

CINCO ANOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015

Realização

EJEF
Escola Judicial
Desembargador Edúlio Fernandes



TJMG
Tribunal de Justiça do
Estado de Minas Gerais

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEF

Rua Raul Pompeia, 101, 7º andar, Bairro São Pedro, Belo Horizonte/MG

CEP 30330-080

Endereço eletrônico: www.ejef.tjmg.jus.br

E-mail: gejur@tjmg.jus.br

Os conceitos e afirmações emitidos nesta obra são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

C517 Cinco anos do Código de Processo Civil 2015: Lei 13.105, de 16 de março de 2015 = 5 anos do Código de Processo Civil 2015 / Áurea Maria Brasil Santos Perez (org.) ... [et al.]; José Afrânio Vilela ... [et al.] (colab.) - Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes", 2020.

768 p.

ISBN: 978-65-87273-00-6

1. Processo Civil – Coletânea. I. Brasil. Código de Processo Civil (2015).

II. Perez, Áurea Maria Brasil Santos (org.). III. Vilela, José Afrânio (colab.).

CDU: 357.91

CDD: 341.46

ORGANIZADORES

Des.^a Áurea Maria Brasil Santos Perez

Des. Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

Des.^a Ana Paula Nannetti Caixeta

Des.^a Ângela de Lourdes Rodrigues

Des.^a Lílian Maciel Santos

Des.^a Mônica Libânio Rocha Bretas



5 ANOS
CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL
2015

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015

Belo Horizonte
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
2020

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Desembargador Nelson Missias de Moraes
Presidente

Desembargador José Afrânio Vilela
Primeiro Vice-Presidente

Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez
Segunda Vice-Presidente

Desembargadora Mariangela Meyer Pires Faleiro
Terceira Vice-Presidente

Desembargador José Geraldo Saldanha da Fonseca
Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador Jayme Silvestre Corrêa Camargo
Vice-Corregedor-Geral de Justiça

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Comitê Técnico

Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez

Desembargadora Maria Luíza de Marilac Alvarenga Araújo

Desembargador Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

Desembargadora Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça

Desembargador Moacyr Lobato de Campos Filho

Juiz de Direito Luís Fernando de Oliveira Benfatti

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas: Ana Paula Andrade
Prosdocimi da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental: Fernando Rosa de
Sousa

Produção Editorial

Gerência de Jurisprudência e Publicações Técnicas - GEJUR/DIRGED

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica - CODIT

Centro de Publicidade e Comunicação Visual - CECOV/ASCOM

Coordenação de Mídia Impressa e Eletrônica - COMID

Projeto gráfico: Shirley Moraes e Cristina Baía Marinho

Sumário

Prefácio	11
<i>Juliana Cordeiro de Faria</i>	

Apresentação	17
<i>Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez</i>	

CAPÍTULO I

Normas fundamentais do Processo Civil

1. O uso da cláusula compromissória mista de mediação e arbitragem – um caso prático na singularidade do direito de família	21
<i>Alessandra Alvarenga Spadinger</i>	

2. O (livre?) convencimento motivado no Código de Processo Civil de 2015	51
<i>Fabício Simão da Cunha Araújo</i>	

3. Contraditório – garantia à decisão justa e democraticamente construída	83
<i>Flávia Maria de Freitas Cherem</i>	

4. O acesso à justiça e a celeridade processual: o alcance de uma justiça efetiva, justa e igualitária	101
<i>Gisele Luiza Soares Moura</i>	

5. A mediação como ferramenta de condução e resolução de conflitos	129
<i>Isabela Borba Lages</i>	

6. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, interesse de agir e prévia resistência extrajudicial	153
<i>Murilo Heitor Carneiro Júnior</i>	
<i>Adriano da Silva Ribeiro</i>	

7. Amicus curiae: sua participação no controle de constitucionalidade ampliado pelo Código de Processo Civil..... 169
Nélida Reis Caseca Machado
Matheus Luiz de Faria

8. O fim do livre convencimento motivado? Quais seriam as novidades trazidas pelo CPC/2015 para a valoração da prova pelo juiz?..... 185
Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes

9. O contraditório como poder de influência no Código de Processo Civil de 2015 e a vedação à decisão-surpresa..... 199
Vitor Luís de Almeida

CAPÍTULO II

Tutela jurisdicional e procedimento

10. Adaptabilidade judicial no CPC e no sistema dos Juizados Especiais Cíveis: uma releitura do art. 2º da Lei nº 9.099/1995 a partir dos aportes do novo CPC 231
André Ladeira da Rocha Leão

11. Procedimento especial das ações de família no novo CPC..... 251
Carlos José Cordeiro
Josiane Araújo Gomes

12. A estabilização da tutela antecipada e a Fazenda Pública 281
Felipe Galego
Sérgio Henriques Zandoná Freitas

13. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua repercussão na efetivação do contraditório303
Gleice Leila Barral
Elias Oliveira Vargas

- 14. A natureza da decisão proferida na primeira fase da ação de exigir contas e sua impugnação: divergência doutrinária e jurisprudencial333**
Jessica Sérgio Miranda
Adriano da Silva Ribeiro
- 15. Tutela sumária satisfativa no CPC/2015 357**
Josiane Araújo Gomes
- 16. Interdição e curatela: o “diálogo das fontes” após o advento da Lei nº 13.146/2015387**
Lucimara Lopes Keuffer Mendonça
- 17. Tutela jurisdicional: a alocação da impossibilidade jurídica do pedido como julgamento equiparado ao de mérito 421**
Paulo Rubens Salomão Caputo
- 18. Técnica processual e tutela jurisdicional: as contribuições de José Carlos Barbosa Moreira455**
Pedro Augusto Silveira Freitas
- 19. Análise crítica à teoria eclética liebmaniana sobre as condições da ação e o Código de Processo Civil de 2015485**
Rodrigo Martins Faria

CAPÍTULO III

Negócios jurídicos processuais

- 20. Negócio jurídico processual: a calendarização processual enquanto ferramenta de efetivação do Princípio da Razoável Duração do Processo 511**
Aline Cibele de Aguiar Gonçalves
- 21. Do negócio jurídico processual e seus limites525**
Rodrigo Kuniuchi
Ana Laiz Oliveira Lima

CAPÍTULO IV
Meios de impugnação das decisões judiciais e
precedentes judiciais

22. O agravo de instrumento no novo CPC e a sua interpretação jurisprudencial553

Antônio Tadeu França Costa Filho

23. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento: taxatividade mitigada e protagonismo judicial..... 575

Laura Campolina Monti

André Moreira Storck Nunes

Fábio da Silva Pedrosa

24. A racionalização procedimental como instrumento de melhoria da gestão judiciária e a busca pelo alcance do modelo social de processo no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais605

Desembargador Afrânio Vilela

25. A teoria da causa madura no Código de Processo Civil de 2015: análise no modelo constitucional de processo 625

Laís Alves Camargos

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

26. Em busca de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente: análise do art. 926 do Código de Processo Civil649

Renzzo Giacomo Ronchi

27. (Re)pensando a técnica de julgamento do Código de Processo Civil de 2015 à luz da Análise Econômica do Direito679

Vinícius Lacerda

CAPÍTULO V**Execução e cumprimento de sentença**

28. A efetividade do processo de execução no novo Código de Processo Civil: avanços, inovações e críticas 701

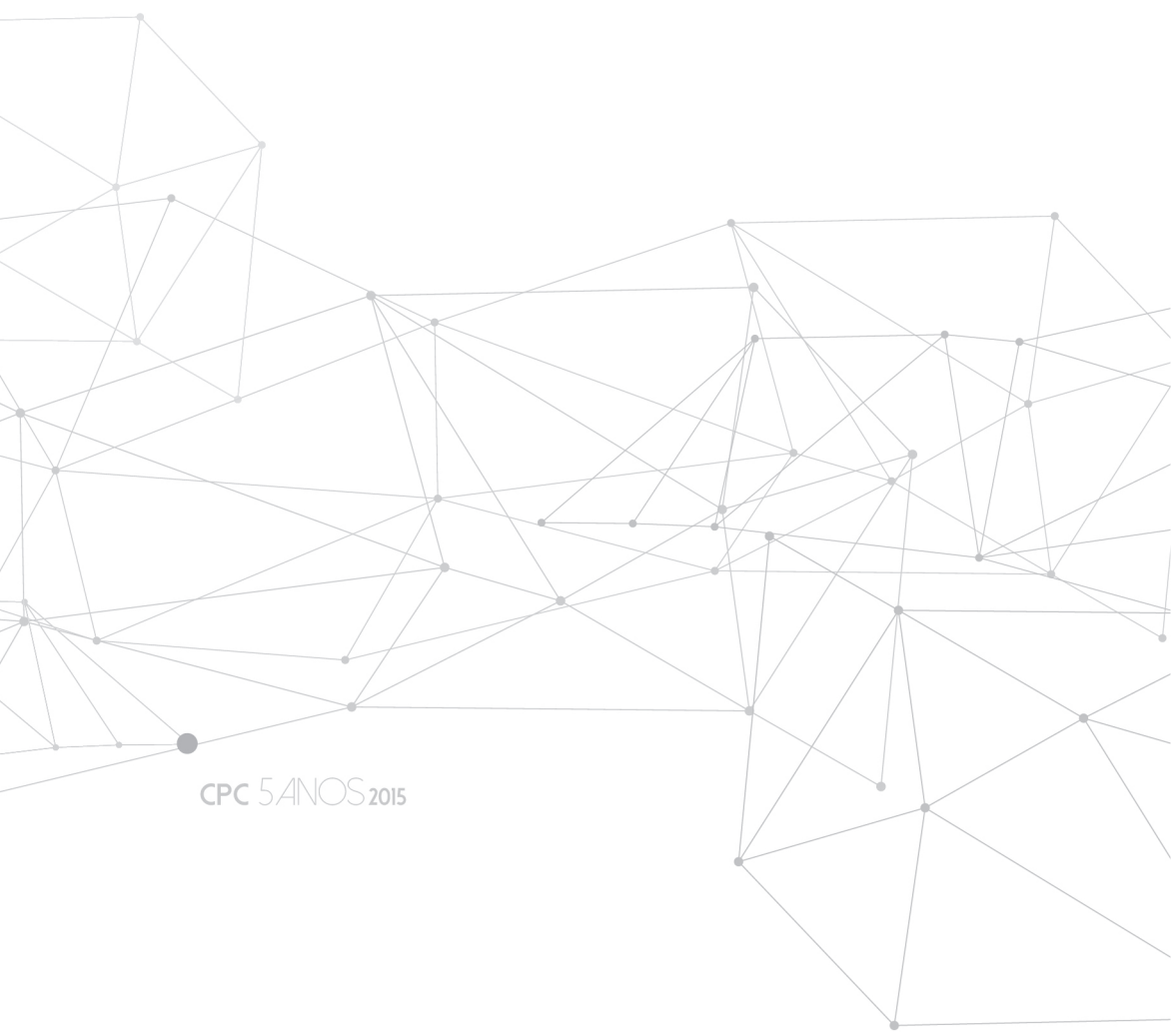
Juliano Agnus de Souza Carvalho

29. Decisão de saneamento do processo e o ônus da prova na fraude à execução 721

Rômulo dos Santos Duarte

30. A (im)pertinência do valor do crédito e do prévio protesto do título para a caracterização do interesse de agir na execução fiscal 743

Silas Dias de Oliveira Filho



CPC 5 ANOS 2015

Prefácio

Juliana Cordeiro de Faria

Professora Associada da Faculdade de Direito da UFMG. Advogada.

A obra que ora vem a lume é o resultado de uma valorosa iniciativa da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF/TJMG), sob a liderança de sua Superintendente e 2ª Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez, de fomento ao estudo e à pesquisa acadêmica de magistrados e servidores do Judiciário mineiro.

Para celebrar os cinco anos do Código de Processo Civil de 2015, a EJEF/TJMG formulou convite público a todos os seus magistrados e servidores para que compartilhassem sua produção intelectual, enviando artigos científicos que refletissem a experiência com que enfrentaram, nesses primeiros anos, os desafios da nova legislação.

O presente volume comemorativo contém, assim, uma criteriosa seleção de trinta artigos de magistrados e servidores do Judiciário mineiro e representa uma significativa contribuição para a transformação de experiências em conhecimento, de forma a auxiliar todos os agentes do sistema de justiça (internos e externos) a alcançar uma maior eficiência na prestação jurisdicional.

A EJEF e os autores merecem felicitações pela excelência na escolha dos temas, que estão divididos em cinco principais eixos: 1) Normas Fundamentais do Processo Civil; 2) Tutela Jurisdicional e

Procedimento; 3) Negócios Jurídicos Processuais; 4) Meios de Impugnação das Decisões Judiciais e Precedentes Judiciais; 5) Execução e Cumprimento de Sentença.

A estruturação dos eixos temáticos revela a concepção de uma coletânea que procura abordar relevantes desafios de um Código que não se limitou a reformar a antiga codificação, mas se propôs a dotar o país de um verdadeiro novel modelo de processo civil. Exatamente por isso, a moderna codificação passou a exigir de seus agentes uma nova forma de meditar e de compreender o Direito Processual a partir de um olhar mais ético, mais eficiente e mais justo. Esse o olhar que inspira a presente obra e o espírito que permeia todos os textos da coletânea.

O CPC/2015 valorizou sobremaneira o aspecto funcional do processo, consagrando, entre suas normas fundamentais, a instrumentalidade, a efetividade e a eficiência, como princípios determinantes para um novo desenho do acesso à justiça, adequado e tempestivo.

