015, p.172) diz que: “no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autogoverno (autonomia privada)”. O que resta ainda mais evidente quando levado em conta o *caput* e o §1º do art. 3º do CPC/2015²⁶.

Estabelecidas as premissas para a compreensão da temática, passemos agora à discussão específica sobre a realidade e as problemáticas referentes à litigiosidade e à arbitragem internacional.

Arbitragem no âmbito internacional privado

Faz muito sentido que, apresentadas tantos benefícios, a arbitragem seja desejada no âmbito internacional, pois, devido à complexidade das relações transfronteiriças, se faz necessário que exista um mecanismo de solução de litígios capaz de abarcar tantas questões de maneira eficaz.

O procedimento da arbitragem

Quando analisamos o procedimento do processo arbitral no âmbito dos conflitos com elementos transfronteiriços verificamos similitudes com o processo arbitral instaurados para decidir questões relativas à causas que se dão exclusivamente em apenas um território soberano. Verifica-se, pelo que enuncia o Comitê Brasileiro da Câmara de Comércio Internacional²⁷ que:

Os procedimentos de arbitragem são dirigidos pela “autonomia das partes”, que são escolhas feitas pelas próprias partes sobre como querem que o litígio seja conduzido. A primeira opção consiste em decidir se pretendem ou não optar pela arbitragem. As partes podem então escolher o tipo de arbitragem (se será administrada por uma instituição ou não e, se sim, qual), o local, o idioma em que irá decorrer, a lei aplicável, o número de árbitros, entre outros. As partes podem também escolher os árbitros ou acordar no método da sua seleção.

Existe também uma enorme flexibilidade procedimental no contexto de uma dada arbitragem. Por exemplo, as partes podem escolher entre uma arbitragem lenta e minuciosa ou uma arbitragem rápida e mais econômica. Por razões óbvias, a rapidez, eficiência e custos são normalmente considerados relevantes. Quando os procedimentos adequados são estabelecidos, a arbitragem pode ser mais rápida

²⁶ Art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

²⁷ Comitê Brasileiro da Câmara de Comércio Internacional. Disponível em: <<http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/arbitragem/>>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

e acessível que o contencioso, especialmente considerando que normalmente não existe recurso às sentenças arbitrais internacionais proferidas.

Podemos, de modo sintetizado, enunciar que o processo arbitral é composto de três fases: (i) o momento em que os árbitros são escolhidos - direta ou indiretamente - pelas partes; (ii) o período probatório²⁸; e (iii) o momento decisório.

Quanto à nomeação dos árbitros, deve-se decidir se a sentença será proferida pela decisão de um árbitro ou por um corpo de árbitros - a produzir o laudo arbitral.

É preciso que se decida quem será(ão) o(s) árbitro(a) sobre o contrato firmado, bem como o procedimento a ser seguido. A autoridade garante que nenhum erro material foi produzido, o que implicaria na invalidade da sentença arbitral. É importante destacar que o procedimento arbitral pode ser classificado - quando analisado o aspecto de a quem será submetido o procedimento - de dois modos: será (i) *ad hoc*²⁹; ou (ii) por meio de uma instituição arbitral³⁰

Na fase decisória o(s) árbitro(s) escolhido(s) profere(m) a decisão, pondo fim ao litígio, por meio da a sentença, ou laudo, arbitral. Eles o fazem utilizando tudo o que foi produzido durante o momento de prova.

O Brasil e a aplicação da arbitragem em sede do direito internacional

Geroldo Augusto Hauer (2010), tendo a colaboração de Mauricio Gomm Santos, aponta que:

Há 15 anos, a arbitragem quase não existia no Brasil. Quando empresas brasileiras eram chamadas a pactuar acordos arbitrais ou resolver conflitos por arbitragem, a quase totalidade se via diante de três únicas opções: Paris, Londres ou Nova York.

Destarte, existe no Brasil desde 1996, legislação específica sobre o Instituto, consagrando na lei 9.307 sua aplicação e desdobramentos. Após a edição da lei, a arbitragem passou não apenas a ser regulada por dispositivo específico, como também permitiu agilidade ainda maior, pois antes precisaria ser homologada em território nacional por uma corte judiciária

²⁸ Marzorati (1993, p. 611) aponta que é esse o período em que, de fato, são analisados os documentos, realizadas inspeções e feitas as audiências com as partes - fase indispensável para que os árbitros cheguem a uma decisão para o caso.

²⁹ Segundo Marzorati (1993, p. 606-607) Uma arbitragem que não é submetida a uma instituição se chama *ad hoc*, e deve ser analisada com cuidado. O documento mais importante sobre esse tipo de arbitragem ou seja, que não é de nenhuma instituição específica é o "Regras de Arbitragem UNCITRAL". Há consenso que a capacidade dos representantes será validade de acordo com a lei do domicílio.

³⁰ Nesse âmbito, podemos citar algumas Instituições: CCI (Corte de Arbitragem de Comércio Internacional), Corte de arbitragem de Londres, Associação Americana de Arbitragem, UNCITRAL, Corte de Arbitragem da URSS, Comissão de Arbitragem da China. A eleição de uma instituição arbitral garante que a certeza do procedimento (como a arbitragem será convocada) e ante quem será proposta (MARZORATI, 1993, p. 606, 607).

para ser considerada válida. Na presente realidade brasileira, é necessário apenas que o Supremo Tribunal de Justiça homologue a decisão arbitral estrangeira, conforme o artigo 35 da Lei de Arbitragem.

Tratados internacionais de arbitragem para a solução das lides de Direito Internacional Privado

Vários foram os documentos firmados no plano internacional, no âmbito de convenções diplomáticas e organizações internacionais, em que os Estados reconheceram sua importância como mecanismo legítimo para solução de controvérsias, destacando-se os mais importantes por seus efeitos na sistematização doutrinária e legislativa no âmbito dos Estados, como: o Protocolo de Genebra Sobre Cláusulas arbitrais de 1923; Convenção de Nova York de 1958, assinada e ratificada por um grande número de países; a Convenção Interamericana Sobre a Arbitragem Comercial Internacional - Convenção do Panamá-, de 1975; a Lei Modelo da UNCITRAL de 1985 . Ao mesmo tempo foram estabelecidas instituições que se estruturaram permanentemente para atender as partes que quisessem submeter seu litígio a um tribunal arbitral, como a American Arbitration Association (AAA) com sede em Nova Iorque, a International Chamber of Commerce (ICC) com sede em Paris, e a London Court of Arbitration, sediada em Londres.

Estatísticas e exemplos concretos corroboram tais percepções. A Câmara de Comércio Internacional (CCI) e o Centro Internacional de Resolução de Disputas (CIRD), braço internacional da Associação Americana de Arbitragem, duas das principais instituições arbitrais do mundo, têm experimentado um aumento de arbitragens com partes brasileiras. Em 2009, 12% dos árbitros escolhidos pela CCI provieram das Américas. À exceção dos Estados Unidos, o Brasil contou com mais advogados nomeados como árbitros do que todos os demais países. O CIRD apresenta igual quadro. A Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC), tem administrado um crescente número de arbitragens com partes estrangeiras ou subsidiárias brasileiras de empresas estrangeiras (HAUER, 2010).

Os textos normativos de direito internacional que orientam o regime de arbitramento comercial internacional no nosso país estão contidos na *Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova York*, de 10 de junho de 1958, promulgada no Brasil pelo Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002; a *Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional* de 1975, Panamá (promulgada pelo Decreto 1.902. de 9.5.1996), e *Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros*, de Montevideo 1979 (promulgada pelo Decreto 2.411, de 2.12.1997), além da *Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional* (CNUDMI) da ONU de caráter programático. Cabe assinalar ainda que, no âmbito do Mercosul, foi editado com regras semelhantes o *Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul* de 23.7.1998, promulgado no Brasil pelo Decreto 4.719, de 4.5.2003 (Gilson Dipp, 2002).

Conclusão

Ao se analisar a quantidade de demandas judiciais existentes no Brasil, é possível perceber a importância dos tratamentos extrajudiciais de conflitos, seja por autocomposição, ou por heterocomposição - com é o caso da arbitragem, sobretudo no contexto da Justiça Multiportas, adotado pelo CPC/2015.

A arbitragem tem se mostrado como um instrumento apto a garantir a eficaz solução de litígios, ao permitir que nas relações privadas prevaleça o protagonismo das partes, maiores interessadas na resolução dos conflitos.

Concluimos também que o processo arbitral promove uma atividade jurisdicional, sendo a arbitragem, desse modo, jurisdição; o que fica ainda mais evidente considerando o art. 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

Além disso, verificamos que pelo contexto do presente século, em que há cada vez mais a intensificação dos conflitos envolvendo elementos de estrangeiria, a tutela pela jurisdição estatal pode não ser a mais adequada para a pacificação dos conflitos privados internacionais; por não ser capaz, em diversos casos, de oferecer uma tutela adequada, tempestiva e efetiva aos seus jurisdicionados.

Nossa análise, ademais, concluiu que no Brasil tem-se recorrido à arbitragem para a solução de litígios e que há uma estrutura internacional que possibilita a atuação dessa modalidade de tratamento de conflitos.

Referências

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ANDREWS, Neil. The Modern Civil Process In England. In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC - V.9 - JUSTIÇA MULTIPORTAS Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 1.ed.Salvador: JusPodivm, 2016, v. 9, p. 787-815.
- BERALDO, Leonardo de Faria Beraldo. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atla, 2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.307, de 1996. Lei de Arbitragem. Brasília, 2015
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem. Lei n.º 9.307/96. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.
- Comitê Brasileiro da Câmara de Comércio Internacional. Disponível em: <<http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/arbitragem/>>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.

- DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC - V.9 - JUSTIÇA MULTIPORTAS Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 1.ed.Salvador: JusPodivm, 2016, v. V. 9, p. 35-66.
- DIPP, Gilson. O Brasil na arbitragem internacional. *Conjur*, 22 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-22/gilson-dipp-arbitragem-comercial-internacional-contexto-brasileiro>>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.
- HAUER, Geroldo Augusto. O Brasil na arbitragem internacional. *Gazeta do Povo*, 29 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/colunistas/cenarios-de-direito-empresarial/o-brasil-na-arbitragem-internacional-2qg1iwfn3jz9k910tqxhvm6>>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.
- IJC. Los orígenes. Disponível em: <<http://www.un.org/es/icj/origin.shtml>>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.
- VIVIANI, Luís. Brasil é o 5º país que mais utiliza arbitragem no mundo. *Jota*, 19 set. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/consenso/brasil-e-o-5o-pais-que-mais-utiliza-arbitragem-no-mundo-19092017#>>. Acesso em: 30 de setembro de 2017.
- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI, Graziela Argenta. Processo Internacional Transfronteiriço: Os Litígios que Não Respeitam Fronteiras - Da Soberania à Tutela dos Direitos. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, v. 2, p. 1-15, jan./jul. 2016. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1022>. Acesso em: 04 set. 2017.
- NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC - V.9 - JUSTIÇA MULTIPORTAS Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 1.ed.Salvador: JusPodivm, 2016, v. V. 9, p. 27-34.
- MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). *Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7 p. 17-38.
- SOUZA, Nevitton Vieira. *Sistemas de reconhecimento de sentença estrangeira no Brasil: panorama e adequação normativos*. 2015, 137 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Processual, Vitória, 2015.
- TREDINNICK, Felipe. El Estado, Ese Desconocido. In: Florisbal de Souza Del'Olmo. (Org.). *Curso de Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Prof.Dr.Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. 1ªed.Rio de Janeiro-RJ: Editora Forense, 2003, v. 1, p. 317-327.

A Liberdade Jurídica em Axel Honneth e os tratamentos adequados de solução de conflitos

Ricardo Gueiros Bernardes Dias¹

Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira²

Resumo: O objetivo deste artigo é levar a compreensão de que a utilização dos tratamentos adequados de solução de conflitos, nos moldes como vem sendo defendidos pode revelar, em verdade, e contrariando de certa maneira a lógica, um déficit sociológico que corrompe a proposta de uma teoria da justiça de modo cooperativo de Axel Honneth. Para tanto, a discussão residirá nas razões de ser da liberdade jurídica proposta por Axel Honneth na obra *O Direito da Liberdade* (2015), indicando que o autor frankfurtiano pretende construir modelo de teoria da justiça que não esteja limitado a princípios formais.