O contraditório, nessa perspectiva funcional, deixou de ser visto apenas em sua dimensão estática de oportunidade de bilateral audiência das partes, para assumir um caráter dinâmico¹ representativo do direito de influenciar na construção do provimento final.

Por outro lado, o CPC/2015 se mostrou consciente da crescente e universal valorização de um sistema multiportas para o tratamento adequado dos conflitos, em especial do estímulo aos métodos auto-compositivos (a mediação e a negociação/conciliação), como técnicas mais humanas e sensíveis na tarefa de se implantar uma ordem jurídica mais justa e efetiva em uma sociedade culturalmente litigiosa.

Nos artigos selecionados e que integram o primeiro eixo temático, o leitor encontrará uma abordagem dos principais aspectos desse

¹ Segundo leciona Comoglio, garantias em sentido dinâmico são “[...] *quegli strumenti giurisdizionale che siano specificamente previsti – avanti ad organi di giustizia costituzionale od internazionale – per assicurare condizioni effettive di godimento a qualsiasi diritto ‘attribuito’ o ‘riconosciuto’ da quelle norme fondamentale*” (COMOGLIO, 1998, p. 101).

novo modelo de processo civil e de seus impactos práticos, a partir das normas fundamentais que compõem a Parte Geral do CPC/2015.

O CPC/2015 trouxe, ainda, significativos avanços na tutela jurisdicional com uma nova sistematização das técnicas de cognição sumária e de tutela provisória, com especial ênfase para a introdução da estabilização da tutela antecipada. Além disso, buscando uma maior simplificação, promoveu alterações procedimentais significativas e com impactos em vários procedimentos especiais que foram revisitados. Tais aspectos encontram-se explorados nos textos do segundo eixo temático da presente obra.

O terceiro eixo temático da coletânea se destina ao tratamento dos negócios processuais, uma categoria que, embora já fosse conhecida no sistema pretérito, mereceu singular destaque com a introdução do artigo 190 do CPC/2015, que consagrou uma cláusula geral de negociabilidade, sinalizando para uma tendência à expansão do espaço da autonomia privada no processo civil (FARIA; MARX NETO, 2019, p. 111-136).

As tendências de ampliação da autonomia privada quase sempre estão associadas ao domínio contratual, seja no âmbito do direito privado ou do direito processual (CADIET, 2001, p. 177-199). Loïc Cadiet destaca que a contratualização da justiça compreende tanto a “contratualização da solução *material* dos litígios” quanto a “contratualização da gestão dos *procedimentos* [*procédures*] e dos *processos* [*processus*] jurisdicionais” (CADIET, 2008, p. 183).

Como, no Processo Civil, sempre vigorou o dogma da irrelevância da vontade para a produção de efeitos no ato processual, não existe, ainda, um consenso quanto ao papel reservado aos negócios processuais e seus limites no modelo de processo. Os dois artigos que integram o terceiro eixo buscam, sob uma perspectiva prática, enfrentar a questão dos limites dos negócios processuais e da calendarização

como uma ferramenta capaz de assegurar a efetividade da duração razoável do processo.

A coletânea contempla, em seu quarto eixo temático, uma série de artigos que cuidam dos meios de impugnação das decisões judiciais e dos precedentes que são destaque no CPC/2015. Os textos abordam as inovações recursais, com particular atenção para o agravo de instrumento, a adoção de um sistema de precedentes e o desafio da busca por uma jurisprudência íntegra, estável e coerente, além da racionalização procedimental como uma ferramenta de melhoria da gestão judiciária, compartilhando iniciativas no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Procuram também, em sintonia com as mais modernas recomendações, avaliar a técnica de julgamento a partir de uma leitura à luz da análise econômica do direito, que muito poderá contribuir para que seja repensada.

Por fim, o quinto eixo temático versa sobre a execução e o cumprimento de sentença, que são, sem dúvida, um dos maiores gargalos para a eficiência da prestação jurisdicional. Os artigos selecionados cuidam de aspectos atuais e de algumas das principais inovações sob uma perspectiva crítica da fase executiva.

A despeito de seus cinco anos de existência e dos muitos avanços, o CPC/2015 ainda apresenta muitos desafios à correta compreensão de seu espírito e à sua adequada aplicação prática.

O volume ora lançado não tem a pretensão – nem poderia ser diferente – de solucionar todas as dúvidas e os difíceis impasses detectados no espinhoso caminho de aplicação de um novo código. Nada obstante, evidencia a abundante força e o estímulo a todos os profissionais e estudiosos que ficam, desde já, conclamados a se engajar nessa iniciativa e a prosseguir nas reflexões em prol da construção de um modelo de processo que tenha como fim último o atendimento eficiente da sociedade, o seu desenvolvimento e a promoção da pacificação social.

Fica o registro de meu sincero agradecimento pela honrosa missão de prefaciар essa coletânea, que, certamente, será uma referência, tanto nos meios acadêmicos como forenses, por contemplar estudos que congregam a experiência de magistrados e servidores do Judiciário mineiro diante das inovações do CPC/2015 e que buscam lançar luzes sobre questionamentos de ordem prática nos primeiros tempos de sua vigência.

Belo Horizonte, janeiro de 2020.

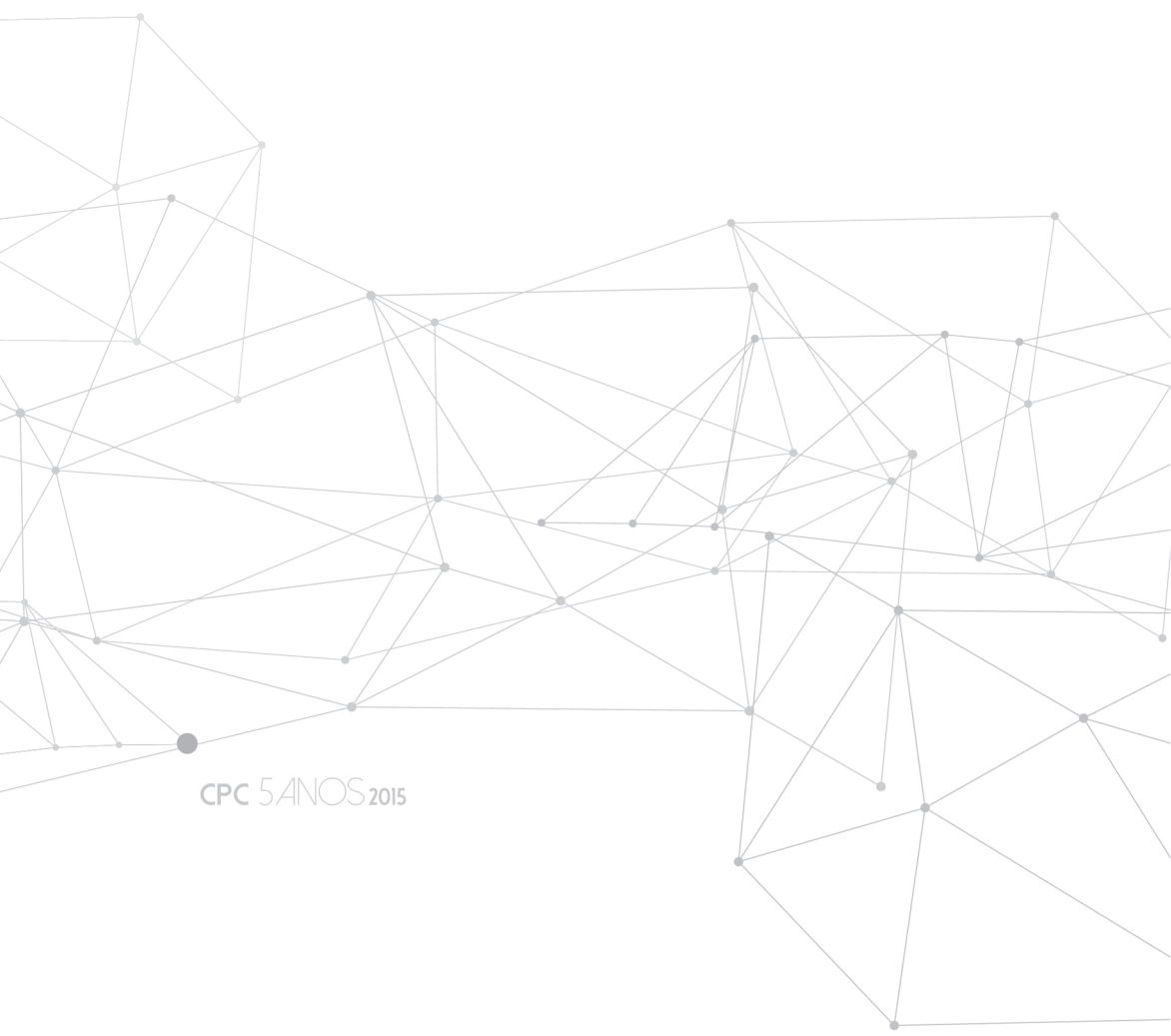
Referências

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 90, p. 101, abr./jun. 1998

CADIET, Loïc. Une justice contractuelle, l'autre. *In*: GOUBEAUX, Gilles; GUYON, Yves; JAMIN, Christophe; LAGARDE, Paul; VINEY, Geneviève; WALINE, Jean (Org.). *Études offertes à Jacques Ghestin: le contrat au début du XXI^e siècle*. Paris: LGDJ, 2001. p. 177-199.

CADIET, Loïc. Propos introductif: “faire lien”. *In*: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David (Dir.). *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008. p. 169-184.

FARIA, Juliana Cordeiro; MARX NETO, Edgard Audomar. Negócios jurídicos unilaterais? *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. T. 2. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 111-136.



CPC 5 ANOS 2015

Apresentação

Desembargadora Áurea Maria Brasil Santos Perez

2ª Vice-Presidente do TJMG e Superintendente da EJEJF

Em comemoração aos cinco anos de publicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu novas regras processuais civis no ordenamento jurídico brasileiro, a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJF organizou e agora publica a presente obra, reunindo 30 textos produzidos por magistrados e servidores que integram os quadros do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Pretende-se, com a edição deste trabalho comemorativo, promover uma reflexão da matéria, sob a perspectiva contemporânea, e prestar uma contribuição para o desenvolvimento da produção científica do Direito no país, externada por aqueles que, no âmbito da atuação jurisdicional, lidam diuturnamente com os desafios impostos pela legislação adjetiva civil, suas interpretações e evoluções decorrentes do amadurecimento que se espera de uma lei ainda jovem.

A multiplicidade de temas escolhidos pelos autores reflete as inovações do texto normativo produzido pelo legislador, com abordagem dos influxos do novo regramento processual em vários institutos do processo civil: alguns preexistentes, mas que adquiriram novos contornos, e outros inéditos em nosso ordenamento.

A seleção dos artigos foi feita a partir de cuidadoso trabalho de avaliação por comissão composta pelos Desembargadores Alberto Vi-

las Boas Vieira de Sousa, Ana Paula Nannetti Caixeta, Ângela de Lourdes Rodrigues, Lílian Maciel Santos e Mônica Libânio Rocha Bretas, todos com vasto saber jurídico e profundo domínio do tema, aos quais agradeço pela disponibilidade e dedicação que empenharam para a entrega de um resultado qualificado aos leitores.

O processo de avaliação e análise dos artigos encaminhados por servidores contou ainda com o olhar criterioso de comissão composta por assessores de gabinete com atuação acadêmica reconhecida, a quem agradeço em nome do Assistente Judiciário Pedro Augusto Silveira Freitas, presente no projeto desde o início dos trabalhos, contribuindo destacadamente para o êxito que ora se colhe.

Congratulo a equipe da DIRGED/GEJUR/CODIT, na pessoa do seu Diretor Fernando Rosa, do Gerente Thiago Doro e do Coordenador Claudiciano Pereira, pelo primoroso trabalho de revisão dos textos e de preparo da obra.

Por fim, agradeço à Professora Juliana Cordeiro de Faria pela gentileza de aceitar o convite para prefaciar esta obra, enriquecendo-a com o seu elevado conhecimento, assim como a disposição de todos os magistrados e servidores que se dedicaram a subscrever os artigos que integram esta obra, ao tempo que os felicito pelo substancial conteúdo que proporcionam à comunidade jurídica, permitindo à Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEJF difundir e consolidar as análises feitas pelos integrantes do Judiciário do Estado de Minas Gerais, de questões relevantes à luz do novo regramento do processo civil.



CAPÍTULO

I

**Normas fundamentais
do Processo Civil**

1. O uso da cláusula compromissória mista de mediação e arbitragem – um caso prático na singularidade do direito de família

Alessandra Alvarenga Spadinger

Assessora de Juiz do TJMG.

Especialista em Direito de Família e Sucessões pela PUC Minas.

Especialista em Direito Privado pela UCAM.

1 Introdução

O novo CPC inaugurou a positivação dos métodos consensuais de solução de conflitos de forma relevante, consolidando, em um corpo normativo codificado e sistematizado, a aplicação das formas alternativas à jurisdição, para a resolução de conflitos.

No seu art. 3º, § 3º, o CPC prevê que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Por que aplicar a mediação e a arbitragem em matérias envolvendo direito de família? Como inserir cláusulas compromissórias no corpo de acordos elaborados para homologação judicial de divórcios e partilhas e quais as vantagens de tal inserção?

São claras algumas das vantagens que a mediação e o juízo arbitral têm em relação à jurisdição estatal, entre elas a segurança, a especialização rigorosa, o sigilo estrito, o custo menor e a rapidez dos procedimentos. Tendo em vista ainda as peculiaridades de que se revestem os conflitos familiares, tais vantagens são muito relevantes para a obtenção de uma verdadeira pacificação social no seio familiar.

A crise do Poder Judiciário é um dos grandes problemas do século, a ser enfrentada por todas as sociedades modernas, e os MESC's – Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos vêm sendo cada vez mais divulgados na tentativa de amenizar o aumento excessivo de demandas feitas ao Judiciário.

Os custos da morosidade não são só materiais, considerando-se o custo emocional de uma demanda. Na seara do direito de família, então, isso é de uma importância crucial, uma vez que o tecido familiar sofre ao ser submetido aos infindáveis labirintos do processo contencioso.

A relação familiar, a solidariedade e o acesso à Justiça são premiados pelo uso de métodos alternativos de solução de litígios. Nessa programática é que nos animamos em perseguir e consolidar os avanços na legislação.

A jurisprudência já vinha afastando a própria jurisdição, quando se deparava com cláusula compromissória, seguindo, de forma muito técnica, a Lei nº 9.307/1996, que dispõe sobre arbitragem. O novo CPC veio formalizar a arbitragem como jurisdição no direito brasileiro, consoante o § 1º do art. 3º do diploma legal, e a lei extravagante sofreu atualizações trazidas pela Lei nº 13.129/2015. O Código ainda veio institucionalizar e disciplinar a mediação como fase processual obrigatória.

Acreditamos que os métodos extrajudiciais de solução de conflitos são admitidos em toda matéria que a lei civil ou penal admita conciliação, transação ou acordo, deixando aos Magistrados altamen-

te capacitados somente as demandas que necessitem efetivamente da intervenção estatal.

Na prática, um acordo típico de divórcio judicial envolve objetivamente as questões de guarda de filhos menores, visitação, pensão alimentícia, partilha de bens e nome. Porém, as questões de família, não raro, apresentam um viés subjetivo que não pode ser ignorado. A jurisdição estatal vem se desenvolvendo em um sentido de tratar essas questões de maneira objetiva, com critérios predefinidos, como os regimes de bens, mas também com critérios que têm uma abertura muito positiva para o intérprete, como o princípio do melhor interesse do menor, o binômio necessidade/possibilidade e direitos da personalidade. Isso permite um tratamento diferenciado às demandas de família; porém, em uma situação realmente litigiosa, a delicadeza que envolve o tecido familiar tem sido hodiernamente maltratada pela lógica adversarial do processo judicial, o que é inevitável nessa via, e isso vai de encontro ao que chamamos de solidariedade familiar e laços que não envolvem somente patrimônio, mas principalmente afeto.

Baseado em nossa Constituição, o direito humano e fundamental que mais se aproxima da discussão acerca dos métodos alternativos de solução de conflitos é com certeza o princípio do acesso à Justiça. O processo, como compromisso com a técnica processual, não pode se perder em um exagerado formalismo, mas traduzir, de forma efetiva, seu escopo de garantia. O processo é, antes de tudo, garantia e deve permitir, por seus meandros, a concretização de um mecanismo de resolução eficaz de controvérsias.

2 O acesso à Justiça

O acesso à Justiça é um direito fundamental. Está expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Trata-se de uma garantia de direito, não simplesmente direito de peticionar. Se assim fosse, a norma constitucional não teria nenhum valor concreto. Bastaria peticionar, e a garantia, estabelecida no art. 5º, XXXV, estaria realizada, pois teria a norma alcançado seu propósito, teria o jurisdicionado “acessado” a Justiça.

Claramente, não pode ser esse o melhor entendimento. Interpretando-se o direito de forma mais ampla, entendemos que a garantia constitucional somente se aperfeiçoará se proporcionar a real reparação do direito lesionado, ou impedir, preventivamente, que a ameaça a direito se concretize. Em suma, a garantia se aperfeiçoaria quando houvesse eficácia da decisão judicial. “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Infelizmente, nossa cultura jurídica, voltada para a adversariedade e litigiosidade, nossas estruturas de ensino jurídico, práticas judiciais, hábitos profissionais, pesquisas jurídicas, prestação de serviços legais, etc., não têm dado o devido sentido ao tema do acesso à Justiça e aos métodos alternativos de solução de conflitos.

3 A mediação

A mediação se origina da palavra latina *mediatio*, ou *meditacionis* no seu genitivo, que significa: intervenção em que se busca produzir um acordo ou ainda processo pacífico de acerto de conflitos, cuja solução é obtida pelas partes, e não imposta, obtida perante um vetor central (o meio).

Mediação é um meio não adversarial, voluntário e pacífico de resolução de conflitos, em que um terceiro, o mediador, imparcial e neutro, atua como facilitador do diálogo entre as partes envolvidas,

conduzindo-as a encontrarem, de maneira cooperativa, as soluções que melhor satisfaçam os seus interesses, preservando o relacionamento.

Segundo Adolfo Braga Neto e Sampaio:

A mediação é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito e um de seus objetivos é estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas (BRAGA NETO; SAMPAIO, 2007, p. 19).

Desse conceito podemos depreender as várias características da mediação. Primeiramente, é um procedimento voluntário, no qual os mediandos devem estar ali de livre e espontânea vontade, tomando as rédeas do seu querer e protagonizando a própria solução.

Além disso, a mediação é procedimento que segue uma lógica não adversarial. Isso significa que as partes não participam armadas para o ataque e para a defesa, como nos é exaustivamente ensinado nas faculdades de direito; ao contrário, o espírito a ser inculcado nos participantes é de cooperação.

A mediação se dá através da intervenção neutra de um terceiro imparcial, isento e sem vinculação com nenhuma das partes ou com o interesse controverso.

O procedimento ainda é marcado por ser muito informal e não está exaustivamente regulamentado como o processo comum. A mediação oferece uma flexibilidade no seu curso: quantas partes podem participar, quantos mediadores, se haverá participação de equipe técnica, o número de sessões, a duração das sessões, etc., tudo pode ser moldado e se adequar para melhor atender ao caso concreto.

A mediação pode ser *ad hoc* ou institucionalizada, esta última de forma privada ou já no Judiciário. Ou seja, pode ser um serviço au-

tônomo oferecido por profissional devidamente qualificado, ou oferecido por entidades privadas, ou, ainda, oferecida já em fase processual, através do quadro de profissionais do Tribunal.

O art. 334 do CPC prevê, na mediação judicial, que, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. Após a primeira sessão, o Código estabeleceu um limite temporal de, no máximo, 2 (dois) meses para finalização do procedimento, limite este que não se aplica à mediação privada.

Os arts. 165 e seguintes do CPC detalham o procedimento de conciliação e mediação, deixando claro que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, notadamente pelo interesse em se manter tal vínculo saudável.

Uma característica marcante e muito própria da mediação é a autonomia e autoridade das partes para decidir. Ao contrário da tradicional jurisdição estatal ou mesmo da arbitragem, em que um terceiro recebe o poder de decidir, de prolatar uma decisão sobre terceiros, na mediação, são as próprias partes que chegam ou não a um acordo. Em nenhum momento, o mediador aconselha, sugere ou decide, ele funciona apenas como um facilitador da comunicação entre as partes, propiciando a abertura de um canal funcional de comunicação. Assim, as partes podem protagonizar a própria decisão, o que gera uma responsabilização e valorização dela, resultando na grande eficácia dos acordos obtidos por mediação.

O procedimento da mediação ainda é confidencial, o que é garantido por cláusula própria, preservando a subjetividade dos conflitos em geral submetidos ao método e gerando responsabilidade de todas as partes envolvidas e impedimentos dos profissionais para atuação em eventual processo judicial. As partes devem gozar de sua plena ca-

pacidade civil, e o termo de acordo, assinado pelo mediador, partes e duas testemunhas, é válido como título executivo extrajudicial.

A instauração de um procedimento de mediação pode se dar pela inserção contratual, ou em um termo de acordo, de uma cláusula compromissória de mediação, que prevê o compromisso da utilização do método da mediação no eventual surgimento de conflito entre as partes contratantes. Assim, a previsão feita desse modo é prévia ao conflito. Ou, ainda, a instauração do procedimento pode se dar já em uma fase posterior ao surgimento do conflito, quando se firma um compromisso de mediação perante a instituição ou mediador escolhido.

Diferentemente do que ocorre na arbitragem, que veremos mais à frente, a cláusula compromissória ou o compromisso de mediação não impede o ingresso no Judiciário ou a utilização de outros mecanismos de solução de conflitos. Uma vez eleita a mediação, os envolvidos voluntariamente se submetem ao seu procedimento, de acordo com o que foi por eles contratado. Contudo, como o mediador não prola decisão, caso o conflito não reste solucionado segundo a vontade das partes, o procedimento pode ser interrompido, e estas ainda poderão se utilizar de outros mecanismos extrajudiciais ou mesmo judiciais. Cabe ressaltar que, por suas características, isso é algo muito cômodo, que parece enfraquecer o instituto, mas que, na verdade, o fortalece, em um sentido pragmático, pois, se os participantes percebem que a indicação não foi adequada, ou que não está surtindo os efeitos desejados, interrompe-se a mediação e parte-se para outro método.

Em síntese, o procedimento flexível e informal da mediação pode apresentar inúmeras possibilidades de realização, mas podemos dizer que, em geral, passa por algumas etapas identificáveis, todas sempre pautadas pelo diálogo. Primeiramente, é feita a sessão de pré-mediação, em que as partes são preparadas para o procedimento, e o mediador deve esclarecer como se dará o funcionamento do proce-

dimento (regras, sigilo, autonomia, objetivos, tempo aproximado das sessões, frequência, duração aproximada, objetivos, limites, pagamento, etc.). Nesse momento, o mediador já escuta a exposição sucinta do problema, das pretensões das partes, a fim de fazer um juízo de adequação do caso ao método. É firmado o contrato ou compromisso de mediação, em que ficam consignadas todas essas condições.

Com a abertura das sessões, o mediador recebe as partes em ambiente adequado e favorável à comunicação produtiva e cooperativa, procurando estabelecer uma relação de confiança, a fim de legitimar sua função como o condutor do procedimento. Assim, o mediador entra na fase de investigação do conflito, momento em que procura mapear a situação, contextualizar o problema, perceber a relação e o funcionamento entre as partes. A análise do caso é mais profunda do que quando a sua apresentação é judicial. Isso porque interessam à mediação questões mais subjetivas, que podem estar “escondidas” por trás das posições trazidas. A partir de detalhado trabalho de perguntas e questionamentos, o mediador procurará localizar o conflito, localizar quais são as posições de cada parte, mas, principalmente, localizar quais os interesses das partes. Assim, definirá com os mediandos qual é o problema principal e quais são os secundários.

De posse da análise aprofundada do conflito, o mediador pode organizar uma agenda para tratamento das questões, organizada por critérios de importância, litigiosidade ou urgência. Dessa maneira, torna o diálogo possível, produtivo, e constrói uma relação pautada na colaboração e participação.

Ao final do procedimento, entra-se na fase de levantamento de alternativas, na qual o mediador orienta o diálogo sobre as possíveis soluções. Ao chegar aqui, o mediador faz um resumo, buscando dar uma conotação positiva à questão trazida, levando a situação para um reenquadramento aos olhos das partes envolvidas. Com isso, é possí-

vel que elas mesmas vislumbrem soluções que antes não viam e escolham o que é melhor para elas.

Utilizando-se de técnicas específicas, o mediador vai restabelecendo a comunicação entre os mediandos, gerando assim uma revalorização da relação existente entre eles e, ainda, um reconhecimento mútuo das partes envolvidas, da pessoa e dos pontos de vista do outro.

Na sua definição mais simples, a revalorização significa devolução aos indivíduos da ideia de seu próprio valor, de sua força e de sua própria capacidade para enfrentar os problemas que a vida traz. O reconhecimento implica que se evoque, nos indivíduos, a aceitação e a empatia pela situação do outro, ou seja, implica enxergar o outro e compreender sua posição. Quando a revalorização e o reconhecimento mútuo são alcançados, a mediação realiza o seu potencial transformador.

É importante frisar que a mediação não é uma prática psicológica, não se faz tratamento de nada, muito menos de instâncias inconscientes, e seu procedimento costuma ser muito mais rápido do que sessões de terapia, mas é um instrumento que, por atuar em diversas interfaces com o emocional, pode produzir efeitos terapêuticos.

A partir da linguagem verbal e não verbal e da sua escuta, o mediador decodifica o conteúdo da narrativa como um todo, propicia a expressão das emoções, o alívio das tensões e assegura a quem está falando a certeza de que está sendo realmente ouvido. A seguir se resume a técnica da escuta ativa.

No parafraseamento, o mediador reformula as frases que escuta, sem alterar seu sentido original, porém sintetizando e neutralizando o conteúdo negativo das palavras. O mediador se utiliza ainda de perguntas (reflexivas, circulares, retóricas), a fim de obter as informações necessárias à compreensão do conflito e propiciar também às partes não só a oportunidade de falar, mas principalmente a oportunidade de se ouvir.

Fazendo pequenos resumos, seguidos de confirmações, o mediador vai relatando para as partes aquilo que foi dito, ou, ainda, narra fatores ocorridos na interação entre os mediandos. Assim, permite que as partes observem suas próprias palavras ou ações. Isso gera a escuta de uma parte pela outra, uma escuta que passa pelas palavras do mediador, que sempre procurará dar a esses resumos uma conotação positiva.

Outra técnica utilizada é o chamado *caucus*, que é uma espécie de sessão separada. Em regra, as sessões se dão em conjunto, com todas as partes presentes, porém o mediador pode encontrar-se em separado com cada parte, respeitando a escuta igualitária, a fim de testar potenciais opções identificadas para a realização de um acordo.