Palavras-chave: Tratamentos adequados de solução de conflitos; Liberdade Jurídica; Déficit sociológico; Teoria da Justiça; Axel Honneth;

Introdução

O debate sobre os tratamentos adequados à resolução dos conflitos se coloca já há algum tempo e frequentemente, tem sido objeto de muitos estudos. Os institutos da arbitragem, conciliação, mediação, dentre outros, surgem em nosso ordenamento jurídico como instrumentos para garantir a efetiva resolução de controvérsias jurídicas já que utilizamos na maioria dos casos, a solução pela via jurisdicional. A Jurisdição, nos moldes como exercida atualmente, não nos parece instrumento hábil a promover a pacificação social haja vista dar a resposta de modo intempestivo e com pouca possibilidade de restaurar a relação social rompida pelo litígio. Neste contexto, a compreensão dos tratamentos adequados, ao menos sob uma análise superficial, parece-nos conduzir a uma luz no fim do túnel.

Deve ser reconhecido que dentre os tratamentos adequados, a Jurisdição é um deles e, sobretudo após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, a realização de acordos no seio dos processos judiciais – seja pela conciliação ou mediação – parece ser alternativa fulcral já que tendente a solucionar uma das grandes problemáticas envolvendo

¹ Pós-doutorado (em andamento) na University of Houston, EUA. Doutor em Direito pela UGF/University of California (Hastings) (sanduíche). Professor do Quadro Permanente da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: ricardogueiros2014@gmail.com.

² Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado. Professor da Rede de Ensino DOCTUM. E-mail: diogo.nolasco@gmail.com.

o Poder Judiciário que é o acúmulo de demandas. Isto induziria a uma incompreensão da problemática dos conflitos sociais considerando que o ambiente processual, nem sempre – sendo extremamente otimista, se mostra como um ambiente de justiça social.

O presente estudo pretende apresentar a crítica à liberdade jurídica e suas patologias elaboradas pelo autor frankfurtiano em sua mais recente obra *O Direito da Liberdade* (2015). Além disso, buscou-se demonstrar que há uma cultura jurídica equivocada a interpretar que o ambiente do processo – seja pela adoção de qualquer dos tratamentos – proporciona justiça social.

A liberdade jurídica em Axel Honneth

No *Direito da Liberdade*, Honneth busca desenvolver uma teoria da justiça tendo como conceito central a liberdade, sendo a liberdade vinculada à ideia de liberdade social ou uma teoria da justiça social, propondo, por conseguinte, uma nova abordagem de uma teoria da justiça apoiada em uma crítica social.

A inspiração de Honneth é os *Princípios da Filosofia do Direito* (1820) de Hegel que também adota a “liberdade” como objeto central, para discutir as esferas de uma teoria da eticidade democrática.

O objetivo central do livro é reformular um modelo de teoria da justiça que não esteja limitado a princípios formais. Por isto, “uma das grandes limitações de que padece a filosofia política da atualidade é estar distante da análise da sociedade e, desse modo, fixada em princípios puramente normativos” (HONNETH, 2015, p.14).

Honneth defende a ideia de que a vida em sociedade é regida por valores morais e princípios normativos extraídos das próprias experiências estabelecidas nas instituições sociais - família, mercado, Estado.

A obra demonstra que nas tradicionais teorias da justiça há um “déficit sociológico”, pois elas se fundamentam em princípios de justiça que são verticalizados, monológicos, procedimentalistas e, portanto possuem uma compreensão abstrata ou meramente formal de justiça sendo impossível, nestes casos, examinar a efetividade ou eficácia destas normas.

A liberdade jurídica para Honneth parte da ideia da liberdade negativa – modelo liberal – em que os indivíduos teriam a sua liberdade assegurada por um conjunto de direitos subjetivos reconhecidos pelo Estado.

Os indivíduos só podem se compreender como pessoas independentes dotadas de uma vontade própria se contarem com direitos subjetivos que lhes concedam uma margem de ação que, protegida pelo Estado, lhes possibilite uma prospecção de suas propensões, preferências e intenções (HONNETH, 2015, p. 128).

A base de todas as liberdades apresenta uma autonomia privada juridicamente garantida. Tal preceito pouco se modificou ao longo da história, o que mudou foi o alcance desses direitos subjetivos por pressão de movimentos sociais e argumentos político-morais.

A positivação do sistema jurídico permitiu, nos séculos XVII e XVIII, o estabelecimento de um ordenamento jurídico igualitário. Interessante nota é que Honneth menciona que o sistema de direitos positivos constitui a primeira instituição de liberdade na modernidade.

Nesse sentido, sendo assegurado a todos os cidadãos, em igual medida, uma autonomia privada, mesmo que essas normas não possuam assentimento moral, nem dependam de um acordo ético, elas são garantidas e sancionadas pelo Estado.

Isto resultou em um aumento significativo da intervenção do Estado e do direito na esfera privada. No Estado Democrático de Direito, os destinatários dos direitos positivos se compreendem simultaneamente como autores.

Para Honneth as condições de destinatários e autores dos sujeitos se complementam, mas para compreender a condição de justiça social – Liberdade Social para Honneth – é preciso tratar estas condições em separado como duas esferas garantidoras de liberdade.

Isto porque na condição de destinatários os sujeitos podem fazer uso puramente privado dos direitos, caso em que ausente de interação social já que reduzido o campo dialógico da vivência em sociedade.

Já na condição de autores os sujeitos se entendem em cooperação ativa com outros sujeitos, porém, aqui temos o problema de cada vez mais os cidadãos quererem fazer uso de seus direitos e nestes casos, sua atuação passa a ser apenas de forma estratégica visando alcançar seus objetivos apenas sob o prisma jurídico.

Para Honneth esta concepção representa uma “Incompletude” da ideia de liberdade.

Honneth, ao tratar da liberdade jurídica parte do conceito de liberdade abstrata de Hegel³ que, somados aos direitos subjetivos possuem duas naturezas. Uma para fora visando proteger o sujeito, outra para dentro visando formar eticamente sua vontade.

Ao tratar da razão de ser da liberdade jurídica, Honneth procura esclarecer esta dupla natureza do direito subjetivo tratando do direito de propriedade e posteriormente contextualizando historicamente o debate sobre as esferas da liberdade jurídica para reconstruir a sua teoria da justiça.

Honneth menciona que o direito individual de propriedade, assim como a liberdade contratual, constitui um elemento essencial do sistema jurídico, mas sempre foram ligados a uma conduta econômica.

Para tanto, critica Marx que trazia um viés ideológico ao direito de propriedade pautado no aspecto econômico – meios de produção – e que era utilizado pela classe dominante como fundamento da exploração do proletariado.

Segundo Honneth, Hegel traz uma interpretação ética sobre o direito de propriedade na medida em que este direito outorga a cada indivíduo a oportunidade de assegurarem da individualidade de sua vontade.

³ Para Hegel, a liberdade abstrata está relacionada aos direitos mais imediatos do indivíduo entre eles o de propriedade.

O significado disso é que no sistema dos direitos positivos os sujeitos se reconhecem reciprocamente como seres livres, ao se distanciarem da sua própria vontade⁴ e por não violarem a vontade do outro.

Eles existem uns para os outros apenas como personalidades abstratas, que podem “se abstrair de tudo” e estar em condições de respeitar as esferas de liberdade individuais dos demais sujeitos do direito (HONNETH, 2015, p. 134).

O problema é que, se por ventura algum sujeito toma para si essa atribuição não se poderia reconhecer essa vontade própria como livre. Daí Hegel estabelecer a necessidade de um direito concedido de maneira igual a todo indivíduo, que neste caso é o direito de propriedade privada, sendo ela garantida e protegida pelo Estado.

A eticidade proposta por Hegel contém uma identidade da vontade universal na medida em que coincidem deveres e direitos. “Por meio do ético, o homem tem direitos, na medida em que tem deveres, e deveres, na medida em que tem direitos.” (HEGEL. Princípios da Filosofia do Direito. parágrafo 155).

Sob este aspecto, Honneth indica que as formulações de Hegel seriam oscilantes e que não estaria claro como que o que constitui a propriedade privada permite que o indivíduo reconheça a individualidade de sua vontade livre.

Para contrapor o argumento de Hegel, Honneth utiliza o autor liberal Jeremy Waldron⁵ para quem a justificação da propriedade privada está na dimensão da duração temporal, pois, “um objeto possuído privadamente pode materializar uma vontade “individual” porque no decorrer do tempo se pode saber se as próprias intenções ou planos de ação mudaram ou se foram mantidas.” (HONNETH, 2015, p. 135).

Isto porque ao longo do tempo identificam-se mudanças da própria personalidade e assim é possível conhecer qual a vontade particular se mantém já que, protegidos por uma ordem jurídica, somos sujeitos de direitos e deveres e não homens naturais. Neste sentido, é como se os sujeitos se revestissem de uma “máscara protetora” em alusão ao pensamento de Hannah Arendt.

Por isto, é preciso reconhecer, neste ponto, que o direito de propriedade possui um significado ético.

Uma pessoa, por meio de objetos – que ela amealhou e aos quais estabeleceu um acesso exclusivamente seu –, conserva a oportunidade de submeter todas as vinculações, relações e deveres a uma revisão de tudo o que foi sendo admitido em sua história de vida, porque é a luz dos significados existenciais assumidos por essas coisas ao longo do tempo que mais se pode explorar o tipo de vida que se gostaria de conduzir. (Honneth, 2015, p. 136).

⁴ Honneth utiliza a expressão “apetites”.

⁵ Professor de Direito e Filosofia que trabalha com a justificação da propriedade privada na obra *The right to private property*. 1988.

Ocorre que na concepção de liberdade segundo a primeira geração de teóricos liberais, direitos subjetivos são direitos negativos, ou seja, protegem o agir individual e fundamentam a não intromissão na liberdade e na propriedade.

Com isso, a liberdade jurídica no direito de propriedade constitui o que já entendemos por uma liberdade negativa – ausência de interferência – mas juridicamente garantida pelo Estado.

Honneth não restringe sua problematização ao direito de propriedade e vai buscar em outros direitos subjetivos vinculados à liberdade, com os direitos ao credo, à expressão e à opinião, que ele chama de “núcleo duro do sistema jurídico” a existência de um significado ético.

É difícil perceber a existência de uma proteção individual nestes direitos subjetivos. A justificativa inicial de Honneth é que “os direitos subjetivos em última instância servem sempre para tornar possível um autoquestionamento ético.” (HONNETH, 2015, p. 138).

A justificativa de Honneth encontra amparo no Ensaio sobre a liberdade de John Stuart Mill (1991) para quem os direitos à liberdade de credo, expressão e à opinião são garantidos pelo Estado com uma maior pluralidade possível de concepções sobre o bem ou justo.

Assim, conjugar esses direitos significaria formar uma convicção ética analisando uma multiplicidade de valores concorrentes entre si. Logo, os direitos subjetivos são providos de conteúdo ético na medida em que o indivíduo, ao se ver detentor de direitos subjetivos, conta com um espaço pessoal – eminentemente privado – podendo realizar uma autorreflexão sobre as diversas concepções de vida boa ou de realização pessoal, e defender seus valores morais a partir de uma ideia plural, o que Honneth classifica de “pluralismo ético”.

O indivíduo compreende a sua liberdade negativa, livre de interferências, e o faz voltado para dentro (para si) e após essa compreensão, utiliza das próprias experiências e da multiplicidade de valores (pluralidade) e experiências dos demais indivíduos, para defender ou redefinir suas novas pretensões uma vez que sempre surgirão novas alternativas.

Honneth continua ampliando sua problematização a outros direitos subjetivos, trabalhando com o direito ao sigilo das telecomunicações e o direito de proteção de dados. Sabe-se que os direitos subjetivos foram se ampliando em razão da revolução das tecnologias da comunicação. Por exemplo, a introdução do telefone fez surgir depois o sigilo das telecomunicações, o levantamento de dados pessoais fez surgir um direito de proteção de dados.