Com o *brainstorming* (ou tempestade de ideias), o mediador incentiva a criatividade das partes, quando os mediandos por si não conseguem levantar alternativas. Como na sua concepção original, a tempestade de ideias é usada primeiramente para gerar alternativas sem nenhuma crítica ou vinculação, para, em seguida, se analisar e selecionar as ideias mais valiosas.

Esta é uma das bases da mediação: trabalhar a subjetividade do conflito, o lado oculto que todo conflito apresenta, o não verbal, o que se esconde no conteúdo latente do conflito, que, frequentemente, é diferente do conteúdo manifesto. A mediação procura ir além das aparências explícitas, investigando pressupostos implícitos do conflito. Muitas vezes, pode ser o aspecto legal o mais relevante fator a ser analisado, mas o sistema da mediação está aberto a qualquer aspecto que possa estar causando o conflito. Por isso o lado emocional e sensorial é extremamente importante. Na mediação, é essencial a percepção do conflito como um todo, para que as partes sintam e respeitem suas diferenças. O sistema jurídico positivo procura mais estabelecer a uniformidade, eliminar os desvios, penalizar os culpados, obter a normalidade comportamental. A mediação vai além. Trabalha, também, com

o potencial transformador dos desvios, mas de forma a integrá-los na formulação de uma nova solução.

4 A arbitragem

A arbitragem é uma forma de justiça paraestatal, institucionalizada pela Lei Federal nº 9.307/1996, atualizada pela Lei nº 13.129/2015. Dá-se pela heterocomposição, ou seja, ao contrário da mediação, que é forma de autocomposição, o conflito é solucionado por um terceiro, estranho às partes, que vai proferir verdadeira decisão a respeito do tema controvertido.

O cabimento da arbitragem está previsto no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, que prevê que o método pode ser utilizado por pessoas capazes, quando o conflito versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. É vedada a arbitragem, quando a causa versar sobre o estado e a capacidade das pessoas. Porém, veremos que, mesmo em casos de divórcio, como parcela das questões tratadas versam sobre direitos patrimoniais disponíveis (partilha de bens e até alimentos), é possível sim o uso da arbitragem.

Por essas observações, vemos que, quanto ao objeto da arbitragem, cabe uma análise mais minuciosa de seu cabimento no direito de família. Legalmente, quaisquer disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, quais sejam direitos que tenham valor econômico e que possam ser comercializados ou transacionados livremente por seus titulares, podem ser objeto da arbitragem. Esse objeto abrange, portanto, uma ampla gama de questões, mas são tradicionalmente excluídos do campo de aplicação da arbitragem litígios relativos a direito tributário, direito criminal, direito de família e sucessões, porém, repetimos, mesmo nestes últimos, cabem ressalvas a matérias de natureza exclusivamente patrimonial e disponível.

Esses ramos excluídos tratam de direitos ditos atributivos, cogentes, de forte caráter ligado à manutenção do interesse e da ordem pública. Portanto são indisponíveis, mesmo que aferíveis pecuniariamente. Porém, no direito de família e de sucessões, a nosso ver, questões concernentes à partilha de bens e alimentos, quando não houver interesse de menor, podem ser perfeitamente submetidas ao procedimento arbitral, pois se traduzem, em última análise, em questões patrimoniais e disponíveis.

Para administrar o procedimento arbitral, foram criadas instituições como Tribunais Arbitrais e Câmaras de Arbitragem, que são organizações privadas que administram o procedimento arbitral, responsáveis por questões administrativas, sem emitir qualquer julgamento sobre o conflito. Dessa forma, promovem o andamento do processo, a comunicação entre as partes e o árbitro, organização dos documentos, realização das audiências, etc. Não existem órgãos estatais de arbitragem.

A Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307/1996, determina, em seu art. 18, que o árbitro julga a controvérsia e impõe a solução. As partes ficam obrigadas a respeitar a decisão, contra a qual não cabe recurso.

Dessa forma, a arbitragem é uma forma de resolução de conflitos na área privada, ou seja, sem qualquer ingerência do poder estatal, mas reconhecida por ele, na qual as partes, de comum acordo e no pleno e livre exercício da vontade, escolhem uma ou mais pessoas denominadas árbitros ou juízes arbitrais, estranhas ao conflito, para resolverem a sua questão, submetendo-se à decisão final dada pelo árbitro, em caráter definitivo — sentença arbitral —, uma vez que não cabe recurso nesse sistema de resolução de controvérsias.

Um dos aspectos mais importantes e inovadores da Lei de Arbitragem foi a previsão expressa de que a sentença arbitral não necessita de homologação pelo Poder Judiciário, pois tem natureza jurídica

idêntica à da sentença judicial, tendo sido novamente inserida no rol dos títulos executivos judiciais, no art. 515, VII, do novo CPC.

A opção pelo procedimento arbitral se dá de forma semelhante à mediação, ou seja, previamente ao conflito, por meio de inserção de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Um aspecto diferenciador da arbitragem para a mediação é que, apesar de sua escolha se dar de forma voluntária, uma vez firmado o compromisso, a arbitragem torna-se obrigatória, excluindo até mesmo a jurisdição estatal. Dessa forma, não tem cabimento que uma parte se comprometa ao uso da arbitragem, se submeta ao procedimento, receba uma sentença e, eventualmente insatisfeita, venha a procurar a Justiça Estatal sob o argumento de que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída do Poder Judiciário. Aqui o acesso à Justiça não é mitigado, ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, porque a justiça arbitral está prevista legalmente também, com todos os seus pressupostos, requisitos, efeitos. Negar esse efeito à sentença arbitral seria o mesmo que enterrar o instituto.

A harmonização entre ambas as jurisdições, nos termos do novo CPC, se dá através de um novo instituto inserido no Código, que é a Carta Arbitral. Através desse instrumento jurídico é que, formalmente, se darão os pedidos de cooperação entre os juízes e árbitros. Esse instrumento vem previsto nos arts. 69, § 1º, 237, IV, e 260, § 3º, do novo CPC. Importante salientar que esse instrumento jurídico não autoriza a juízes e desembargadores a revisão do mérito das decisões proferidas no âmbito arbitral. Os atos de cooperação se limitam às determinações e prática de atos já definidos na arbitragem.

Ainda, uma das grandes novidades trazidas pelo novo CPC é a regulamentação da alegação pelo réu, da existência de convenção de arbitragem, o que corrobora sua obrigatoriedade. Primeiramente, cumpre esclarecer que o órgão jurisdicional não pode conhecer de ofício a convenção de arbitragem, ou seja, é necessária a exceção/

suscitação de uma das partes para que o juiz se manifeste a esse respeito. Ao réu cabe a alegação da existência de convenção de arbitragem, na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos, pois, caso não o faça, o seu silêncio será considerado como aceitação da jurisdição estatal e, conseqüentemente, renúncia ao juízo arbitral. Trata-se, inclusive, essa alegação de hipótese prevista no inciso VII do art. 485 do novo CPC, como causa em que o juiz extinguirá o processo sem resolver o mérito.

O árbitro pode ser qualquer pessoa dotada de capacidade civil. Não existe habilitação específica de árbitro, mas podemos dizer que, até pela inteligência do instituto, em geral, são nomeados especialistas na matéria a ser julgada, de modo que os julgamentos arbitrais são altamente técnicos e especializados.

A função do árbitro nomeado será a de conduzir um processo arbitral, de forma semelhante ao processo judicial, sendo, porém, muito mais rápido, informal, e no qual a decisão deverá ser dada por pessoa especialista na matéria objeto da controvérsia, diferentemente do Poder Judiciário, em que o juiz, na maioria das vezes, para bem instruir seu convencimento, necessita do auxílio de peritos, especialistas na matéria. A produção de perícias judiciais na fase instrutória é uma das maiores causas da longevidade dos processos judiciais. Na arbitragem, pode-se escolher diretamente esses especialistas, que terão as funções de julgadores.

Cabe ressaltar que a cláusula, ou compromisso arbitral, deve ser estipulada por escrito, podendo ser inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. É requisito formal de validade. Na cláusula, podem as partes instituir a arbitragem *ad hoc* ou se reportar às regras de alguma instituição arbitral de sua preferência.

Cada câmara ou instituição arbitral cria, em seu âmbito, e tem registrado em Cartório de Títulos e Documentos, seu regimento interno. Esse regimento funciona como um pequeno Código de Processo

daquela câmara, regrado as formalidades do procedimento, suas fases, prazos, meios de prova admitidos, etc. É altamente recomendável que, antes de optar por uma instituição, a parte e seu advogado conheçam previamente o regimento interno da câmara, a fim de não serem surpreendidos com a supressão de alguma peculiaridade do processo comum. Em geral, esses regimentos detalham todo o procedimento; no entanto, é comum preverem também a utilização subsidiária do CPC em caso de lacuna.

Assim, podemos concluir que a arbitragem se caracteriza pela celeridade, informalidade, sigilo, especialização, prestígio da autonomia da vontade, exequibilidade. A sentença arbitral não pode ser modificada pelo Poder Judiciário em seu mérito, e contra ela não cabe recurso, constituindo-se em instrumento poderoso de pacificação social.

Por todo o exposto, podemos observar que duas são as mais claras diferenças entre a arbitragem e a mediação. A primeira é exatamente essa força de título executivo judicial que possui a sentença arbitral. Na mediação, o acordo obtido pode ser efetivado também voluntariamente, porém, para ter força executiva, deverá ser homologado no Judiciário. A segunda é a obrigatoriedade do procedimento arbitral, uma vez feita a opção. A mediação não é obrigatória, devendo a voluntariedade permear todo o procedimento. Uma vez que a parte não queira mais continuar o procedimento, ele é encerrado.

5 O direito de família e a mediação

A família, com o advento da Constituição Federal de 1988, adquiriu, pela própria constitucionalização, uma ampliação de sua concepção, uma vez reconhecidos novos tipos de entidades familiares, em caráter meramente exemplificativo, exigindo uma abordagem multidisciplinar para o tratamento de questões ligadas ao âmbito familiar.

As mudanças que o direito de família vem enfrentando nas últimas décadas mostram como todo o vetor hermenêutico sobre as questões de família migrou do polo patrimonialista para um polo de direitos da personalidade. No modelo de família atual, a preocupação é com o desenvolvimento da dignidade de seus membros e a comunhão de interesses e de vida.

A família de hoje busca sua referência na solidariedade, princípio esculpido no art. 3º, I, da Constituição, pois é o princípio que abarca a afetividade, com o declínio do individualismo.

Destacam-se o fortalecimento da família como união de afetos, igualdade entre homem e mulher, guarda e igualdade entre filhos, proteção da privacidade da família, proteção estatal das famílias carentes, controle de natalidade, paternidade responsável, liberdade, integridade física e moral dos membros da família, vida comunitária dos filhos, regime legal para uniões estáveis, responsabilidade social e moral pelos menores abandonados, facilidade para adoção.

As novidades no direito de família estão a exigir, em benefício de suas próprias noções fundamentais e do efetivo exercício que elas reclamam, a atuação multidisciplinar daqueles que direta ou indiretamente tratam das questões familiares, ainda mais no âmbito judicial, em que, por toda a sua forma tradicional de funcionamento, já sabemos que a instituição da família não tem recebido o devido cuidado e assim tem sofrido nos meandros legais.

Como dito, a melhor indicação para conflitos mediáveis é para aqueles em que as partes tenham algum tipo de relação cuja subsistência seja recomendável. É sabido que, quando membros de uma família são submetidos à solução judicial de suas questões, a lógica adversarial a que são expostos termina por minar qualquer valor ou reconhecimento que as partes tenham uma pela outra. Ora, isso, no âmbito familiar, é de uma gravidade singular.

A mediação, como um instrumento interdisciplinar, apresenta uma aplicação muito favorável nessa seara. A família é o pilar da sociedade, e a mediação é um método que vem em sua defesa e em seu fortalecimento. A mediação tem valor para o exercício da cidadania e também é um instrumento de mudança, preservando a família com máxima efetividade.

O conflito é inerente à vida, e a mediação é um importante instrumento para sua compreensão, inclusive transformando o conflito numa fonte de aprendizado e crescimento pessoal. A mediação como uma teoria e um método apto a lidar com a complexidade, integrando os conhecimentos trazidos pelas várias disciplinas (direito, sociologia, psicologia, psicanálise, assistência social, etc.), amplia a compreensão a respeito dos conflitos.

Portanto, ao final destas colocações, podemos visualizar por que o método da mediação se encaixa com perfeição aos novos tempos do direito de família, porquanto se preocupa com a manutenção dos laços e, portanto, com a preservação da dignidade da pessoa humana.

Feitas todas essas considerações, devemos ainda esclarecer o que vem a ser a cláusula escalonada, ou cláusula mista, chamada ainda de Cláusula Mediarb.

Para a instauração dos procedimentos de mediação e arbitragem, podemos optar pelos métodos alternativos de forma preventiva ao conflito, através de uma cláusula compromissória, inserida em um contrato ou acordo, ou, ainda, podemos optar pelos métodos alternativos de forma posterior ao surgimento do conflito, através de um compromisso. A cláusula Mediarb significa que as partes contratantes ou anuentes se comprometem a levar qualquer questão oriunda do contrato ou acordo primeiramente para o procedimento de mediação. Se tal procedimento não surtir efeito, ou se surtir efeito parcial, comprometem-se as partes, em seguida, a submeter seus conflitos ao

procedimento arbitral, renunciando, assim, à jurisdição, no que tiver cabimento.

Dessa forma, faz-se uma previsão abrangente para o tratamento de eventuais conflitos, mantendo-se o Poder Judiciário como *ultima ratio*. Cria-se, assim, um caminho abrangente e completamente alternativo à jurisdição estatal no tratamento e na pacificação das controvérsias.

Em matéria de direito de família, todas as questões podem ser levadas à mediação, em regra. Questões como separação, divórcio, partilha de bens, alimentos, guarda, visitas e relacionadas a nome podem ser resolvidas por mediação. Onde cabe a autocomposição cabe a mediação. Se não houver nenhum impedimento de outra ordem, como a presença de filhos menores ou incapazes, hipóteses em que deverá haver obrigatoriamente intervenção judicial com a presença do Ministério Público, o acordo produzido poderá ser levado à homologação judicial ou mesmo feito por escritura pública.

Atualmente, o divórcio e mesmo o inventário, respeitados os limites legais trazidos pela Lei nº 11.441/2007 — sendo os principais a inexistência de filhos menores ou testamento —, o consenso e a representação por advogado podem ser lavrados em cartório, de forma rápida e barata, na forma de escrituras públicas. Essa inovação legislativa vem ao encontro dos benefícios de não se submeter o conflito familiar à lógica adversarial do Judiciário, mesmo que o processo seja consensual. Tais acordos podem ser levados ao Registro de Pessoas Naturais para averbação na certidão de casamento e mesmo ao Registro de Imóveis, se necessário, para averbação da partilha.

Cumprе lembrar que tal acordo também pode se dar nas vias judiciais, se assim preferirem as partes, pois é sabido que a Lei nº 11.441/2007 não subtraiu à apreciação do Poder Judiciário o divórcio, mesmo que preencha os requisitos para feitura da escritura.

A questão pode se tornar tormentosa, quanto ao cabimento da arbitragem em matérias típicas de direito de família. A arbitragem está vedada para questões que digam respeito ao estado e à capacidade das pessoas. Porém, mesmo em direito familiar, matérias há que são de cunho exclusivamente patrimonial e disponível. Um árbitro não poderá ser eleito para decidir acerca da decretação de um divórcio, ou mesmo sobre o reconhecimento e a dissolução de uma união estável. Porém, dentro dessas questões, pode haver a necessidade de partilha de bens ou fixação de alimentos, as quais, a princípio, são questões patrimoniais disponíveis.

Sobre a partilha de bens, antes da edição da Lei nº 11.441/2007, havia o entendimento majoritário de que não seria cabível a arbitragem para tais questões, por reserva da matéria às vias judiciais. O fundamento legal desse entendimento estava no antigo art. 982 do CPC/1973 e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 6.515/1977.

Porém, com o advento da Lei nº 11.441/2007, que desjudicializou a separação, o divórcio e o inventário, restou prejudicado esse entendimento. Inclusive foi introduzida modificação textual ao supracitado art. 982 do CPC/1973, e, posteriormente, o CPC/2015 previu expressamente, em seu art. 610, o inventário e a partilha extrajudicial. Assim, se hoje é cabível a autocomposição extrajudicial acerca de questões de partilha, o cabimento da arbitragem é conclusão natural.

A prática já nos mostra isso de uma outra forma. É muito comum que, em um divórcio, as partes entrem em acordo a respeito da dissolução conjugal, da guarda dos filhos, das visitas, da pensão, porém fiquem emperradas na partilha dos bens. Não raro o juiz de família, ao esgotar suas funções, remete o processo para as vias ordinárias em uma Vara Cível, uma vez que se trata de questão exclusivamente de direito patrimonial e disponível.

Isso pode parecer irrelevante em um primeiro momento, mas não devemos nos esquecer de que, por vezes, a partilha dos bens de um

casal pode envolver valores de alta monta, de várias origens, e ainda questões societárias complexas. Dessa forma, é muito vantajosa a atuação de especialistas na área de direito de família, direito empresarial e societário, e mesmo técnicos em contabilidade, para formar uma decisão a respeito de partilhas mais trabalhosas.

Sobre o cabimento da arbitragem em matéria de alimentos, devemos fazer duas marcações. A primeira delas é fazer uma distinção acerca do próprio direito a alimentos: será matéria indisponível, quando relacionado à obrigação alimentar devida a filhos menores de idade, porém, isso é relativizado e será matéria disponível quando relacionado à obrigação alimentar decorrente da mútua assistência entre cônjuges ou companheiros, pois, nos casos de dissolução da união, é permitida a renúncia recíproca ao direito, que, uma vez feita, é irretroatável. Isso é devido à natureza de ato negocial da obrigação alimentar decorrente do vínculo conjugal. Ou seja, os alimentos não podem ser renunciados previamente, porém, no momento de dissolução da sociedade conjugal, pode haver renúncia recíproca entre o casal.

A segunda marcação necessária é a de que, sim, o direito a alimentos é indisponível, como vimos em regra, porém, tal direito admite transação no que se refere ao *quantum* dos alimentos. Nesse esteio, se o conflito gira em torno apenas do montante, dos valores devidos, e não quanto à existência da obrigação alimentar, nada impede que as partes escolham um árbitro para decidir. Como dito acima, já que a fixação de alimentos é, nesse aspecto, disponível, caracterizando-se também como ato negocial, estará dentro do cabimento da arbitragem.

Diante dessas hipóteses, entendemos ser perfeitamente cabível e, ainda, ser de grande valia a previsão da cláusula compromissória escalonada de mediação e arbitragem em matéria de direito de família, não só pelas vantagens inerentes a esses institutos, mas principalmente pelo modo de prevenir e resolver conflitos à margem do Judiciário. Quando um conflito de família recebe um tratamento abrangente,

multidisciplinar, adequado, cuidadoso, ocorre a real pacificação, ou seja, o conflito não vai gerar “filhotes” no futuro, estará definitivamente resolvido.

6 Modelo de cláusula Mediarb e análise de caso

Sugerimos como modelo a seguinte cláusula:

“As partes (ou contratantes) firmam que qualquer controvérsia originada ou em conexão com o presente acordo (ou contrato) será submetida à Mediação (recomendável definir qual instituição ou qual mediador) a ser instaurada por acordo de vontades mediante termo de compromisso.

Se a Mediação instaurada não obtiver êxito no prazo regulamentado, a controvérsia, por solicitação de qualquer das partes, será convertida em Arbitragem, no que couber, a ser instaurada de acordo com o regulamento de arbitragem da (recomendável definir qual instituição) por um Juízo Arbitral, composto por um Árbitro nomeado conjuntamente pelas partes, no prazo de 10 (dez) dias, contados da notificação às partes.

Vencido o prazo e não havendo consenso quanto à nomeação do árbitro comum, será constituído um Tribunal Arbitral, na forma do regulamento institucional, composto de três árbitros, cabendo a cada uma das partes nomear um árbitro, e estes, no prazo de 05 dias seguintes, nomearem conjuntamente o terceiro árbitro que será o Presidente do Tribunal Arbitral. Havendo recalcitrância das partes na composição do Tribunal Arbitral, este será composto na forma do regulamento da instituição escolhida.

A Mediação e a Arbitragem terão sede (cidade), (estado), estarão sujeitas às Leis do Brasil e serão conduzidas em português.

As partes elegem o Foro da Comarca (cidade), (estado), para eventual execução ou questionamento da sentença arbitral, na forma do

disposto nos arts. 31 e 33 da Lei nº 9.307/1996 – Lei Brasileira de Arbitragem.”

A título ilustrativo, apresentaremos, a seguir, de forma sucinta, um caso prático extremamente comum na seara familiar, em que poderemos vislumbrar como se daria o uso da mediação e da arbitragem em cláusula escalonada:

Objeto: pedido de divórcio judicial litigioso, com base na impossibilidade e ruptura de vida em comum, devido à traição do marido.

Relatório: Joana procurou advogado a fim de pedir divórcio judicial de seu marido Antônio. Há quatro anos eles chegaram a fazer um acordo de separação com esse mesmo advogado, porém desistiram e voltaram à vida em comum. Na época, os filhos contavam com 14 e 16 anos.

Agora Joana relatava que não havia mais possibilidade de continuar casada com seu marido, pois haviam brigado e discutido e decidiram que era melhor a separação. Argumentou que, após vinte anos de casamento, ambos haviam tomado rumos diferentes em suas vidas e que praticamente já não tinham vida em comum, devido aos inúmeros compromissos profissionais de cada um. Joana trabalhava em sua cidade mesmo, porém o marido viajava muito, toda semana, às vezes, chegando a passar três semanas fora de casa. Além disso, ela havia descoberto a traição do marido, que, praticamente, já vivia com outra mulher em suas viagens a trabalho em outra cidade.

Joana informou que eles haviam iniciado uma conversa e que não haveria nenhum problema na determinação do divórcio, e que a fixação de guarda não seria necessária, uma vez que os filhos já eram maiores. Haviam acordado que seu marido sairia de casa definitivamente e que os filhos permaneceriam morando com a mãe. Não haveria problema algum também na determinação de pagamento de ali-

mentos pelo pai aos filhos, que, mesmo já não sendo menores, ainda necessitavam de sustento. Os alimentos entre o casal não seriam necessários, pois ambos eram pessoas independentes e com considerável renda e faziam questão da renúncia recíproca. Porém, como o casal havia arrebanhado ao longo dos anos um patrimônio considerável e havia uma sociedade empresária a ser partilhada, Joana já sabia que ali haveria problemas.

Diante desses fatos, o advogado ofereceu a Joana o tratamento de seu conflito pela via alternativa da mediação e da arbitragem. Perguntou se eles gostariam de resolver o conflito apresentado de forma amigável, antes de ingressar no Judiciário. Joana concordou e o mediador escolhido entrou em contato com Antônio, com autorização de Joana, e o convidou a comparecer a uma sessão de pré-mediação.

Na sessão de pré-mediação, o casal compareceu e foram esclarecidas as condições em que se dariam as sessões a fim de que pudessem obter um acordo abrangente e amigável para suas questões, de modo que um acordo completo poderia ser escriturado em cartório de notas e averbado nos respectivos registros, evitando-se assim a via judicial. O mediador ainda esclareceu ao casal que, já que tinham apresentado um acordo quase pronto acerca do divórcio, e, vislumbrando que poderia haver alguma litigiosidade acerca da partilha dos bens, sugeriu que, no compromisso de mediação, fosse incluso o compromisso arbitral para as questões patrimoniais, caso não chegassem a um acordo.

O casal se mostrou muito animado diante da possibilidade um pouco inovadora de resolução de uma separação por vias totalmente extrajudiciais e concordou. Foi celebrado o termo de compromisso com cláusula Mediarb e marcada a primeira sessão.

Ao longo das sessões, o mediador pôde descobrir quais eram realmente os verdadeiros interesses de cada um. Sobre os filhos, já eram maiores de idade, e havia consenso geral, ficariam residindo com

a mãe, e o pai não se opôs em nada em continuar sustentando a casa e os filhos integralmente, sem prazo. Sobre alimentos mútuos, faziam a renúncia recíproca. Joana não usaria mais o nome de casada. Antônio sairia finalmente de casa, já que estava praticamente residindo em outra cidade com outra mulher e vinha esporadicamente ver os filhos. Nesse momento, Joana se mostrou muito inquieta e chorou, acusou-o da traição, demonstrando que aquela era uma questão muito delicada para ela. Antônio, por sua vez, não negou nada, explicou que os compromissos profissionais haviam-no afastado de casa por muito tempo, que o casamento tinha “esfriado”, disse que, por mais de um ano, tentou várias vezes contar à esposa que gostaria de se separar, mas não teve coragem.

Ambos relataram como se deu a descoberta da traição, que foi de uma maneira muito inusitada e que trouxe bastante sofrimento a Joana, apesar de esta concordar que o afastamento entre os dois já era latente. O problema se agravou nos meses seguintes a essa descoberta, pois Antônio continuou frequentando sua casa normalmente como se nada tivesse acontecido, causando muito sofrimento para Joana, que esperava que ele saísse de casa, mas não tinha coragem para mandá-lo embora. Isso gerou nela muito estresse, o que teve reflexos fisiológicos, e inclusive começou a refletir no convívio com os filhos, já que o clima dentro de casa ficou muito pesado, e eles não haviam sido informados da ruptura entre seus pais.

Conversando e investigando a respeito das causas da ruptura, foi possível que cada um tomasse consciência de sua própria responsabilidade por todo o acontecido, aliviando a culpa de Antônio e implicando Joana. Isso possibilitou o resgate do clima de cooperação entre o casal e, apesar de toda a dor, possibilitou a revalorização da relação.

Assim, algumas questões haviam sido acordadas e superadas. O problema começou a aparecer quando partiram para a discussão acerca da partilha dos bens do casal. Além dos bens imóveis e carros,

sobre os quais não houve dificuldade em delinear uma partilha, Joana era profissional liberal e tinha um consultório, e Antônio era empresário e tinha uma empresa prestadora de serviços. A questão era que o consultório tinha uma renda X, e a empresa um rendimento de 100X, ou seja, muito superior ao dela, e, apesar da independência de Joana, era a empresa do marido que proporcionava o alto nível de vida da família. Além disso, como se tratava de prestação de serviço, era uma empresa que vivia do renome e *expertise* do próprio Antônio.

Antônio havia proposto muito pacificamente todo o acordo delineado até então, porém, sobre os bens, propôs que Joana ficasse com seu consultório e que ele ficasse com a empresa. Joana não concordou, alegando que queria dividir tanto o consultório quanto a empresa, uma vez que tudo fazia parte da comunhão do casal e que a empresa valia muito mais. Nesse momento, o acordo emperrou.