Ocorre que estes direitos subjetivos, que também são direitos liberais de liberdade, ainda se mantem em uma posição muito privada e o Estado cada vez mais é instado a proteger a autonomia privada do indivíduo.

Honneth não deixa de reconhecer que isto é importante. Para tanto, exemplifica com a posição do Tribunal Constitucional Alemão em proteger a confidencialidade de integridade do indivíduo pela célere disseminação da internet.

O direito dos cidadãos e cidadãs de não serem observados no uso da internet só pode ser limitado por parte do Estado sob a condição de existirem indícios

juridicamente comprováveis de que um “patrimônio jurídico de extraordinária importância” está em risco. (HONNETH, 2015, p.141).

Honneth continua avançando e, adotando a divisão proposta por Thomas H. Marshal, passa a tratar dos direitos civis, políticos e sociais.

Desse modo passa a problematizar a maneira como os direitos de liberdade individual se relacionam com os direitos políticos e sociais de participação, mormente do modo como o direito positivo concede à sociedade a liberdade individual de maneira coletiva.

Entendemos que neste momento Honneth deixa clara a demonstração de um déficit sociológico nas tradicionais teorias da justiça. Isto porque há uma estreita conexão entre as categorias liberais e as sociais dos direitos subjetivos e, para Honneth, esta conexão deve ser investigada não de modo empírico, mas de modo conceitual.

Os direitos liberais de liberdade possuem uma relação de complementaridade com os direitos sociais, já que a liberdade jurídica só se consuma pela adição dos direitos sociais, segundo visão de Jeremy Waldron, para quem “a ideia de “ter” ou “possuir” determinados direitos já em seu próprio conceito contém a condição de dispor sobre as condições materiais que possibilitam o uso ou emprego desses direitos” (WALDRON apud HONNETH, 2015, p. 143).

Entretanto, esta complementaridade garante uma segurança econômica e bem-estar material para que o indivíduo explore seu objetivo de vida de maneira privada afastado da “cooperação social”.

Honneth indica que estas duas categorias de direitos – liberais de liberdade e sociais – estabelece certo isolamento da pessoa e que os direitos políticos parecem superar este isolamento.

Isto porque o conceito dos direitos políticos remete a uma atividade cooperativa.

As duas primeiras categorias de direitos só se entendem e se realizam quando as pretensões por elas garantidas são aproveitadas para a construção de um eu privado, enquanto a terceira categoria deve ser interpretada como uma exortação à atividade cidadã, e, assim, para a formação de uma vontade comum (HONNETH, 2015, p. 144).

Os direitos políticos – a terceira categoria – concedem aos sujeitos a possibilidade de participar ativamente na formação da vontade democrática e quanto mais comprometido o indivíduo está com uma prática comum e não meramente privada, mais fará uso da liberdade.

Para Honneth o que caracteriza o sistema jurídico liberal-democrático é a tensão entre autonomia privada e coletiva já que o sistema jurídico é recebido e produzido por seus portadores ⁶.

À medida que se movem no seio da esfera privada, constituída pelos direitos de liberdade e de participação, elas podem ser compreendidas como beneficiárias

⁶ Este raciocínio está aliado à visão habermasiana.

de suas liberdades socialmente concedidas; mas se deixam esse âmbito para reivindicar seus direitos políticos, veem-se obrigadas a sair de seu papel de destinatários e assumir o de autores, que lhes permite colaborar na conformação cooperativa dos direitos que antes recebiam apenas passivamente. (HONNETH, 2015, p. 144).

Logo, dentro de uma concepção ética de direitos subjetivos, a liberdade jurídica não significa tão somente uma ação individual e isolada do sujeito frente aos demais integrantes da sociedade.

Honneth entende, portanto, que a liberdade jurídica decorre de um “sistema de ações institucionalizado” de modo que aquele que se serve e pratica a liberdade jurídica “toma parte numa esfera de ação socialmente institucionalizada.” (HONNETH, 2015, p. 147).

Percebemos este mesmo raciocínio em Jürgen Habermas.

O direito não regula contextos interacionais em geral, como é o caso da moral; mas serve com o *medium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições históricas. E, com isso, imigram para o direito conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos (HABERMAS, 1997, p.191).

Neste sentido, ao participar da esfera pública o indivíduo se vê diante de uma liberdade coletiva que se amplia e uma liberdade individual que se retrai.

Aos cidadãos e cidadãs partícipes da sociedade é concedida uma autonomia coletiva pela qual, em cooperação como sociedade civil, deliberam sobre quais direitos deverão ser reciprocamente concedidos e como deverão ser implementados (HONNETH, 2015, p. 130).

Nesse movimento de expansão e contração Honneth demonstra a existência de uma autonomia coletiva à liberdade jurídica.

Os tratamentos adequados de resolução de conflito e a liberdade jurídica de Axel Honneth

Feitas as considerações iniciais sobre a liberdade jurídica em Axel Honneth, apenas para contextualizá-la, já que o presente estudo não pretende esgotar a matéria pretendida, antes de passar ao exame da temática, procuraremos demonstrar que há uma cultura jurídica equivocada a interpretar que o ambiente do processo proporciona justiça social o que sustentará a conclusão deste ensaio.

Antes, necessário refletir sobre quais seriam os tratamentos adequados de resolução de conflito.

Importante destacar que os tratamentos tradicionais se diferenciam, quais sejam, a autotutela⁷, em que há uma imposição do interesse de uma parte sobre a outra, a autocomposição⁸, em que as partes conjuntamente e autonomamente compõe o conflito, a arbitragem⁹ em que a composição de conflito é entregue a terceira pessoa que decide de forma imperativa e a jurisdição¹⁰, em que o Poder Judiciário como órgão do Estado, decide com caráter substitutivo e imperativo¹¹.

Atualmente muitos trabalhos se desenvolvem com reflexões e diálogos à lógica do sistema “multiportas”¹² de solução de controvérsias segundo o qual não se busca necessariamente um instrumento preferencial ou alternativo à resolução do litígio, mas sim em se verificar as particularidades do caso concreto diante de um método mais adequado à sua pacificação (LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. 2012, p. 57- 87).

A Jurisdição sem dúvida se revela como o mecanismo mais buscado pelos sujeitos de direito envolvidos em conflitos e, sobretudo após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, verifica-se haver uma afeição à realização de tratamentos de autocomposição no seio dos processos judiciais, seja pela conciliação ou mediação ou mesmo na indução de que o Poder Judiciário deve intervir na resolução extrajudicial, consolidando-a.

Retomando a compreensão da liberdade jurídica, não há como desconectá-la à existência de um sistema de direitos subjetivos que, aos poucos, foram surgindo na modernidade e que, segundo Honneth, de início tinham um caráter econômico e posteriormente permitiram um ambiente de proteção do indivíduo com ênfase na autonomia privada que para Honneth:

⁷ Forma mais primitiva de solução de conflitos, verificada quando ainda não existia autoridade (órgão estatal) capaz de superar os interesses dos homens e impor o Direito imperativamente. Atualmente a legislação brasileira autoriza o exercício da autotutela quando há ausência de confiança entre as partes e há impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo ou prestes a ser violado como, por exemplo, no caso da prisão em flagrante, legítima defesa, estado de necessidade, desforço imediato, direito de retenção, entre outros.

⁸ Forma também primitiva de resolução de conflitos, em que as partes envolvidas no conflito cedem seu interesse ou parte dele. Considerada como expressão altruísta que traduzia atitudes de renúncia, reconhecimento ou concessões mútuas entre os adversários. Atualmente legitima-se a autocomposição pela utilização da conciliação e da mediação.

⁹ Forma de solução de conflitos em que a composição de conflito era entregue a terceira pessoa que decidia de forma imperativa. As partes elegiam um árbitro pelo qual tinham confiança (geralmente sacerdotes) para que este resolvesse o conflito. Em que pese o instituto existir desde as Ordenações Filipinas, apenas com a Lei 9.307/96 houve um diploma legislativo com tratamento exclusivo da arbitragem e que, recentemente, foi alterada pela Lei n.º 13.129/2015.

¹⁰ Na visão clássica esposada por Ada Pellegrini e Dinamarco é o instrumento utilizado pelos órgãos do Poder Judiciário para pacificar os conflitos sociais manifestando, para tanto, a vontade do ordenamento jurídico para cada caso apresentado. Atualmente é o método praticamente exclusivo no exercício da pacificação social.

¹¹ O Estado, ao apreciar o pedido, substituir a vontade das partes, aplicando ao caso concreto a “vontade” da norma jurídica. (GIUSEPPE CHIOVENDA. 2000. p. 9-14).

¹² A expressão *multi-door courthouse* foi originalmente usada pelo Prof. Frank Sander (Harvard) em 1976, em conferência que posteriormente veio a ser publicada em 1979: Frank Sander. *Varieties of dispute processing*, Minnesota: West Publishing, 1979, p. 65/87. Este sistema cria uma verdadeira mudança de paradigma, pois privilegia a utilização de meios extrajudiciais de solução de controvérsias que passa pela participação das partes na busca de uma solução amigável o que melhor atenderia aos seus interesses.

[...] deve significar que o sujeito jurídico dispõe de um espaço de proteção aceito universalmente e exigível individualmente, que lhe permite, sobretudo, retirar-se de seus deveres e laços sociais, a fim de, numa autorreflexão aliviada, ponderar e estabelecer suas preferências e orientações de valor individuais (HONNETH, 2015, p. 147).

Honneth adverte que haveria um caráter incompleto da liberdade pelo viés dos direitos individuais, pois “formular a sua própria liberdade apenas sob a forma de reivindicação de direitos significa supor que os deveres, as vinculações e as expectativas informais e não jurídicas nada mais são que um bloqueio de sua própria subjetividade” (HONNETH, 2015, p. 131-132).

Mas a base da existência social deriva da conjugação dos direitos liberais da liberdade e direitos sociais de participação, como já demonstrado.

Importante destacarmos três restrições e limitações da liberdade jurídica, já identificada em Hegel no seu Princípios da Filosofia do Direito: “seja uma pessoa e respeite os demais como pessoa” (HEGEL, 1820, p. 148); “eles se reconhecem reciprocamente como pessoas que têm o direito de decidir por si mesmas” (HEGEL, 1820, p. 149); “no processo de estabelecer essa relação de reconhecimento surge aquela forma especial de subjetividade” (HEGEL, 1820, p. 150).

Neste contexto a principal incapacidade da liberdade jurídica é assegurar uma forma de autonomia privada de modo ponderado, abandonado e diferenciado da base do direito, pois o direito incentiva atitudes e práticas de comportamento que são um obstáculo para o exercício da liberdade criada por ele. (HONNETH, 2015, p. 152).

Na liberdade jurídica, já não é possível conduzir reflexões éticas em forma de diálogos e busca de aconselhamentos virtuais. Devemos, primeiramente, sair do papel de entidade jurídicas para poder encarar essas tentativas de uma discussão transferida para o âmbito interno de nossos objetivos de vida (HONNETH, 2015, p. 153-154).

Honneth insiste que a atuação dos atores envolvidos no âmbito da entidade jurídica tende a ser puramente estratégico, pois de modo algum a entidade jurídica pode refletir sobre os objetivos de vida importantes para ela ou realizá-los de maneira necessária para sua autonomia ética, porque seus parceiros de interação podem ser tratados sempre apenas como atores com interesses estratégicos, por mais que suas posições discursivas ou os conselhos destas pudessem ter peso determinante para as próprias decisões. (HONNETH, 2015, p. 156).

O direito deve produzir uma forma de liberdade individual cujas condições de existência não podem ser produzidas, nem perpetuadas: ele depende de uma relação meramente negativa, interrompida, com um contexto de prática ético que se alimenta, por sua vez, das interações sociais de sujeitos não juridicamente cooperantes (HONNETH, 2015, p. 157).