Antônio argumentava que não adiantaria nada dividir a empresa, uma vez que esta só ganhava dinheiro, enquanto ele pessoalmente trabalhasse nela, que toda a empresa foi ele que construiu com seu suor e talento e que, se ele saísse e abrisse outra empresa, Joana não poderia ficar com nada. Joana argumentou que aquilo não seria justo, uma vez que, conforme admitido pelos dois, a empresa foi aberta no início do casamento, e, durante mais da metade da união, foi ela quem sustentou a casa e o casal, período em que Antônio pôde se desenvolver. Assim, agora, apenas nos últimos anos, quando Antônio estava efetivamente ganhando muito dinheiro, se ela fosse simplesmente traída e deixada para trás, isso não seria justo. O argumento principal de Joana era de que ela havia se esforçado muito também e que, tendo trabalhado somente como profissional liberal e contando com a segurança de seu marido ao seu lado, não se preocupou em fazer alguma economia ou previdência privada. Dessa forma, não era justo que ela tivesse também trabalhado tão pesado e, agora, que já estava com certa

idade e contando com uma aposentadoria tranquila ao lado do marido, ficasse completamente na rua da amargura.

Antônio, após ouvir as razões de Joana durante as sessões, começou a se sensibilizar com a situação de sua companheira de tantos anos, mãe de seus filhos, e concordou que ela deveria ter alguma compensação a fim de que ficasse garantida para os anos finais de sua vida. Dessa forma, Antônio começou a reconhecer e revalorizar a relação com sua esposa. Propôs então que ele pagasse a ela uma espécie de indenização, dividida em algumas parcelas, de modo que isso valesse como uma compra de sua parte na empresa, assim ela teria um “pé-de-meia”, e ele teria a empresa livre e desimpedida só para si. Isso foi bastante positivo, porém, infelizmente, não foi possível mais, durante a mediação, obter entre os dois um acordo acerca do valor dessa indenização. O *quantum* não pôde ser acordado.

Resultado da mediação: Após várias sessões de mediação, tanto Joana quanto Antônio reconheceram sua própria responsabilidade pelo fim do casamento, que não se resumiu somente a uma traição. Isso possibilitou que um enxergasse o outro, revalorizando o laço entre eles. A questão da traição foi trabalhada, de modo que pôde haver desabafos mútuos, e cada um ouviu o outro. Sendo assim, foi tranquilo esboçar um acordo parcial acerca da residência dos filhos, das visitas livres do pai, do pagamento de pensão alimentícia aos filhos, do sobrenome da mulher. Porém, sobre a partilha de bens, apesar do reconhecimento mútuo do casal acerca das necessidades e possibilidades de cada um, em uma perspectiva futura, não foi possível se chegar a um acordo acerca da divisão da empresa, uma vez que os valores pedidos e oferecidos eram muito díspares. Dessa forma, a partilha de bens foi enviada para uma câmara de arbitragem.

Objeto da arbitragem: Foi levada ao juízo arbitral a questão da partilha da empresa e dos bens do casal. O tribunal arbitral foi presidido por dois árbitros com formação em direito e um terceiro árbitro

com especialidade em contabilidade e finanças. Após o trâmite postulatório do processo, na audiência, foi feita uma tentativa de conciliação baseada em um parecer prévio dos árbitros acerca da questão. Como as partes já estavam em um clima de cooperação propiciado pela mediação, aceitaram transacionar acerca da partilha perante o árbitro, após uma breve negociação sobre a forma de pagamento e número de parcelas, uma vez que as dúvidas técnicas acerca da partilha da empresa haviam sido dirimidas no curso do processo.

Resultado da arbitragem: O acordo foi homologado numa sentença arbitral contendo detalhadamente os termos da partilha dos bens do casal. Desse modo, foram levados ao cartório de notas tanto o acordo parcial obtido por mediação, quanto o acordo arbitral, sendo lavrada uma escritura pública única de divórcio consensual, de acordo com todos os requisitos da Lei nº 11.441/2007 e fazendo constar todos os termos obtidos. Após isso, essa escritura foi levada ao registro de pessoas naturais, jurídicas, aos respectivos registros de imóveis e ao Detran.

Observações: Pelo processo da mediação, foi possível que o casal reconstruísse um diálogo que não tinha mais. Dessa maneira, um pôde dizer ao outro de seus sentimentos e mágoas, obtendo a escuta efetiva. Uma relação já há muito desgastada, que facilmente se deterioraria numa lógica adversarial, se renovou em um sentido de manter uma convivência pacífica, desde que atendidas satisfatoriamente as necessidades trazidas por cada um. Apesar de diferentes as necessidades, um reconheceu a situação do outro e inclusive houve a preocupação de se celebrar um acordo que vislumbrasse já um futuro remoto desse casal separado, o que demonstra a preocupação de se realizar um acordo duradouro e realmente satisfatório.

Judicialmente, pensamos que seria muito difícil que a partilha fosse feita da forma como se deu no juízo arbitral. Isso porque o Magistrado, em geral, ao não obter o acordo pelas próprias partes, aplica a

letra fria da lei, fazendo uma partilha exata meio a meio e se eximindo das consequências que isso poderia acarretar.

Hoje o ex-casal mantém uma relação de harmonia, apesar de todas as dores da separação, e simplesmente está muito satisfeito com o modo como a partilha dos bens se deu, de forma que não teve mais nada a reclamar ou revisar. Fez entre si alguns ajustes sobre valores do pensionamento dos filhos, à medida que necessidades extraordinárias foram aparecendo, demonstrando como a mediação devolve aos indivíduos o protagonismo sobre suas próprias decisões.

Esse caso hipotético demonstra a real possibilidade de que uma questão, por mais complexa que seja, pode ser resolvida por vias estritamente extrajudiciais hoje em dia. Sem traumas e com todo o respaldo legal, gerando economia, celeridade, segurança e, principalmente, paz social.

Em uma situação litigiosa, a delicadeza que envolve o tecido familiar é maltratada pela lógica adversarial de um processo judicial, que vai de encontro ao que chamamos de solidariedade familiar e laços, que não envolvem somente patrimônio, mas, sobretudo, afeto. Nessa linha, diz-se que o ordenamento jurídico processual brasileiro atualmente consagra o “princípio do estímulo da solução por auto-composição”, que, a nosso ver, deve orientar toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

7 Referências

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação de conflitos?* São Paulo: Brasiliense, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FIÚZA, Cezar. *Diretrizes hermenêuticas do Direito de Família*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5., 2005, Belo Horizonte. *Anais...* São Paulo: IOB/IBDFam, 2005.

FIÚZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: _____. *Novas tendências do Direito Processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MORAIS, José Luiz Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. São Paulo: Editora IMAB, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1997.

2. O (livre?) convencimento motivado no Código de Processo Civil de 2015

Fabício Simão da Cunha Araújo

Juiz de Direito do TJMG.

Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC/MG.

Especialista em Gestão Judiciária pela UNB.

1 Introdução

A evolução da ciência processual, alavancada pela consolidação teórica do princípio democrático como exigência concreta de legitimidade das funções estatais, explicitou que o contraditório e a fundamentação das decisões estatais são, por assim dizer, “duas faces da mesma moeda”.

O Código de Processo Civil de 2015 adotou como norma fundamental, a reger a interpretação de todas as normas processuais (art. 1º), dentre outras, o princípio geral do contraditório em acepção ampliada — não só como garantia de informação e reação, mas efetiva influência e não surpresa (arts. 9º e 10).

Para garantir maior eficácia a essa acepção de contraditório dinâmico, ou seja, para que o debate das partes se encontrasse efetivamente apto a influenciar e condicionar o provimento, o Código de Processo Civil trouxe reformulação notável da disciplina da fundamentação das decisões jurisdicionais (especialmente no art. 489) como reflexo imprescindível, ou mesmo como uma das facetas insertas no escopo do princípio geral do contraditório contemporâneo.

Até recentemente — em termos históricos — a fundamentação era considerada praticamente dispensável como requisito de validade das decisões estatais jurisdicionais, à qual competiria dizer o direito (*iuris dictio*), no sentido de revelá-lo aos súditos inabilitados da clari-

vidência teológico-científica, desnecessária a explicitação do percurso lógico-discursivo de que se valera para chegar a tanto.

Concebido o juiz como apenas um transmissor da mensagem legal, a motivação da decisão estaria implicitamente presente no próprio texto legal.

Segundo registra Joseli Lima Magalhães (2010, p. 4.564), somente a partir do século XVIII é que a obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais começou a constar nos ordenamentos jurídicos de diversos países. Segundo ressalta, entre o século XIV e o XVIII, a ausência de exigência de fundamentação decorria especialmente da estrutura de poder das nações, fortemente centralizada e despreocupada com a legitimidade do que decidia, no sentido da representatividade dos seus súditos.

Theodoro Júnior *et al.* (2016, p. 328) lembram que, até o advento do Código de Frederico II da Prússia, em 1784, a fundamentação da decisão estatal não era obrigatória, e, pelo contrário, advogava-se que implicava uma quebra de praticidade e rapidez do sistema. Também assinalam que, nas Ordenações Filipinas (a partir de 1603), constava a determinação de que o magistrado proferisse decisões absolutamente vinculadas ao que foi alegado e provado pelas partes, contudo, ao *Príncipe* reservava-se a prerrogativa de proferir decisões plenamente discricionárias, baseadas unicamente em sua consciência, já que o monarca, “como autoridade suprema e soberana, personificada do Estado, era o próprio autor do direito para os seus súditos, estando livre para decidir”.

A importância da fundamentação ganha força progressivamente na medida em que a função jurisdicional passa a ostentar independência como Poder responsável pelo exercício do sistema de freios e contrapesos, controlando — na extensão que essa palavra pode assumir nos séculos em que idealizada a teoria — os demais poderes.

Com a consolidação da própria concepção de Estado de Direito como *rule of law* — Poder submetido ao que previamente determinado em leis — passaram a ser necessárias “amarras” a justificar as próprias decisões judiciais.

Segundo expõe Teresa Arruda Alvim Wambier (2007, p. 314), o Estado de Direito se caracteriza especificamente pela necessidade que se lhe impõe de expor as justificativas materiais perante o público, “tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete”, demonstrando, portanto, que as intromissões a que procede consubstanciam o reforço da submissão do Estado e dos cidadãos à lei.

Para Ronaldo Brêtas (2018, p. 184), a fundamentação da decisão jurídica servirá para diversas finalidades: controle de constitucionalidade da decisão; tolhimento da interferência de ideologias e subjetividades do juiz; verificação da racionalidade da decisão (afastar erros de fato e de direito); possibilitação da correta estruturação dos recursos.

Deveras, o princípio da motivação da decisão judicial somente veio a se tornar obrigatório no ordenamento jurídico pátrio por meio do art. 232 do Decreto nº 763 de 1890, que prescrevia que “a sentença deve ser clara, summariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda”.

Desde então a exigência de que o ato decisório jurisdicional exponha os fundamentos que o levam a tomar determinada decisão sempre constou do arcabouço normativo brasileiro.

A Constituição Brasileira de 1988, no art. 93, IX, garantiu que, sob pena de nulidade, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentados. Garantiu, também, que não só o exercício da função jurisdicional pelo Estado exigiria decisões fundamentadas,

mas também o exercício da função administrativa, por extensão do que consta no art. 93, X.

Por essas previsões expressas e abrangentes, portanto, não há dúvidas, atualmente, de que a exigência de fundamentação das decisões jurídicas estatais compõe o complexo normativo que constitui o devido processo legal, considerando não só o disposto no art. 5º, LIV, mas também no inciso LXI.

Em sede infraconstitucional, no Código de Processo Civil de 1973, o art. 458, II, ao elencar os requisitos essenciais da sentença, incluía: “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. O art. 165, por sua vez, dispunha que sentenças e acórdãos deveriam conter os requisitos do art. 458 e que as demais decisões judiciais seriam também fundamentadas, ainda que de forma concisa.

Contudo, o Código de Processo Civil de 1973, apesar de positivar a obrigatoriedade da exposição da fundamentação de fato e de direito, se ateve a explicitar parâmetros para a realização da análise das questões de fato — nos termos do art. 131 —, mas não das de direito.

Antes de passarmos a analisar os parâmetros previstos em lei para a fundamentação das questões de fato da sentença e as considerações da literatura jurídica a esse respeito, é necessário ressaltarmos que não se desconhece a imbricação das *questões de fato* com as *questões de direito*.

Realmente, a apreciação da validade ou não de uma prova, e até de sua prevalência sobre outra também produzida no processo, passará necessariamente pela consideração de premissas que são eminentemente jurídicas a respeito do direito probatório. Por outro lado, a interpretação do direito aplicável à espécie não pode prescindir, de forma alguma, da consideração das peculiaridades fáticas constatadas a partir da consideração das provas.

Não obstante assim o seja, disso não decorre negar que a atividade racional de construção da decisão jurídica estatal passa neces-

sariamente pela definição, primeiro, dos fatos a serem considerados — mesmo quando não há controvérsias fáticas entre as partes, quando a definição se dá implicitamente — e, depois, pela definição da norma aplicável diante da peculiaridade dos fatos tidos por ocorridos.

Por isso, mesmo havendo imbricação entre tais questões, mesmo reconhecendo que *questões de direito* sempre envolverão — e assim deve efetivamente ser — fatos, e *questões de fato* sempre envolverão a análise de normas jurídicas — e é o recomendável —, em se tratando de atividades cognitivas distintas, assim como diferentes fases pelas quais a fundamentação deve perpassar, é possível dissecar a fundamentação entre esses *capítulos* para melhor compreender suas peculiaridades, assim como as possibilidades de seu aperfeiçoamento, conforme a lógica da fundamentação jurídica na democracia.

2 O sistema do livre convencimento motivado no CPC de 1973

Ao abordar os critérios com que o órgão jurisdicional apreciaria as questões de fato, o art. 131 do Código de Processo Civil de 1973 prescrevia: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Como mencionado, o diploma legal se restringia a especificar critérios apenas para a fundamentação das questões de fato da decisão jurisdicional, mas não das questões de direito.

Talvez, por isso, muitos juristas consideram que o “livre convencimento motivado” consubstancia regra para pautar a fundamentação não só de fato, mas também de direito do órgão jurisdicional. Outros consideram essa concepção uma confusão na análise do or-

denamento jurídico pátrio, conforme, por exemplo, defende Neves (2016, p. 668).

O princípio, inicialmente — pelo menos se inferindo da sua redação e de sua localização no Código de Processo Civil de 1973 — nada mais fazia do que positivar no ordenamento jurídico pátrio um meio-termo entre superados sistemas de valoração de provas, quais sejam o da prova tarifada e o do livre convencimento.

Em breve digressão, é oportuno registrar que, pelo primeiro sistema, também conhecido como da verdade legislativa, a carga de convencimento da prova vinha fixada em lei de forma prévia, abstrata e genérica. O julgador exercia, a rigor, um cálculo matemático, somando os pontos das provas produzidas por cada parte. O propósito deste sistema era restringir ao máximo qualquer liberdade do órgão jurisdicional na valoração da prova, na medida em que priorizava a quantidade de provas em detrimento de sua qualidade.

Já pelo segundo sistema, também conhecido como da íntima convicção ou como da verdade judicial, o julgador tinha absoluta liberdade na valoração da prova, considerando seu convencimento íntimo, que sequer reclamava exteriorização em motivação discursivo-normativa, nem tampouco, por consequência, sustentação nas provas dos autos.

Segundo registra o professor Danilo Knijnik:

[...] o objetivo da doutrina medieval, ao operar à base da prova tarifada, fora, justamente, banir a arbitrariedade do juiz e, ao mesmo tempo, garantir alguma dose de racionalidade do acerto fático (embora, na prática, isso não tenha ocorrido). A substituição de um sistema pelo outro [da prova tarifada para o da íntima convicção] acabou por detonar uma ‘tendência a reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, que se exaure sob o pano íntimo e imperscrutável da mera subjetividade’, o qual acabaria reduzido a um momento misterioso e inefável, a ponto de não poder ser sujeito a análises

e controles, portanto, impenetráveis a qualquer tipo de indagação (KNIJNIK, 2017).

Pelo sistema reconhecido pelo Código de Processo Civil de 1973, do livre convencimento motivado, também denominado sistema da persuasão racional, é o decisor que atribui a carga de persuasão que entende adequada a cada uma das provas produzidas no processo ou a ele trazidas. Não está vinculado, salvo em situações excepcionais expressamente previstas em lei, à valoração prévia feita pelo legislador. Por outro lado, não tem discricionariedade absoluta para fazer a valoração que bem entender, na medida em que deverá justificar, de forma explícita e racional, as escolhas a que procede.

Nesse ponto, é que esse sistema começa a se mostrar problemático em perspectivas democráticas. Quais seriam os critérios para a aferição dos parâmetros da racionalidade cujo atendimento tornaria correta a decisão? Quais não observâncias, por outro lado, tornam a decisão incorreta e muitas vezes até mesmo inválida?

A princípio, os critérios de racionalidade aos quais a literatura do Direito Processual ordinariamente se refere consistem (I) na necessidade de apontamento de fundamentos que ultrapassem a mera referência à equidade ou à conveniência, assim como (II) as máximas da experiência — ou seja, siga de uma certa forma, salvo apontamento de excepcionalidades específicas —, como a dinâmica dos fatos ordinariamente se apresentam na realidade sócio-histórico-cultural.

Relativamente nessa direção é que expõe Moacyr Amaral Santos (1970, p. 354) valendo-se das lições de Malesta, no sentido de que a arbitrariedade seria afastada pela “sociabilidade do convencimento”, ou seja, a exigência de que a valoração seja a mesma daquela que seria realizada por qualquer outra pessoa racional, devendo o juiz se convencer da mesma forma que seria convencida qualquer pessoa.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1997, p. 163) também defende essa linha de pensamento, ou seja, que a valoração probatória deve

respeitar as expectativas do ambiente a que se dirige, de forma que a decisão proferida se mostre pelo menos aceitável. Para o jurista, portanto, o juiz deveria buscar o consenso mais generalizado possível da sociedade em que está inserido, proferindo uma decisão que atenda às expectativas sociais.

Lenio Streck (2016) — embora se referindo à fundamentação da sentença em seus pontos de direito controvertidos —, em sentido semelhante, argumenta que a racionalidade que controla o convencimento do juiz, restringindo, portanto, sua liberdade, seria a intersubjetividade estruturante do direito. Marcello Cattoni (2001, p. 152) assevera que a racionalidade da qual o julgador deve se utilizar deve ser uma que seja intersubjetivamente sustentável.

Segundo leciona Barbosa Moreira:

O princípio fundamental na valoração das provas, bem sabemos, é o da liberdade do juiz, é o princípio da livre apreciação das provas, expressamente consagrado no art. 131. Mas liberdade de valoração não significa arbítrio. Todos sabemos que a liberdade de que o juiz goza é sujeita a determinados limites e, sobretudo, sujeita à possibilidade de controle; do contrário, ela se converte ou se subverte em arbítrio judicial, que é coisa detestável. Ninguém mais do que os juízes deve detestar o arbítrio, inclusive o judicial. Há uma série de regras lógicas que não podemos deixar de observar na apreciação das provas. Há leis da natureza que não podemos desconhecer, e há as máximas da experiência, às quais o Código mesmo faz referência, em outro dispositivo. Uma dessas máximas de experiência ensina que a prova colhida sob o contraditório, geralmente, é mais veraz. [...] Esse princípio deve estar presente no nosso espírito quando formos valorar uma prova atípica, quando estivermos diante de uma fonte de informação, à qual tivemos acesso por uma forma diferente da prevista na lei [...] (MOREIRA, 1994, p. 125).

Em sintonia com as formas de controle propostas pelos juristas supramencionados quanto à fundamentação relativa à valoração

probatória — qual seja a obrigatoriedade de explicitação discursiva que exponha aderência a uma racionalidade ou uma lógica (espontânea, *utens*) também percebida pelos demais indivíduos (partes, advogados, Ministério Público) que compartilham a mesma realidade —, Neves consigna:

São lições que me agradam imensamente, porque a valoração das provas diz respeito aos fatos da demanda, o que, portanto, não exige qualquer conhecimento jurídico para ser feita. Significa dizer que qualquer pessoa racional, ainda que sem formação jurídica, tem capacidade de valorar a prova, em situação obviamente diferente daquela na interpretação e aplicação do direito objetivo ao caso concreto.

[...]

Não pode, por exemplo, o juiz ignorar um laudo pericial de DNA juntado aos autos, afirmando ser descrente na ciência. Como também não pode “fundamentar sua decisão afirmando que não levará as testemunhas em consideração, porque o ser humano não merece confiança”. Até se pode dizer que, nesses casos, o juiz justificou suas opções valorativas da prova, mas é manifesto que tal “fundamentação” não pode ser admitida (NEVES, 2016, p. 670).

Nesse diapasão, assevera que o juiz deve se guiar pela forma como se portaria qualquer pessoa racional em sua posição, na medida em que a valoração da prova não é uma atividade que essencialmente exija conhecimento do Direito. “A motivação quanto aos fatos não é livre, mas guiada e vigiada pela percepção social do que se espera que o juiz faça em termos de valoração” (NEVES, 2016, p. 670).

Deveras, os conhecimentos jurídicos serão válidos e imprescindíveis ao exercício da função jurisdicional para garantir às partes que o procedimento de produção das provas se dê com respeito irrestrito às balizas discursivas fundamentais, especialmente a observância efetiva ao devido processo legal, à ampla defesa e à isonomia.

Em sentido similar é a lição de Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 38) ao afirmar que o julgador deve estar vinculado a elementos não subjetivos, de modo que os litigantes possam contar com a mesma segurança, “quer estejam diante de um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicados”:

O mais alto grau de racionalidade atingido pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que se seguiu à conquista das garantias constitucionais, importa na superação do critério da aplicação da justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador (GONÇALVES, 2012, p. 38).

De toda forma, na linha do que se expôs, ao menos na perspectiva teórico-normativa, o princípio do livre convencimento motivado nunca outorgou ao julgador, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, liberdade no sentido de analisar e valorar as provas — muito menos analisar e interpretar o direito — como bem entender, discricionariamente, desconsiderando de forma arbitrária provas produzidas por uma das partes ou sem exteriorizar discursivamente os motivos que o levaram a dar preponderância a uma prova em detrimento da outra.

3 O sistema de valoração probatória no CPC de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 alterou a redação que ora se analisa para passar a prescrever, no art. 371, que: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Conforme se verifica, suprimiu-se a palavra “livremente” não só desse dispositivo, assim como de todos os outros que anteriormente

o faziam no Código de Processo Civil de 1973 (arts. 131, 353, 386, 439, parágrafo único, 1.107).

Segundo destaca Neves (2016, p. 668), as mudanças legislativas trazidas pelo novo Código de Processo Civil, no que tange à fundamentação, não trouxeram qualquer novidade na medida em que “[...] continua o juiz livre — no sentido de não estar condicionado à valoração abstrata feita por lei — a dar a carga de convencimento a cada meio de prova no caso concreto”.

Conforme se verifica, o sistema do livre convencimento motivado, ao menos a teoria construída na literatura jurídica, nunca admitiu que o juiz deixasse de confrontar todas as provas produzidas para formar seu convencimento. Conforme afirma Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 312), tal linha teórica nunca admitiu que o juiz tivesse discricionariedade para apreciar provas de forma afastada da racionalidade.

Além do mais, das grandes alterações normativas feitas pelo novo diploma processual — notadamente aquelas constantes no art. 489, §§ 1º e 2º — todas se voltaram a disciplinar a fundamentação da sentença quanto às questões de direito, não tendo sido quaisquer delas destinadas a reger a valoração de provas pelo juiz.

Nesse sentido, considerando que o sistema do livre convencimento motivado sempre consistiu em uma proposição teórico-normativa voltada a orientar como o julgador valorará as provas do processo, há de se reconhecer que não se poderia pretender que o sistema teria sido superado ou revogado pela simples supressão da palavra “livremente” sem a substituição por novas normas que fixassem diferentes diretrizes para tanto.

Isso não significa, por outro lado, afirmar que as demais alterações normativas efetuadas no Código de Processo Civil não causaram impacto no sistema de valoração de provas. Mais do que a supressão da palavra livremente, parece-nos que foi estrutural e providencial a

retirada da expressão “[...] ainda que não alegados pelas partes” do art. 131 do Código de Processo Civil de 1973.¹

Deveras, a supressão da palavra livremente e da previsão de que se poderia considerar fatos e circunstâncias dos autos ainda que não alegados pelas partes se soma com a positivação principiológica realizada nos artigos introdutórios do diploma, especialmente o art. 10, que vai em sentido diametralmente oposto ao que outrora prescrevia o art. 131.

É válido reproduzi-lo: “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”.

Nesse diapasão, ainda que se conceda o argumento de que o livre convencimento motivado ainda é a teoria que orienta o sistema de valoração de provas — com base no fato de que a liberdade nunca foi no sentido de arbitrariedade ou mesmo discricionariedade, mas sim possibilidade de consideração das peculiaridades probatórias do caso concreto, nunca passíveis de serem suficientemente consideradas pelo legislador — é de se reconhecer que houve importante alteração do regime jurídico processual-probatório.

Por outro lado, o legislador poderia ter ido mais longe para transformar em norma corrente considerações teórico-científicas acerca do sistema de valoração de provas, restringindo-se, nesse ponto, apenas a suprimir as expressões “livremente” e “consideração de fatos não alegados pelas partes” das normas processuais pertinentes.

Em linha com a declarada pretensão de alterar o sistema de valoração probatória — e de interpretação do direito, como exposto nos motivos da Lei, pela comissão de juristas (BRASIL, 2015, p. 29) — ou encerrar a liberdade do convencimento motivado do juízo, poderia

¹ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

também o legislador ter revogado a autorização geral e irrestrita de que o julgador determine a produção de provas de ofício (art. 130 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 370 do novo Código de Processo Civil).²

O novo Código de Processo Civil trouxe efetivamente relevantes alterações a respeito da fundamentação jurídica da decisão — especialmente o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil —; entretanto, a fundamentação das questões fáticas não foi objeto de maiores considerações diretas pelos dispositivos do novo diploma legal.

Conforme destaca Neves (2016, p. 669), “[...] é preciso reconhecer que a exigência de fundamentação da valoração probatória não é suficiente para evitar arbítrios judiciais, e que é preciso melhores meios de controle da atividade jurisdicional nesse âmbito”.

É que não é demais consignar a primordial importância que assume, na grande maioria dos casos, o capítulo da fundamentação da decisão jurisdicional, que se volta a definir — considerando o acervo probatório trazido pelas partes ao processo, sob o pálio do contraditório prévio ou diferido (nos casos de provas pré-constituídas), como os fatos aduzidos pelas partes efetivamente se deram.