Logo, há que se reconhecer um esforço de neutralização do direito sob pena de inclinarmos para as patologias da liberdade jurídica identificadas por Honneth, tratadas

como uma patologia social, representando que o uso do direito se daria como uma atuação individual desprovida de eticidade.

Nesse sentido, agindo estrategicamente, o indivíduo passa a agir apenas como portador de direitos subjetivos, sendo reduzido seu espaço de liberdade ao sentido estritamente jurídico e perdendo-se, com isso, outras formas de integração social e comunicativa.

Esse agir estratégico faz com que cada vez mais, as ações dos sujeitos se posicionam frente a um tribunal conforme seus anseios puramente privados e, deste modo, o indivíduo se restringe apenas à somatória de suas reivindicações jurídicas.

Um modo de comportamento no qual os sujeitos aprendem a observar suas próprias intenções e aquelas de suas contrapartes sob o aspecto de sua utilidade jurídica. Perde-se a capacidade de distinguir o primeiro plano estratégico e o pano de fundo da vida real na contraparte de interação, e a pessoa passa a ser vista apenas como soma de suas reivindicações jurídicas. (HONNETH, 2015. p. 164-165).

Com efeito, percebemos uma judicialização excessiva, justificada em uma tendência social em se atribuir ao sistema jurídico a tarefa de resolver todos os conflitos sociais.

Conclusão

Viu-se que há uma cultura jurídica equivocada a interpretar que o ambiente do processo proporciona justiça social – seja pela utilização de qualquer dos tratamentos adequados de resolução de controvérsias.

Procuramos induzir uma provocação para a necessidade de se refletir sobre o *modus* como se dá a interpretação dos tratamentos adequados à resolução de conflitos haja vista que, reconhecendo ser imprescindível uma mudança de cultura, tal não poderá ocorrer de modo verticalizado e monológico com uma postura impositiva do Estado abstraída da realidade social.

Isto porque é preciso reconhecer que a autonomia não está presente no ambiente processual.

Todavia, não há, aqui, a pretensão de apresentar respostas definitivas às indagações formuladas em seu corpo, ou construir única via interpretativa capaz de solucionar os problemas de que se ocupa. O que se almeja, em rigor, é que essas breves considerações sobre o tema possam suscitar no futuro questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da Ciência, com reflexos positivos para a resolução das contendas suscitadas no campo da aplicação do Direito.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- BRASIL. Código de Processo Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 09 de nov. 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. Teoria geral do processo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GIUSEPPE CHIOVENDA. Instituições de direito processual civil. v. II. Campinas: Bookseller, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. 1820.
- HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2009.
- _____. O Direito da Liberdade. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.
- LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema multiportas: opções para o tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, C.A. et al (coord.). Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação. SP: Método, 2012.
- MILL, John Stuart. Ensaio sobre a liberdade. 1991.

Análise da pré-execução do Programa de Indenização Mediada e a tutela adequada dos direitos coletivos *lato sensu*

Thaís Henriques Dias¹

Resumo: Este estudo analisa a pré-implementação do Programa de Indenização Mediada (PIM) e a sua adequação às diretrizes do Design de Sistemas de Disputas (DSD) tendo em vista a busca pela tutela adequada dos direitos coletivos *lato sensu*. A partir do desastre ambiental provocado pelo rompimento da barragem de Fundão de responsabilidade da empresa Samarco Mineração S.A e de suas controladoras Vale S.A e a anglo-australiana BHP Billiton Brasil LTDA, esta pesquisa busca identificar, comparar e analisar métodos e documentos da Fundação Renova na pré-execução do PIM, fundada nos conceitos do microsistema do processo coletivo e nas discussões sobre resolução negociada de conflitos ambientais. Para conduzir à conclusão deste estudo serão discutidos os pontos positivos e negativos desse instrumento extrajudicial de resolução de conflitos para a tutela adequada dos direitos das populações atingidas pelo desastre no Estado do Espírito Santo.

Palavras-chave: Processo Coletivo; Direitos Coletivos; Tutela adequada; Resolução Negocial. Conflitos ambientais.

Introdução

A tutela de direitos inseridos em uma lógica individualista não mais consegue dar conta das relações cada vez mais complexas das sociedades atuais. Fenômenos como a consolidação dos direitos fundamentais de terceira geração, a organização dos cidadãos em grupos com papel social e político nas sociedades de caráter democrático e o surgimento de conflitos na sociedade de massas, nos quais direitos são ameaçados ou violados por uma mesma conduta atingindo um número muito grande de pessoas, demonstram a importância de analisar e reconstruir os fundamentos do processo civil contemporâneo tendo em vista o microsistema do processo coletivo (TALAMINI, 2016). Diante da complexidade e conflituosidade dos litígios coletivos, que podem gerar pretensões difusas, coletivas e individuais em diferentes escalas e locais, impõe-se a busca pela tutela adequada dos direitos coletivos.

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes).

De acordo com os estudos de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017), a construção do processo coletivo deverá se adequar às peculiaridades do caso concreto, com base no devido processo legal coletivo tendo em vista determinadas características como, a legitimação para agir, o regime da coisa julgada coletiva e a caracterização da litigação de interesse público. Esse perfil dogmático é resultado de construções doutrinárias pensadas a partir do Estado Democrático Constitucional no contexto brasileiro, sendo consolidado pela passagem de um paradigma liberal para uma postura de tratamento totalizante dos conflitos. A insuficiência crônica do tratamento pela legislação processual civil fez surgir a necessidade de formação de um microsistema processual coletivo, marcado pela reunião de vários diplomas, conjunto de regras e princípios próprios, que tem como atual elemento harmonizador o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC). O objetivo de promulgar um diploma deste microsistema é garantir uma estabilidade e uma vida mais efetiva para os direitos coletivos *lato sensu*, quais sejam os direitos difusos, os coletivos *strictu sensu* e os individuais homogêneos.

Inserida no contexto de substituição do modelo de justiça litigiosa para um modelo de harmonia e eficiência, a autocomposição em causas coletivas ganha cada vez mais espaço no tratamento de conflitos coletivos. A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, tem aberto caminho para a utilização de programas não judiciais de resolução de conflitos no âmbito coletivo, que buscam o consenso e acordo entre as partes. Segundo Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 322) “do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo”. Trata-se da adequação do meio de acesso à tutela dos direitos, sendo o conflito coletivo o fator de adequação do processo coletivo. Assim, os meios alternativos ou extrajudiciais de resolução de conflitos são instrumentos considerados legítimos caso ocorra essa adequação.

Por outro lado, no estudo do papel das ideologias jurídicas na estruturação ou desestruturação da cultura, a antropóloga Laura Nader (1994) aponta que a utilização do modelo legal de harmonia e conciliação como técnica de pacificação social pode significar injustiça e manutenção de desigualdades ao tentar criar consenso a qualquer custo. Na mesma linha de pensamento, Acselrad, Bezerra e Gaviria (2010) discutem o processo de difusão de técnicas de resolução negociada de conflitos ambientais na América Latina e em que medida esse modelo de harmonia atribui ao tema ambiental latino-americano uma dimensão política. Como resultado, observou-se que as tecnologias como as de resolução negociada quando aplicadas a litígios ambientais entre atores com força muito desiguais colaboram com a consolidação de um modelo de sociedade em que os riscos ambientais são distribuídos desigualmente. Esse tipo de tratamento teria o poder de retirar o debate sobre a questão ambiental da esfera pública, destinando os conflitos a um tratamento despolitizante na medida em que é voltado ao acordo ou negócio entre os agentes diretamente envolvidos.

Há anos, impactos socioambientais resultantes da mineração no estado de Minas Gerais atingem também o Espírito Santo, cuja infraestrutura é pensada, sobretudo para o

escoamento e exportação de minério de ferro. Contudo, foi somente a partir do rompimento da barragem de Fundão, em cinco de novembro de 2015, no estado de Minas Gerais, de responsabilidade da empresa Samarco Mineração S.A e de suas controladoras Vale S.A e a anglo-australiana BHP Billiton Brasil LTDA, que as atenções foram voltadas aos impactos e conflitos ambientais gerados pelas atividades de empresas mineradoras. Trata-se do maior desastre socioambiental do Brasil e um dos maiores de megamineração de ferro no mundo, cujos rejeitos de minério atingiram uma extensa área do território capixaba (CARAVANA TERRITORIAL DA BACIA DO RIO DOCE, 2016). Os danos e impactos decorrentes do colapso de barragem de rejeitos mostram-se ainda de difícil mensuração, pois os atingidos são muitos e encontram-se em diferentes escalas e locais (LOSEKANN, 2015). Dessa forma, os direitos violados e ameaçados extrapolam as esferas individuais, necessitando, portanto, da tutela coletiva rápida e efetiva. Diante da complexidade e abrangência desse desastre é importante ter em mente que houve um aprofundamento dos conflitos gerados pelo modelo extrativista da mineração no Espírito Santo e que ele ainda permanece afetando as vidas humanas e não humanas, sobretudo aquelas cujos modos de vida têm relação com o Rio Doce e com o mar.

Ante os argumentos de urgência e morosidade do Poder Judiciário, foi firmado um Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) entre os governos dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo com a empresa Samarco e suas acionistas, a fim de reparar ou, quando esta for impossível, compensar os danos causados pelo desastre. Previsto no TTAC, o Programa de Negociação Mediada (PIM) foi criado por essas empresas a fim de indenizar as pessoas consideradas impactadas, sendo executado por uma fundação privada sem fins lucrativos, com estrutura própria de governança, fiscalização e controle, denominada Fundação Renova. O PIM vem sendo executado por meio de escritórios itinerantes localizados em algumas cidades capixabas e mineiras atingidas pelo desastre. Circunscrito ao estado do Espírito Santo, este estudo analisa se a execução da fase anterior à implementação do PIM foi feita de acordo com o previsto no programa do sistema de Design de Sistemas de Disputas (DSD), definido como o novo campo de estudos na seara dos métodos alternativos de resolução de disputas no Brasil cujas diretrizes são consideradas essenciais ao êxito do programa de indenização e à tutela adequada de direitos coletivos *lato sensu*.

Metodologia

Este estudo foi realizado por meio da metodologia dedutiva do desenvolvimento e aplicação do modelo brasileiro do processo coletivo na resolução de problemas jurídicos complexos a partir da análise crítica do uso dos instrumentos consensuais de resoluções de conflitos no âmbito da tutela coletiva de direitos. A coleta de dados foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica doutrinária, normativa e jurisprudencial sobre o tema, bem como por meio da observação de audiências públicas e utilização de caderno de campo. Os principais materiais de análise consistiram no TTAC, firmado entre os governos dos Estados de Minas

Gerais e Espírito Santo e a empresa Samarco e suas acionistas e no PIM, previsto naquele instrumento. A análise desses dois instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos teve como base a leitura de produções acadêmicas e científicas críticas à resolução negocial ou consensual de conflitos ambientais, bem como da literatura de autores fomentadores desse tipo de resolução. Também serviram como dados de pesquisa as informações acerca do PIM advindas de representantes das empresas, coletadas em reuniões em conjunto com a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo e em audiências públicas realizadas nos municípios de Colatina, Baixo Guandu, Regência e Povoação/ES, no mês de setembro de 2016. Ainda, foram identificados, analisados e comparados métodos, documentos e publicações disponibilizados no site da Fundação Renova sobre os programas de reparação das regiões impactadas pelo rompimento da barragem de Fundão com os demais materiais utilizados nesta pesquisa. Por fim, a participação nas reuniões, plenárias e atividades do Fórum Capixaba em Defesa da Bacia do Rio Doce² contribuiu para a identificação das principais demandas e críticas da sociedade civil em relação à construção e execução do TTAC e do PIM.

De forma geral, esta pesquisa teve como objetivo analisar a possibilidade de construção de um sistema ganha-ganha quando estão envolvidos além dos direitos individuais, os direitos coletivos no contexto de conflitos ambientais. Isso significa que não se busca analisar se o instrumento extrajudicial utilizado no presente caso está garantindo algum consenso ou harmonia na resolução dos conflitos ambientais gerados ou intensificados pelo desastre, mas sim avaliar se o processo de construção desse programa atendeu às diretrizes do DSD e se foi capaz de gerar resultados socialmente tidos por justos. De forma específica, o objetivo consiste em identificar os aspectos positivos e negativos na forma como o PIM foi implementado e analisar se as problemáticas identificadas podem ser, de alguma forma, corrigidas. As justificativas e objetivos comumente utilizados na proposição de resolução negociada de conflitos estão sendo alcançados? Pressupõe-se que consenso, agilidade e efetividade não estão necessariamente interligados, sendo, portanto, importante identificar aspectos como a participação popular, publicidade e controle na construção e execução do programa de indenização.

O termo de ajustamento de conduta e o Programa de Indenização Mediada

No início de março de 2016, a União, alguns órgãos governamentais, os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, junto à Samarco e suas acionistas, propuseram um TTAC na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Esse acordo foi realizado após o deferimento de vários pedidos liminares constantes da Ação Civil Pública nº 6975861.2015.4.3400 proposta no final de novembro de 2016 pela Advocacia-Geral da União

² Fórum criado em 16 de novembro de 2015, a partir da reunião de 72 entidades e pessoas independentes, para a construção de um espaço plural e democrático de participação e de mobilização permanente na defesa da bacia do Rio Doce e das populações atingidas pelo rompimento da barragem do Fundão.

e pelos órgãos de representação dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo contra essas empresas. O deferimento dos pedidos estabelecia o impedimento do vazamento de rejeitos ainda em curso, a avaliação do sistema ambiental afetado, medidas que impedissem a chegada dos rejeitos aos sistemas de lagoas do Rio Doce, entre outros. Contra essa decisão foram interpostos recursos pelas empresas réus. Na medida em que esses recursos ficaram pendentes de julgamento, os autores da ação e as empresas mobilizaram-se na formatação de um acordo por meio do TTAC, o qual coloca fim à Ação Civil Pública (ACP) mencionada anteriormente em face da Samarco e de outras ações cujo objeto seja comum, em curso ou que venham a serem propostas. O objetivo dos acordantes previsto no TTAC era pôr fim ao litígio por ato voluntário das partes, reconhecendo a autocomposição como a forma mais célere e efetiva para a resolução da controvérsia.

Segundo Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017), o Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC) é negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo, instituído pela Lei de Ação Civil Pública, em seu artigo 5º, §6º. É celebrado por escrito entre os órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados pela lei e os futuros réus dessas respectivas ações, na modalidade de acordo, com finalidade conciliatória por meio de um documento escrito, qual seja o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). A partir da previsão normativa que autoriza o ajustamento extrajudicial da conduta, as partes litigantes podem firmar acordos em demandas coletivas, de modo que se ponha fim ao processo com resolução de mérito, conforme dispõe o artigo 487, inciso III, alínea "b", do Código de Processo Civil. Para Cabral (2015), a possibilidade de disposição sobre direitos coletivos é restritiva, já que o direito coletivo não é de todo transacionável devido ao seu caráter publicístico. Desse modo, só haveria negociação nas ações coletivas no que tange ao modo e ao tempo da reparação do dano coletivo, com o objetivo precípuo de garantir a máxima efetividade da tutela dos direitos coletivos.

O uso de meios extrajudiciais de resolução de conflitos é comumente justificado pela excessiva demanda de causas e a reconhecida morosidade do Poder Judiciário em resolver lides, sendo este um dos aspectos destacados no novo Código de Processo Civil que entrou em vigência em 2016. A utilização de TACs nos casos de conflitos ambientais torna-se cada vez mais comum na tentativa de tratar ou evitar danos de forma rápida, já que nesses casos a urgência se torna evidente e geralmente os direitos violados são múltiplos, atingido um número grande de pessoas de diferentes formas e intensidade, o que normalmente leva ao ajuizamento milhares de ações individuais.

O objeto do TTAC firmado no contexto do desastre ocorrido após o rompimento da barragem de Fundão consiste no estabelecimento de programas a serem desenvolvidos e executados por uma fundação de direito privado, sem fins lucrativos, instituída pela Samarco e suas acionistas, com o objetivo de recuperar o meio ambiente e as condições socioeconômicas de determinadas áreas consideradas impactadas pelo rompimento da barragem de rejeitos, de forma a restaurar à situação anterior. Essa fundação privada já constituída e denominada Fundação Renova tem o poder de gerenciar os valores dos aportes anuais para a execução

das medidas reparatórias, indenizatórias, de mitigação e recuperação socioambiental, além de controlar os atos decisórios, estabelecer requisitos e critérios de avaliação das áreas e pessoas atingidas, que serão contempladas pelos programas, bem como determinar os parâmetros das indenizações a serem pagas, em conjunto com um comitê interfederativo composto pelo Poder Público, o qual deve fiscalizar os resultados. Porém, o orçamento total de vinte bilhões de reais previsto no acordo não teve nenhum estudo pericial como base para o estabelecimento da dimensão dos danos e os montantes necessários à sua reparação, compensação e mitigação.

Na avaliação feita pelos pesquisadores Milanez e Pinto (2016), o TTAC possui falhas na sua concepção e elaboração, dentre as quais: a ausência de efetiva participação da população atingida e do Ministério Público na negociação e implementação do acordo; a falta de estudos técnicos que determinem ou estimem o tempo para a duração dos termos e programas estabelecidos nele; a não definição de parâmetros para a participação e controle social das ações previstas nesse instrumento e; as diversas restrições e exigências ao reconhecimento das pessoas como atingidas e com direito à indenização. Tais problemas impediriam a real remediação e compensação dos impactos decorrentes do desastre. A sociedade civil organizada no Fórum Capixaba em Defesa da Bacia do Rio Doce também apresentou críticas ao processo de elaboração do TTAC. Por meio de nota pública³, denunciaram a falta de publicidade, transparência e participação das populações atingidas na elaboração do termo, o que feriria a consulta prévia, livre e informada aos povos e comunidades tradicionais prevista na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Dessa forma, exigiram das empresas responsáveis pelo desastre a busca pela reparação integral dos danos de forma democrática, colocando-se contrários à negociação de direitos e, portanto, ao acordo.

Um dos programas socioeconômicos previstos no TTAC é a execução de um programa de ressarcimento e de indenização por meio de negociação coordenada, a ser elaborado e executado pela fundação, destinado a reparar e indenizar os "impactados", que comprovem prejuízos e danos ou demonstrem a impossibilidade de fazê-lo, previsto na cláusula 31. Na cláusula 10, em seus incisos II e III, há a previsão da indenização pecuniária em prestação única ou continuada, enquanto identificada tecnicamente a necessidade, como uma das modalidades de reparação socioeconômica. Essa indenização em forma monetária deverá ser paga em caráter individual ou por unidade familiar, à pessoa física ou jurídica, quando esta for micro ou pequena empresa, sendo tal pagamento decorrente da indenização por danos, conforme parâmetro do programa de negociação coordenada. Nos casos de perda ou comprometimento parcial da atividade geradora de renda ou de subsistência, a reparação será paga em parcelas periódicas, cujo valor não poderá ser inferior ao salário mínimo, acrescido do pagamento de aluguel social em caso de perda ou indisponibilidade de imóvel, conforme prazo definido no respectivo programa de negociação. Ainda na cláusula 10, em seu parágrafo primeiro, a negociação dessas medidas será realizada entre a fundação e os "impactados",

³ Disponível em: https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=301423866868826&id=188140924863788. Acesso em: 20 de ago. 2017.

devendo ser previstos mecanismos que assegurem uma negociação justa, rápida, simples e transparente, a qual poderá ser acompanhada pelo Poder Público, nos termos do próprio programa de negociação.

O programa deverá ser coordenado, dirigido e conduzido por coordenador com formação na área jurídica, consideradas as especificidades de cada "impactado", as provas colhidas, o valor das indenizações e as modalidades de reparação aplicáveis, conforme a cláusula 33 do TTAC. De acordo com os parágrafos primeiro e segundo da cláusula 34, a adesão ao programa é facultativa e a determinação da elegibilidade dos "impactados" para participar dele, bem como os parâmetros de indenização a serem estabelecidos serão propostos pela fundação e submetidos à validação do comitê interfederativo. Seguindo às cláusulas seguintes, para a celebração dos acordos deverá ser promovida a assistência jurídica gratuita àqueles que não estiverem assistidos por advogados, sobretudo às populações mais vulneráveis. Quanto ao prazo, o programa deverá ser concluído em no máximo doze meses da assinatura do TTAC e, o pagamento das indenizações efetuadas em até três meses da conclusão da negociação, sem prejuízo das ações emergenciais que já estiverem em curso. Os que não aceitarem os termos do acordo poderão pleitear eventual indenização pelas vias judiciais e não poderão ser excluídos dos demais programas socioeconômicos previstos no acordo.

Implementado pela Fundação Renova, tendo em vista os termos estabelecidos no TTAC, o PIM tem o objetivo de indenizar as pessoas consideradas diretamente "impactadas" pelo rompimento da barragem de Fundão, de forma extrajudicial, individual e em dinheiro, pelos danos conhecidos. Conforme a definição do programa presente no site da Fundação Renova⁴, as indenizações serão definidas por meio de sessões de mediação das quais participarão um representante da fundação, a pessoa "impactada", que poderá ser assistida juridicamente por defensor público ou por advogado, se desejar, e um mediador neutro, imparcial e independente. Essas sessões ocorrem em escritórios denominados Centros de Indenização Mediada sediados em localidades consideradas diretamente atingidas pelo desastre, tendo prioridade os municípios de Mariana, Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado, em Minas Gerais e, Mascarenhas, Regência e Povoação, no Espírito Santo.

A elaboração do PIM teve como base um novo campo de estudos sobre métodos alternativos de resolução de disputas (ADR), denominado "Design de Sistemas de Disputas" (DSD) de origem norte-americana, cujo principal agente difusor no Brasil é o advogado Diego Faleck, um dos responsáveis pelo funcionamento do PIM. Faleck (2009) define a construção de sistemas de resolução de disputas por meio alternativos como um conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com um ou mais conflitos determinados. A customização de um sistema extrajudicial permitiria, assim, o atendimento às necessidades únicas de cada caso concreto de forma eficiente, célere, com menos gastos de recursos, permitindo maior participação das partes interessadas e afetadas. O primeiro caso brasileiro de DSD foi a criação e execução da Câmara de Indenização 3054 (CI 3054), concebido para

⁴ Disponível em: <http://www.fundacaorenova.org/noticia/programa-de-indenizacao-mediada/>. Acesso em: 20 de ago. 2017.

indenizar os beneficiários vítimas do acidente com o voo da TAM 3054, ocorrido em 17 de julho de 2007, em São Paulo, no qual 199 pessoas morreram, considerado o maior acidente aéreo da história da América Latina e exemplo de conflito coletivo (FALECK, 2009).

A resolução negociada de conflitos ambientais e o uso de mecanismos adequados para resolver conflitos complexos

A ADR é definida pela antropóloga Nader (1994) como um conjunto de programas que enfatizam meios não judiciais para lidar com disputas cujo enfoque, normalmente, é a mediação e arbitragem, substituindo o modelo de litígio, procedimento jurídico antes considerado ideal, pelo de harmonia e consenso, menos preocupado com a justiça e mais com soluções vencer ou vencer. Tendo em vista o reconhecimento de que estilos de disputas são um componente das ideologias políticas, sendo, muitas vezes, resultado de imposição ou difusão de ideias hegemônicas, Nader situa a criação e utilização da ADR, ou de estilos conciliatórios, como parte de uma política de pacificação em resposta aos movimentos da década de 1960 de lutas por direitos nos Estados Unidos e analisa a migração das técnicas desse tipo de método ao cenário internacional para lidar com as disputas internacionais relacionadas a rios. Mais do que descrever o modo como os modelos de harmonia e de conflito funcionam, a autora busca entender o motivo das flutuações da hegemonia dessas ideologias jurídicas e as consequências disso.

De acordo com Nader (1994), a substituição dos modelos antagônicos por modelos de harmonia não significa que a ideologia da harmonia seja benigna. As condições que determinam a preferência de um ou outro modelo na solução de disputas geralmente envolvem desequilíbrios de poder, na medida em que os processos de disputas e conflitos podem refletir processos de construção cultural que podem ser uma resposta à necessidade, um produto dos interesses preponderantes ou um resultado do conflito de classes. Assim, ao focar nas relações e na capacidade de resolver conflitos interpessoais, e não nas causas básicas desses conflitos e nas desigualdades de poder ou injustiça, a pacificação de um conflito ou a busca pelo consenso podem significar injustiça e manutenção de desigualdades quando feitos a qualquer custo. Segundo a autora, "os dois deveriam ser examinados com respeito às noções de um mundo novo, para que possamos diferenciar um mundo de justiça de um mundo de estabilidade", e conclui pela necessidade de investigação minuciosa da harmonia como concepção geral de vida no que se refere à construção das leis, tal como o conflito foi investigado minuciosamente no que se refere ao desenvolvimento da lei.

Na esteira de críticas à resolução negociada de conflitos, especificamente no âmbito ambiental, Acsehrad, Bezerra e Gaviria (2010) realizaram uma análise histórica sobre a disseminação de tecnologias de resolução de conflitos ambientais a partir da década de 1990, em vários países latino-americanos. Esse estudo mostrou que o conceito de resolução de conflito tem como base a perspectiva de que os conflitos ocorrem devido à falta de instituições e que a harmonia deve

provir de um processo de despolitização dos litígios por meio de táticas de negociação direta capazes de promover ganhos mútuos. Segundo essa lógica, os conflitos devem ser prevenidos e o seu tratamento tecnificado por meio de regras e manuais. Contudo, os conflitos ambientais são o resultado do choque entre o avanço da fronteira de exploração de recursos naturais, como a extração de minério, e a disposição de sujeitos sociais que têm maneiras diferenciadas de apropriação, uso e significação do território, dando sentidos a ele distintos dos utilizados pela lógica do mercado. Ao usar práticas de resolução negociada nesses casos, dissolve-se a discussão sobre direitos e sobre o que é justo ou injusto, já que a preocupação pela eficiência econômica não permite visibilizar e garantir critérios de justiça no tratamento dos conflitos ambientais. Assim, em certos casos, a negociação não impede o agravamento dos conflitos.

Ao tentar estabelecer um padrão das instituições e autores que difundem discursos e práticas associados à resolução negociada de conflitos nos países latino-americanos, Acsehrad, Bezerra e Gaviria (2010), observaram grande influência do “modelo harvardiano” de negociação, de autoria de Fisher e Ury, também utilizado por Faleck na CI 3054. Ao explicar o desenvolvimento do DSD e a importância de focar a atenção das partes na resolução do conflito, Faleck (2009) cita Ury para argumentar que o enfoque nos interesses que motivam as partes é mais produtivo do que o enfoque em direito ou poder. Isso porque, no primeiro caso, seria possível encontrar uma alternativa de posição comum para ambas as partes, e no segundo, inevitavelmente uma das partes sairia sentindo-se injustiçada ou vencida. Faleck faz a ressalva de que focar em interesses não necessariamente seria melhor do que os outros enfoques, mas teria resultados considerados mais positivos quanto aos critérios de custo de transação, satisfação das partes, efeitos na reputação, relacionamento e reincidência de novas disputas.

Outro fator considerado essencial ao sucesso do DSD é a sua aprovação por todas as partes interessadas e afetadas, isto é, deve-se atingir o consenso pela aprovação geral. Para isso as partes deverão se sentir cocriadoras do projeto na medida em que participem de forma democrática do seu processo de criação, que deve ser baseado nos valores de dignidade, igualdade, autonomia, eficiência e satisfação. Segundo Faleck (2009, p.19) “se o processo de criação é justo, o resultado deve ser justo”. No mesmo sentido, Araujo e Furst (2014) elencam princípios norteadores à construção de um programa de indenização extrajudicial com base no DSD. São elementos que foram consubstanciados no Programa de Indenização do Voo 447 (PI 447), criado para indenizar os beneficiários de 57 pessoas brasileiras mortas no acidente aéreo, de um total de 228 vítimas. Foram elencados os princípios da transparência, isonomia, autonomia da vontade, confidencialidade, eficiência, além da presença de autoridades públicas e do apoio em critérios objetivos.

Análise das audiências públicas sob as diretrizes do DSD

Na fase anterior à implementação do PIM e dos Centros de Indenização Mediada no Espírito Santo foram realizadas seis audiências públicas organizadas pelo Grupo Interdefensorial

do Rio Doce formado pelas Defensorias Públicas da União, Espírito Santo e de Minas Gerais, com o objetivo principal de prestar orientação jurídica às pessoas atingidas pelo rompimento da barragem de Fundão, informar a criação desse Grupo de Trabalho, sanar dúvidas acerca do PIM e explicar como se daria a atuação da Defensoria Pública na orientação jurídica aos atingidos que optassem por participar desse programa. Realizadas no mês de setembro de 2016, nos dias 19, 20, 21, 22, 23 e 28, as audiências aconteceram em Colatina, Maria Ortiz, Regência, Povoação e Mascarenhas, respectivamente. Além dos representantes das Defensorias e das comunidades onde aconteceram as audiências, estavam representantes do Fórum Capixaba em Defesa da Bacia do Rio Doce, Fórum Colatina SOS Rio Doce, Movimento de Atingidos por Barragens (MAB) e da Samarco e suas acionistas, tendo este último o objetivo de explicar como seriam os procedimentos de indenização previstos no PIM e sanar dúvidas referentes à sua implementação.

A partir da análise das atas das audiências públicas disponibilizadas pelo Grupo de Trabalho Interdefensorial do Rio Doce, observei pontos de discussão relevantes ao exame da pré-implementação do PIM e à sua adequação às diretrizes do DSD. Esses pontos foram divididos nas seguintes categorias: participação popular, comprovação dos danos, critérios de elegibilidade, transparência, cadastramento e canais de comunicação. As principais denúncias e demandas das populações atingidas, bem como as explicações dos representantes das empresas foram organizadas nessas categorias a fim de observar a presença ou não de conceitos e princípios considerados essenciais ao êxito do programa, conforme as diretrizes do DSD elencadas por Faleck(2009) e Araujo e Furst (2014).

Em primeiro lugar, a ausência de participação popular na construção das formas de comprovação dos danos e da matriz de danos juntamente às empresas foi tanto uma denúncia como uma demanda de algumas pessoas afetadas. A forma como ocorreria a participação da comunidade e a sua capacidade de deliberação sobre os termos do programa foram objetos de dúvidas das comunidades. Os representantes das empresas admitiram a incapacidade de ampliação dessa participação e de consulta ampla à população devido ao número grande de pessoas a escutar e o tempo insuficiente para tanto. Como solução, valeram-se de reuniões com representantes de pescadores, comerciantes e agricultores, indicados por órgãos do governo como o Instituto Capixaba de Pesquisa, Assistência Técnica e Extensão Rural (INCAPER) e o Ministério da Pesca, onde esses representantes indicaram danos a serem indenizados, mas nem todos foram incluídos na matriz de danos pela fundação.

A eleição artificial de lideranças das classes atingidas adotada pela fundação não tem a capacidade de produzir a aprovação do programa pelas pessoas afetadas, já que não se leva em conta a perspectiva de todas as partes envolvidas na construção e aprimoramento do projeto por meio de um processo democrático. A limitação da representação dos afetados a somente três classes também prejudica esse processo na medida em que demonstra a ausência de consideração da multiplicidade de sujeitos atingidos. O argumento de que houve representação não pode minar a crítica pública das pessoas cujas vidas são efetivamente afetadas e transformadas pelas negociações e seus resultados. De acordo

com Faleck (2009, p. 19) “a aceitação depende de um processo baseado em valores como participação, dignidade, igualdade, autonomia, eficiência e satisfação”. Sem esses valores compromete-se o êxito do sistema.

Ademais, a cobertura de todos os danos devidos, independentemente de sua natureza, é considerada estratégica para evitar o litígio em questões residuais e, assim, efetivamente, diminuir custos de transação (FALECK, 2009). Um exemplo emblemático é a reinvidicação da inclusão do dano material decorrente da compra de água mineral, na matriz de danos. A incerteza quanto à qualidade da água após o desastre fez com que muitas pessoas comprassem água mineral para todo tipo de uso, impactando suas rendas. Porém, apesar da informação de que a lista de danos poderia ser modificada após o início do programa, o dano pelo gasto com água mineral não foi englobado na matriz de danos. A justificativa utilizada pelas empresas é que a água tratada estaria própria para consumo, já que havia sido atestada por laudo técnico. Contudo, alguns dias após a audiência, um laudo técnico do Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IEMA)⁵ informou que as águas do Rio Doce não apresentavam qualidade mínima capaz de garantir segurança hídrica adequada. Esse exemplo deixa nítida a divergência de laudos técnicos quanto à qualidade da água do Rio Doce. Sem dados confiáveis as comunidades ficam sem subsídio para exigir direitos e proteger sua saúde.

Segundamente, a comprovação dos danos foi um ponto de preocupação recorrente nas falas dos afetados, pois grande parte deles são trabalhadores informais. Assim, pescadores artesanais, ribeirinhos e comerciantes informais, muitas vezes, não dispõem de CNPJ ou de notas fiscais para comprovação de renda. Como resposta, os requisitos para comprovação de danos seriam flexibilizados e facilitados, a fim de permitir maior participação dos afetados, mas esses parâmetros somente seriam explicados, de forma específica, nos escritórios, pois ainda não havia a certeza de quais seriam eles. Dessa forma, não haveria, a priori, restrição no acolhimento de documentos ou exigência de determinadas formalidades, como imposto de renda declarado, mas precisariam de informações, tanto por meio de recibos, contratos, fotos, como também de testemunhas, para se estimar o valor da renda daquele a receber indenização.

A flexibilização do modo de comprovação dos danos mostra a preocupação em tornar o programa menos burocrático e, portanto, mais célere, na medida em que facilita a aferição de forma conjunta das reais condições de renda do afetado. Segundo Araujo e Furst (2014), a atmosfera de cooperação mútua entre afetado, advogado ou defensor público e empresa, faz com que o procedimento seja rapidamente concluído, atendendo ao princípio da eficiência.

Em terceiro lugar, a não publicidade dos critérios de elegibilidade para a participação no programa, adotados pela fundação, foi questionada recorrentemente nas audiências. Muitas reclamações sobre a elegibilidade também faziam referência ao cadastramento e à falta de transparência da fundação na construção desses critérios e nas tomadas de decisões sobre quem seria elegível ou não. A aferição da legitimidade e a fixação da indenização

⁵ Disponível em: <http://seculodiario.com.br/30767/10/agua-do-rio-doce-esta-impropria-em-todo-o-espirito-santo>. Acessado em: 21 de ago. 2017.

pelos escritórios de mediação são feitas a partir do cadastramento. Contudo, um primeiro cadastramento foi feito para a distribuição de cartões de auxílio financeiro emergencial. Muitas pessoas reclamaram que fizeram o cadastro e não obtiveram resposta, outras tiveram o auxílio negado, pois foram informadas que não teriam direito, sem outras justificativas. O representante das empresas assumiu os erros cometidos na qualificação das pessoas para o recebimento do auxílio e afirmou que seriam corrigidos com o cadastramento definitivo para o PIM. A partir deste cadastramento seria possível agendar a ida aos escritórios para as negociações das indenizações.

Outra demanda recorrente foi a ampliação do número de pessoas a serem indenizadas, já que, segundo as comunidades, todas seriam atingidas pelo desastre. Pessoas dos distritos de Itapina, localizado no município de Colatina/ES e Barra do Sahy, em Aracruz/ES, compareceram às audiências para demandar o reconhecimento como afetadas e denunciar a ausência de assistência por parte das empresas e do Poder Público. Em contrapartida, obtiveram a resposta de que a participação no programa dependeria da possibilidade de comprovação dos danos pelo afetado e a elegibilidade se daria por critérios objetivos, mas devido a não finalização do programa, não teria como apresentá-los. A ausência de transparência nas decisões e a inclusão de pessoas além do número de afetados ferem alguns princípios institucionais considerados importantes por Faleck (2009) à resolução de disputas. Isso porque decisões fundamentadas e acesso à informação são considerados necessários ao êxito do programa, pois permitem uma maior confiança e compreensão do sistema de indenização.

Em quarto e último lugar, foram identificados dois canais principais de comunicação, quais sejam reuniões nas comunidades e a central de atendimento telefônico. Quanto ao primeiro, houve reclamações em relação à falta de ação após deliberações ocorridas em reunião, o que demonstra a pouca eficiência desse meio para as comunidades. Da mesma forma, a central de atendimento telefônico foi objeto de queixas na medida em que não conseguiam ser atendidos. Em resposta, foi informado que a capacidade de atendimento da central telefônica estava sendo ampliada para garantir a sua efetividade e que também seria aberto um canal de diálogo com a comunidade a fim de explicar todos os programas da fundação.

Grande parte das demandas, denúncias e explicações identificadas nas audiências e analisadas nesta pesquisa demonstraram falhas na pré-implantação do PIM, mas também possibilidade de sua correção para se alcançar um sistema exitoso de design de disputa, segundo a literatura especializada nesse tipo de método. Contudo, a análise das audiências públicas também permitiu vislumbrar a ausência de poder de decisão das comunidades na construção do programa, o que reflete o desequilíbrio de poder existente entre as empresas e as pessoas afetadas. O conflito entre esses dois atores, observados nas demandas e denúncias das comunidades e no *modus operandi* dos representantes da empresa, põe em choque a distribuição de poder sobre o território e seus recursos. A política, portanto, não é o simples desafio de convencer as pessoas a adotar os mecanismos de negociação, mas o processo que subjaz dentro do conflito ambiental (ACSELRAD, BEZERRA E GAVIRIA, 2010).

Para identificar se as falhas foram corrigidas seria necessário analisar o desenvolvimento das negociações nos escritórios, as impressões dos afetados beneficiários do programa, o funcionamento dos canais de comunicação e a presença do Poder Público nesse processo. Caso os danos individuais forem integralmente indenizados por meio de um processo democrático, eficiente e considerado justo pelos afetados, a tutela dos direitos será adequada do ponto de vista do microsistema do processo coletivo. Contudo, trata-se de um desafio, já que as possibilidades de tutelar um direito são variadas, na medida em que há uma multiplicidade de lesões e danos, o que torna esse conflito complexo (VITORELLI, 2016).

Em certos casos, a negociação não impede o agravamento dos conflitos e pode até prolongá-los, permitindo a continuação do desastre nas comunidades afetadas. De acordo com o Conselho Pastoral dos Pescadores (2017), as empresas estariam utilizando estratégias que desconstroem laços familiares e comunitários no município de Povoação/ES, na medida em que prestam auxílio financeiro às pessoas de forma desigual. Esse tipo de política estaria provocando o agravamento de conflitos nas comunidades, enfraquecendo a sua organização. A visibilização desses conflitos pode ser útil em análises futuras sobre a atuação da fundação nas comunidades e as consequências desse tipo de estratégia na construção de programas de resolução negocial de conflitos, provocando questionamentos acerca da recorrência desse tipo de denúncia nas comunidades e em que medida a desmobilização das comunidades poderia ser um fator de facilitação na implementação do PIM.

Considerações finais

O estudo da adequação da pré-implementação do PIM às diretrizes do DSD mostrou que houve falhas em pontos significativos ao êxito do programa, como a participação popular na elaboração das diretrizes, a ampla cobertura dos danos a serem indenizados, a consideração da multiplicidade dos sujeitos afetados, publicidade e transparência dos critérios de decisão acerca dos termos do programa e a eficiência dos canais de comunicação. Somente a flexibilização do modo de comprovação dos danos atendeu aos princípios diretivos do sistema de design de disputas. De uma forma geral, foi possível observar também a ausência de poder deliberativo das comunidades quanto aos rumos do programa, o que demonstra a desigualdade de poder existente entre as empresas e as pessoas afetadas pelo desastre nos processos de tutela dos direitos coletivos.

Os conflitos ambientais evidenciam a confrontação entre diferentes modelos de relação entre o meio ambiente e a sociedade, sendo que a multiplicidade de danos gera também diferentes possibilidades de tutelar os direitos. A perspectiva de qual a melhor tutela pode divergir na medida em que diferentes atores entendem o meio ambiente e os modos de vida ali presentes de formas distintas. Assim, a indenização ou compensação monetária, ainda que necessária para a garantia de um mínimo existencial, não é necessariamente a tutela mais adequada. A discussão sobre a avaliação de danos e a sua tutela prioritariamente em termos

econômicos demonstra a questão de assimetrias de poder (CREADO et al., 2016). Dessa forma, quando envolve atores sociais com acentuada desigualdade de poder, a resolução negociada de conflitos pode operar como uma tecnologia de desmobilização social (ACSELRAD, BEZERRA E GAVIRIA, 2010).

Referências

- ACSELRAD, H.; BEZERRA, G. N.; GAVIRIA, E. M. Inserción económica internacional y "resolución negociada" de conflictos ambientales en América Latina. EURE. Santiago, v. 36, n. 107, p. 27-47, abril 2010.
- ARAUJO, N.; FURST, O. Um exemplo brasileiro da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v.23, n.91, p.337-349, 2014.
- BRASIL, Lei nº 7.347 de 24 de Julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.
- BRASIL, Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil e dá outras providências.
- CABRAL, A. P. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI JR., Hermes. Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 319-332.
- CARAVANA Territorial da Bacia do Rio Doce, 2016. Governador Valadares: Carta Política da Caravana Territorial da Bacia do Rio Doce, 2016. Disponível em: <http://www.agroecologia.org.br/2016/04/26/carta-politica-da-caravana-territorial-do-rio-doce/>. Acesso em: 22 de ago. 2016.
- CONFERÊNCIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989. Dispõe sobre Povos Indígenas e Tribais.
- CONSELHO PASTORAL DOS PESCADORES. Seminário sobre impactos do crime da Samarco/Vale/BHP às comunidades tradicionais pesqueiras. Carta de Povoação/Linhares (ES). Brasília, 2017. 2 p. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/354214391/CARTA-DE-POVOACAO-LINHARES-ES#download>. Acesso em: 20 de ago. 2017.
- CREADO, E. S. J. et al. Modos de olhar, contar e viver: a chegada da "lama da Samarco" na foz do Rio Doce, em Regência Augusta (ES), como um evento crítico. In: MILANEZ, B.; LOSEKANN, C. (Orgs.). Desastre no Vale do Rio Doce: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. p. 233-263.
- DIDIER Jr., F.; ZANETI Jr., H. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 4.

- FALECK, D. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. Revista brasileira de arbitragem, Ano V, n. 23. São Paulo: IOB, 2009, p. 9.
- LOSEKANN, C. (Org.). Sem-Terra, Sem-Água e Sem-Peixe – Impactos socioambientais da ruptura da barragem de rejeitos da Samarco no Espírito Santo. SATAD Series Working Papers, Newcastle upon Tyne e São Paulo, v. 2, n. 17, 2015.
- MILANEZ, B.; PINTO, R. G. 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. 2016. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2016-Coment%C3%A1rios-Acordo-Samarco.pdf>. Acessado em: 20 de ago. 2017
- NADER, L. Harmonia Coerciva: A economia política dos modelos jurídicos. Revista brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v.9, n.26, out. 1994. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm. Acesso em: 20 ago. 2017.
- TALAMINI, E. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes. Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 109-129.

Os efeitos da coisa julgada no processo coletivo quando o grupo for ausente

Rafaella Boone Schimidt¹

Resumo: O processo coletivo brasileiro pressupõe a existência de uma situação jurídica litigiosa coletiva, ativa ou passiva, de titularidade de um grupo de pessoas. Ordinariamente, o grupo envolvido na demanda coletiva é representado em juízo por um legitimado extraordinário, com exceção da ação coletiva ajuizada pelas comunidades indígenas, visto que segundo os termos do artigo 37, do Estatuto do Índio, a legitimação é ordinária. A ausência do grupo no litígio ocorre mesmo quando é representado em juízo por um colegitimado público, ou, no caso da ação popular, por um cidadão que pode até ser membro do grupo. A presente pesquisa repousa o estudo nos efeitos da coisa julgada no processo coletivo quando o grupo for ausente. Para tanto, busca compreender o regime jurídico da coisa julgada no processo coletivo, que encontra-se definido no artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor. Desta feita, nota-se a necessidade de implementação de mecanismos com o escopo de permitir que os princípios do devido processo legal coletivo e do contraditório sejam verdadeiramente respeitados, mesmo não estando os membros do grupo integrando a lide, mediante a certificação do processo coletivo, a definição do grupo envolvido no litígio, a presença efetiva de um representante adequado capaz de defender com vigor o direito do grupo ausente no litígio coletivo.

Palavras-chave: Processo coletivo; Litígio coletivo; Representação extraordinária; Grupo ausente; Coisa julgada coletiva.

Referencial teórico

No ensinamento de Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 32), o processo coletivo “é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva [...] de titularidade de um grupo de pessoas”.

No Brasil, o processo coletivo é originado a partir de uma ação coletiva (*opt out*) ou do julgamento de casos repetitivos (*opt in*), instrumentos fundamentais para a tutela dos direitos e das pessoas, adequada, tempestiva e efetiva, por meio de um processo justo.

¹ Mestranda em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo.

Para a proteção conferida aos direitos coletivos é de suma importância destacar o conceito de tutela jurisdicional coletiva:

[...] a proteção que se confere a uma *situação jurídica coletiva ativa* (direitos coletivos *lato sensu* de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma *situação jurídica coletiva passiva* (*deveres ou estados de sujeição coletivos*) (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 34).

O processo coletivo é regido por institutos e enunciados principiológicos próprios, recebendo tratamento jurídico diverso do Direito Processual individual. Roque (2016) esclarece que a premissa básica desse ramo do direito consiste no reconhecimento de sua autonomia, ocasião em que observa princípios próprios, distintos do direito processual individual.

O processo coletivo brasileiro não conta com uma Codificação própria, tal como o processo civil pátrio. Desta feita, pode-se falar na existência de um microsistema da tutela coletiva, regido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Esse microsistema é composto pelo CDC, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular, no seu núcleo, e a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, na sua periferia. A única leitura possível deste microsistema atualmente será aquela que o articula, em um diálogo de fontes, com a Constituição e o CPC (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 56).

O artigo 81, parágrafo único, do CDC apresenta os denominados direitos coletivos *lato sensu*, são eles: direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos são definidos no artigo 81, parágrafo único, I, do CDC como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Para melhor elucidação, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 74.) esclarecem que os direitos difusos somente podem ser considerados como um todo, sendo titularizado por sujeitos indetermináveis, ligados por circunstâncias fáticas, por exemplo, a tutela do meio-ambiente e a defesa da moralidade administrativa.

Os direitos coletivos *stricto sensu* encontram conceituação legal no artigo 81, parágrafo único, II, do CDC: “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

Pinho (2015) preconiza que os indivíduos titulares dos direitos coletivos *stricto sensu* são determináveis, em tese, tendo em vista que fazem parte de algum grupo, categoria ou classe, por exemplo, os membros de uma associação de classe.

Vale pontuar que a diferença entre o direito difuso e o direito coletivo *stricto sensu* é a “determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão” (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 75).

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos encontram previsão no artigo 81, parágrafo único, III, do CDC, “entendidos os decorrentes de origem comum”.

O legislador foi além da definição de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e criou uma nova categoria de direitos coletivos (coletivamente tratados), que denominou direitos individuais homogêneos [...]. A gênese dessa proteção/garantia coletiva tem origem nas *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano. [...]. Sem sua criação pelo Direito positivo nacional, não existiria possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente de massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 75-76).

Contudo, a classificação dos direitos coletivos *lato sensu* segundo o artigo 81, parágrafo único, do CDC tem-se mostrado equivocada, uma vez a necessidade de adaptar tais conceitos às situações concretas, porquanto não são direitos estáticos, e sim, dinâmicos, refletindo a pretensão de uma coletividade que está em constantes mudanças, conforme defende Pinho (2015).

Nessa esteira, vale mencionar, brevemente, a proposta de Vitorelli (2016) acerca da insuficiência conceitual dos direitos transindividuais e a construção do princípio do devido processo legal coletivo segundo a tipologia do conflito.

Vitorelli (2016) esclarece que os conflitos coletivos apresentam variados graus de complexidade e conflituosidade, o que obsta um tratamento igualitário para todos eles e para tanto propõe a conceituação dos direitos transindividuais em três categorias, quais sejam, litígios transindividuais de difusão global, local e irradiada.

Nos litígios transindividuais globais a lesão não recai sobre qualquer pessoa diretamente, por exemplo, um vazamento de óleo no meio do oceano, devendo a sua titularidade ser conferida à sociedade entendida como estrutura. Já nos litígios transindividuais de difusão local os danos atingem, de forma específica e grave, grupos menores com laços intensos de afinidade social, emocional e territorial, por exemplo, os índios ou quilombolas (VITORELLI, 2016).

Os litígios transindividuais de difusão irradiada consistem naqueles casos em que a lide derivada da lesão afeta diretamente os interesses de diferentes indivíduos, entretanto, essas pessoas não compõem uma comunidade, bem como não serão atingidas pelo resultado do litígio em igual proporção, o que possibilita o surgimento de concepções discrepantes (VITORELLI, 2016).

No que concerne à concepção de coisa julgada, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 423) evidenciam que “considera-se a coisa julgada como a situação jurídica que torna indiscutível o conteúdo de determinadas decisões jurisdicionais”.

A coisa julgada não é uma característica específica do Direito Processual Coletivo, não obstante seja de suma importância para a sua estrutura, se diferencia do processo individual. Sobre isso, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017) salientam que a coisa julgada não é uma particularidade do processo coletivo, todavia, o seu exame é fundamental para constatar a estrutura do processo coletivo, mas não para conceituá-lo.

Destarte, a coisa julgada coletiva consiste em instituto estrutural fundamental do direito processual coletivo, o qual deve estar comprometido com a efetivação dos valores fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessa esteira, Almeida (2003) anota que é através da coisa julgada coletiva que se alcançará o resultado útil do processo coletivo, que ocorrerá a pacificação social de forma potencializada, bem como a concretização das finalidades do direito processual coletivo no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Topan (1993) já explanava a necessidade de desvinculação do processo das vias liberais-individualistas, conferindo uma nova roupagem aos institutos da legitimidade, pedido, coisa julgada, entre outros, com o escopo de proteger os direitos coletivos que surgiam na sociedade.

O regime jurídico da coisa julgada coletiva é definido pelo artigo 103, do CDC, que especifica os seus efeitos sob os direitos difusos (inciso I), direitos coletivos *stricto sensu* (inciso II) e direitos individuais homogêneos (inciso III).

No tocante a coisa julgada coletiva nas ações que versam sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, optou o legislador por estabelecer o regime jurídico da coisa julgada *secundum eventum probationis*, formada somente nas situações de esgotamento de provas, ou seja, se a ação for procedente (com ou sem esgotamento de prova) ou improcedente (com suficiência de prova) (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017).

Os incisos I e II, do artigo 103, do CDC preconizam que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* nas ações coletivas que visem a tutela de direitos difusos, ao passo que naquelas voltadas para a proteção de direitos coletivos *stricto sensu* fará coisa julgada *ultra partes*.

Sobre o tema, Almeida (2003, p. 556-557) explica:

Quando o texto diz que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, significa que a decisão atingirá toda a comunidade de pessoas e não será mais possível a repositura da mesma ação coletiva, salvo se o *fundamento* constante da decisão de improcedência do pedido for a *insuficiência de provas*, ocasião em que qualquer legitimado poderá ajuizar novamente a mesma ação, desde que *fundamentada em nova prova*. [...] a coisa julgada operará *ultra partes* justamente porque a eficácia do julgado transcenderá as partes litigantes, atingindo grupo, categoria ou classe de pessoas [...].

Importante observar que não será possível discutir novamente a demanda coletiva, ainda que por outro colegitimado, em caso de decisões de procedência com ou sem esgotamento dos meios probatórios ou na situação de improcedência com esgotamento de provas. Todavia, sendo a decisão de improcedência do pedido por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar novamente a mesma ação, desde que fundamentada em nova prova, capaz por si só de alterar o julgamento da demanda. Ressalva-se que a improcedência com suficiência de provas não impede o ajuizamento de ação individual.

Além disso, registra-se que o que é *secundum eventum litis* é a extensão dos efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, somente para beneficiar os titulares dos direitos individuais e não especificamente a coisa julgada coletiva (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017).

No que tange aos direitos individuais homogêneos (artigo 103, III, do CDC), a extensão da coisa julgada coletiva será *erga omnes*, unicamente na situação de procedência do pedido, com o fito de beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Entretanto, visto que não há regramento da coisa julgada coletiva nos direitos individuais homogêneos, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2017, p. 430) explicam:

Assim, parece que, aplicando o princípio hermenêutico de que a solução das lacunas deve ser buscada no microsistema coletivo, se pode concluir que se a ação coletiva for julgada procedente ou improcedente por ausência de direito, haverá coisa julgada no âmbito coletivo; se julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada no âmbito coletivo, seguindo o modelo já examinado para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Contudo, a doutrina dominante não pensa assim, adotando a interpretação literal do dispositivo do inciso III, que não prevê a exceção da coisa julgada no caso de insuficiência ou falta de provas.

O parágrafo primeiro, do artigo 103, do CDC sublinha que a sentença coletiva de improcedência não prejudicará as pretensões individuais, ao passo que o parágrafo terceiro, do mesmo dispositivo acentua que nas sentenças de procedência nas ações para a tutela de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, os efeitos da coisa julgada coletiva são estendidos à esfera individual (transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva), de forma que o indivíduo poderá proceder à liquidação e à execução do *decisum*.

O parágrafo segundo, do artigo 103, do CDC versa sobre os direitos individuais homogêneos e diz que a coisa julgada coletiva afetará o indivíduo que intervier na ação coletiva (artigo 94, do CDC) ainda quando se tratar de improcedência do pedido. O parágrafo quarto, por sua vez, ilustra que haverá repercussão da sentença penal condenatória na esfera cível, de modo a beneficiar a vítima.

Referentemente ao artigo 104, do CDC, Mendes e Silva (2016, p. 564) catalogam:

[...] a vinculação à coisa julgada no caso de procedência do pedido só se aplica aos interessados que não ajuizaram suas ações individuais ou que, ainda que estivessem com elas em curso, requereram a suspensão de suas ações individuais no prazo de trinta dias [...].

Ademais, questão de extrema importância trata da regra da adequada representação do grupo titular do direito em âmbito coletivo, através de um legitimado definido em lei, que exerça com efetividade o seu dever, guiando o processo coletivo com os recursos apropriados, sejam eles, financeiros, técnicos ou morais.

Em regra, a legitimação no processo coletivo é extraordinária, haja vista que o legitimado para propositura da tutela coletiva, como por exemplo, o Ministério Público e o titular do direito (grupo ausente na demanda coletiva) não coincidem, com exceção da ação coletiva ajuizada pelas comunidades indígenas, visto que segundo os termos do artigo 37, da Lei Federal n.º 6.001/1973 (Estatuto do Índio) a legitimação é ordinária.

Roque (2016) pontua que alguns princípios são comuns a todos os ramos do processo, notadamente os de origem constitucional, como o devido processo legal e o contraditório. Contudo, mesmo estes, assumem feições peculiares no processo coletivo. Para tanto, exemplifica que o devido processo legal nas ações coletivas não exige que os titulares dos direitos tutelados compareçam pessoalmente em juízo, mas que sejam representados de forma adequada pelo legitimado coletivo.

A legitimação coletiva apresenta as seguintes características:

a) está regulada, inicialmente, por lei (art. 5.º da Lei n.º 7.347/85; art. 82 do CDC etc.), podendo ser aferida em concreto a presença da adequada representação; b) é conferida a entes públicos, privados e despersonalizados, e, até, ao cidadão, na ação popular; c) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados, na forma do art. 81 do CDC e seus incisos); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger os seus direitos, cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma, exclusiva e concorrente e disjuntiva ou simples (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 197-198).

O instituto da adequação representação tem origem norte-americana no modelo de litígios das *class actions*, sendo a legitimidade conferida a qualquer indivíduo de determinada classe interessado na causa. O Direito brasileiro, por sua vez, adotou o sistema de legitimidade *ope legis*, visto que a lei aponta os legitimados para demandar as ações coletivas (GUERRA, 2016).

A respeito dos grupos ausentes na demanda coletiva passiva, Guerra (2016, p. 306) assinala que nas situações em que um grupo de réus apresenta um padrão de conduta ilegal, é possível, a partir de uma única ação coletiva, obrigar a todos ao ajuste de suas condutas às normas legais e ainda vinculante a todos os ausentes na demanda que se encontram em situação similar de ilicitude.

Impende observar que é exatamente a adequada representação dos interesses dos ausentes que contornará a violação do *due process clause*. [...] Por isso, para que possa haver o *binding effect* (efeito vinculante, efeito da coisa julgada) em relação a todo o grupo, vale dizer, para que haja a coisa julgada *erga omnes* é preciso que o representante se haja portado de forma tal que o resultado seria o mesmo, ainda que os próprios ausentes estivessem postulando em juízo (GIDI *apud* GUERRA, 2016, p. 312-313).

Segundo Violin (2008, p. 139) “mesmo diante da ausência de norma definidora do que seja um representante adequado, pode e deve o juiz efetuar esse controle. Para isso, deverá analisar, diante do caso concreto, a qualidade da defesa dos interesses da classe”.

Embasando-se em entendimento deflagrado por Hermes Zaneti Jr. no Grupo de Estudos de Tutela Coletiva da Universidade Federal do Espírito Santo, Guerra (2016, p. 314) explica:

[...] tanto a Defensoria como o MP, por meio de uma notificação adequada aos membros do grupo a ser demandado, podem viabilizar a formação de um grupo verdadeiramente coeso e consciente de sua posição, com definição clara das condutas imputadas e solução para um ajuste de conduta. E é esse diálogo prévio que permitirá uma participação mais efetiva dos membros ausentes na lide, pois estreita a relação com o representante do grupo e, por consequência, com o processo, e consolida um verdadeiro devido processo legal coletivo.

Por todo o exposto, nota-se a necessidade de implementação de mecanismos para permitir que os princípios do devido processo legal coletivo e do contraditório sejam observados, mesmo não estando todos os membros do grupo integrando a lide, mediante a presença efetiva de um representante adequado, capaz de defender com vigor os direitos dos grupos ausentes, por exemplo, mediante a certificação do processo coletivo, a definição e a notificação adequada do grupo envolvido no litígio.

Referências

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 427 p.
- BRASIL. Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: jul. 2017.
- BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: jan. 2017.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 4 v. 543 p.
- GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. 267 p.
- GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães e. Ação coletiva passiva: uma análise quanto à formação do grupo demandado. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); ZANETI JR., Hermes (Coord.). Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. 8 v. 640 p.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 507 p.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare P. da. As soluções para demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); ZANETI JR., Hermes (Coord.). Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. 8 v. 640 p.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 955 p.

- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Processo civil ambiental. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 318 p.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas após o novo código de processo civil: para onde vamos? In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); ZANETI JR., Hermes (Coord.). Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. 8 v. 640 p.
- TOPAN, Luiz R. Ação coletiva e adequação da tutela jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- VIOLIN, Jordão. Ação coletiva passiva: fundamentos e perfis. Salvador: JusPodivm, 2008.
- VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 637 p.
- _____. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva In: DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral); ZANETI JR., Hermes (Coord.). Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016. 8 v. 640 p.