Conforme é do conhecimento daqueles que atuam na atividade forense, as demandas em que a discussão se restringe a questões puramente de direito, cuja solução exigirá apenas a utilização da lógica deôntica clássica para se definir com segurança a norma jurídica aplicável ao caso concreto, são a exceção. Assim sendo, a incerteza jurídica, na grande maioria das vezes, resta limitada à valoração das provas produzidas pelas partes e, nesse sentido, salutar trazer à baila a advertência do professor José Carlos Barbosa Moreira:

² Não se discorda que haverá situações excepcionais em que se mostrará necessária a determinação da produção probatória de ofício pelo juízo. Não obstante, conforme mencionado, trata-se de hipóteses excepcionais que assim deveriam ter sido tratadas pelo legislador e não autorizando geral e irrestritamente a possibilidade de que o juízo determine sua produção sem sequer requerimento pelas partes, notadamente quando disponíveis os direitos em discussão e não demonstrados quaisquer empecilhos pelas partes para a produção da prova por seus próprios esforços.

Aqui tornamos a encontrar um assunto sobre o qual, mais de uma vez, tive ocasião de falar, mas a cujo respeito nunca é demais insistir. Refiro-me à necessidade, — esta, sim impostergável — de o juiz, em qualquer nível, pôr o maior empenho possível na fundamentação da sua decisão, sobretudo no tocante à matéria de fato e, portanto, à valoração das provas. Infelizmente, essa diretriz nem sempre é observada de modo cabal. Às vezes, o juiz acha mais interessante estender-se um pouco mais na questão de direito, porque ela permite, às vezes, um “brilhareco”, uma citaçãozinha em francês, em espanhol, que enfeita uma sentença; então, ela é examinada com maior carinho. No entanto, muitas e muitas vezes, para a solução do litígio, ela importa muito menos do que a questão de fato. E, quando vamos procurar na sentença uma justificação cabal da posição que o juiz tomou em face de cada uma das provas, não raro nos decepçionamos. É nesse momento que temos de caprichar, se me permitem o verbo: no momento de revelar, na fundamentação da sentença, como foi que formamos convencimento sobre cada uma das questões e fato relevantes. Não podemos passar por cima dela, assim como gato sobre brasa, como às vezes dizendo: “A prova colhida nos autos convenceu-me de que a versão correta é a do autor”. Mas como? Isso não basta. Por que tal ou qual fato não ficou demonstrado? Ou por que ficou? [...] A rigor, se estamos aceitando a versão do autor e não estamos aceitando a versão do réu, não bastaria que disséssemos por que foi que achamos convincentes as provas oferecidas pelo autor. Precisaríamos dizer, também, por que não achamos convincentes as provas oferecidas pelo réu (MOREIRA, 1994, p. 126).

Conforme se verifica, a fundamentação das questões de fato do processo assume, grande parte das vezes, importância superior à fundamentação das questões jurídicas para a consecução do princípio democrático no espaço processual, e existem parâmetros, desde antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, para o controle da decisão jurídica em relação às questões de fato do processo, de modo

a garantir que reflita da forma mais fidedigna possível a reconstrução dos fatos efetivamente realizada pelas provas produzidas pelas partes.

Parece simples frisar, mas a primazia do puro racionalismo abstrato, da lógica deôntica clássica, das complexas teorias *a priori*, assim como, e por consequência disso, na esteira do que destaca Barbosa Moreira, por simples vaidade em expor o conhecimento teórico-científico que possui, fez com que o decisor passasse a tornar os fatos secundários para implantação da sua percepção sobre a decisão correta.

Assim, em primeiro lugar, o decisor deve se colocar com humildade intelectual para que suas preconcepções acerca do que supõe ter ocorrido serem infirmadas e, assim, dispor da forma mais irrestrita as possibilidades de reconstrução discursiva. Após utilizadas, deve explicitar o mais percucientemente possível cada uma das conclusões que ele retira das provas para reconstruir a situação fática vivida pelas partes.

O que se propõe, portanto, a título de consideração da realidade na fundamentação, nada mais é do que o dever do decisor de expressamente ponderar as provas produzidas por ambas as partes e somente daí extrair a conclusão quanto a como os fatos se deram.

Não obstante, embora o parâmetro não tenha sido recentemente estabelecido, as incertezas quanto à consideração das provas e os resultados a que se chegará ainda são significativos.

Assim, uma vez que o parâmetro principal a se observar é a obrigatoriedade de explicitação discursiva que exponha aderência entre a forma como se valora as provas e o resultado a que se chega com uma racionalidade ou uma lógica espontânea também percebida pelos demais indivíduos (partes, advogados, Ministério Público) que compartilham a mesma realidade, importante investigar, brevemente, nos limites que o escopo deste artigo permite, a própria concepção de racionalidade da realidade compartilhada.

4 As regras da experiência comum como critério geral de valoração probatória a partir do CPC de 2015

Segundo Barbosa Moreira (1994, p. 125) defende, a apreciação da prova deve respeitar as máximas da experiência, para que não resulte em arbítrio. Segundo ele afirma, conforme já exposto, “há uma série de regras lógicas, que não podemos deixar de observar na apreciação das provas. Há leis da natureza que não podemos desconhecer, e há máximas da experiência, às quais o Código mesmo faz referência [...]” (MOREIRA, 1994, p. 125).

Moacyr Amaral Santos, provavelmente o processualista brasileiro que mais se aprofundou na pesquisa e reflexão acerca da instrução probatória, em seu clássico *Prova judiciária no cível e comercial*, discorre sobre as *máximas da experiência*, afirmando que:

A prova *prima facie* terá, assim, a estrutura de uma presunção fundada numa experiência da vida, vale dizer, de uma presunção calcada numa norma da experiência. Mas, conquanto consista numa presunção, dela se distingue, como se verá mais adiante. Será a prova extraída da experiência da vida, à vista de um fato e do que comumente ocorre segundo a ordem natural das coisas, e da qual lícito é o juiz utilizar-se quando difícil se tornar o emprego dos meios probatórios normais (SANTOS, 1970, p. 451).

Ao que nos parece, Barbosa Moreira e Amaral Santos, assim como os demais autores mencionados no último tópico, estão a pugnar que a valoração da prova na fundamentação da sentença — além de todas as condicionantes para uma fundamentação democrática, conforme exposto (arts. 10, 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil c/c 5º, LIV e LV, da Constituição Brasileira) — deve guardar harmonia com a lógica espontânea³ também percebida pelos demais indivíduos.

³ A lógica espontânea não seria mais do que uma aptidão inata do espírito para usar corretamente as faculdades intelectuais, contudo, sem ser capaz de justificá-las racionalmente. Segundo

A essa lógica, espontaneamente intuída pelos indivíduos, os processualistas denominam “máximas da experiência” e o Código de Processo Civil denomina “regras da experiência comum”, explicitando, no mesmo dispositivo legal, que tais regras serão “subministradas pela observação do que ordinariamente acontece” (art. 375).

Originariamente elaboradas por Friedrich Stein, em sua obra *O conhecimento privado do juiz (Das Private Wissen des Richters)*, as máximas da experiência foram por ele conceituadas como:

[...] definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, independentes dos fatos concretos julgados no processo, e que procedem da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, sobrepondo-se a estes, pretendem ter validade para outros novos (STEIN, 1990, p. 22).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 172) destacam que tal conceito clássico das regras da experiência introduzido por Stein foi integralmente adotado por Carnelutti, como “premissa maior do silogismo e assim permitiria ao juiz deduzir, a partir do fato percebido, a existência ou não do fato essencial”.

Deveras, verifica-se que, em parte, também é assim que o professor Moacyr Amaral Santos (1970, p. 457) as concebia. Embora buscando afastá-las do escopo dos conhecimentos privados do juiz para advogar a legitimidade de sua utilização, ao desenvolver tal raciocínio, acaba propugnando que tais noções seriam *verdades indiscutíveis*, já que não dependeriam mais de comprovação e críticas ulteriores. Inferre-se, portanto, que, para ele, constituiriam, no âmbito da fundamentação das questões de fato do processo, nas clássicas premissas gerais da lógica aristotélica:

Leibniz afirma, “as leis da Lógica científica não são mais do que as regras do bom-senso colocadas em ordem e por escrito”.

São as máximas de experiência noções pertencentes ao patrimônio cultural de uma determinada esfera social — assim a do juiz e das partes, consideradas estas representadas no processo por seus advogados — e, portanto, são noções conhecidas, indiscutíveis, não podendo ser havidas como informes levados ao conhecido privado do juiz. Constituem elas noções assentes, fruto de verificação do que acontece de ordinário em numerosíssimos casos, e que, no dizer de Calamandrei, não dependem mais de comprovação e crítica mesmo, ‘porque a conferência e a crítica já se completaram fora do processo’, tendo já a seu favor a autoridade de verdades indiscutíveis (SANTOS, 1970, p. 457).

Não obstante, Marinoni e Arenhart, apontando a falibilidade de tais inferências do senso comum, ressalvam que as regras da experiência não se identificariam perfeitamente com premissas maiores do raciocínio lógico-dedutivo clássico:

[...] as regras da experiência comum não são apenas aquelas que, induzidas a partir da experiência, permitem um *raciocínio dedutivo capaz de afirmar a verdade de um fato*, mas também aquelas que, surgidas do senso comum e também ancoradas na experiência, são fundamentais para o juiz *compreender* um fato e, especialmente, a relação entre o indício e o fato essencial, ainda que não sejam capazes de garantir a *incontestabilidade do raciocínio inferencial que ligou um ao outro*.

[...]

Como é possível perceber, a identificação das regras de experiência em regras gerais, devidamente consolidadas e capazes de garantir um raciocínio lógico-dedutivo suficiente para se concluir a respeito de um fato, se por um lado é capaz de racionalizar o problema e garantir maior segurança jurídica, por outro lado elimina do conceito de regras de experiência uma série enorme de situações em que o juiz tem de se voltar às regras de cultura para formar seu raciocínio, o que significa dizer que apenas retira do conceito de regras de experiência algo que, necessariamente, deve ser utilizado pelo juiz e controlado pelas partes (destaques no original) (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 173).

As regras da experiência tampouco se confundem com a liberdade do julgador de considerar fatos não provados pelas partes que não se desincumbem de seu ônus probatório.

Equivale a dizer que as máximas da experiência não se confundem com a notoriedade de determinado fato, a qual permite que se considere determinado fato verdadeiro, mesmo que a parte não produza quaisquer provas nesse sentido (art. 374, I, do Código de Processo Civil). As máximas da experiência não podem suprir prova que à parte competia produzir.

Conforme diferencia Neves:

Enquanto os fatos notórios se referem a fatos determinados que ocorrem, a cuja existência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem em determinado ambiente sociocultural, as máximas de experiência são juízos generalizados e abstratos, fundados naquilo que costuma ocorrer, que autorizam o juiz a concluir, por meio de um raciocínio intuitivo, que em identidade de circunstâncias, também assim ocorra no futuro (NEVES, 2016, p. 652).

Deveras, as disposições, tanto do antigo quanto do novo Código de Processo, sobre o tema corroboram essa proposição, na medida em que, a nosso juízo, dispõem que as máximas da experiência, ou, na terminologia legal, as “regras da experiência comum”, não consistem em meio de prova (o que se pode dizer, ao menos em sentido lato, da notoriedade do fato), e sim critério subsidiário a condicionar o sistema de valoração das provas do (livre ou não) convencimento motivado.⁴

Nas palavras de William Santos Ferreira, as máximas da experiência serão relevantes para discernir, “[...] quando da escolha dos meios de prova para o esclarecimento dos fatos, qual poderá ser a co-

⁴ É certo que, embora a notoriedade do fato não se qualifique como meio de prova propriamente dito, uma vez considerado notório o fato, tal predicado tem o condão de excluí-lo do objeto da prova, o que não ocorre com as “máximas da experiência”.

laboração de cada um dos instrumentos, não havendo uma hierarquia, mas uma aptidão” (FERREIRA, 2014, p. 76).

No mesmo sentido são as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

As regras da experiência são imprescindíveis para o juiz valorar as presunções e as provas. Isso quer dizer que as regras da experiência incidem sobre objetos destinados a conferir conhecimento para o juiz solucionar o mérito. As presunções e as provas, assim, são elementos formados no caso concreto, enquanto as regras da experiência permitem ao juiz extrair as conclusões a partir delas.

É evidente que as regras da experiência não são provas, mas regras que servem para a compreensão ou valoração das provas e das presunções. Aliás, como o juízo sobre o mérito recai sobre as provas e as presunções, e não nas provas e nos indícios, as regras de experiência não atuam apenas quando do julgamento do mérito, mas também quando da elaboração da presunção (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 127).

Nesse diapasão, tampouco “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece” podem ser utilizadas isoladamente para desconsiderar determinada prova produzida sob o pálio do contraditório, e não impugnada pelo *ex adverso* nem muito menos infirmada por prova por ele trazida aos autos.

Efetivamente, deixando consignado que a consideração das “regras da experiência comum” consistem, conforme exposto, em critério subsidiário de valoração das provas a condicionar o sistema do convencimento motivado, é possível registrar alguns exemplos no intuito de facilitar a compreensão:

- provas colhidas sob o pálio do contraditório têm maior probabilidade de veracidade que provas produzidas antecipadamente (MOREIRA, 1994, p. 125);

- um determinado documento com assinatura tem maior persuasão do que sem assinatura;

- um documento com assinatura também de testemunhas tem maior carga de verossimilhança que aquele sem tais complementos;

- a firma reconhecida em tabelionato de notas induz maior convencimento do que a firma não reconhecida;

- o documento produzido unilateralmente tem menor credibilidade do que aquele produzido mediante a participação de todos os interessados (por exemplo, boletim de ocorrência em que são ouvidas ambas as partes envolvidas, e não apenas uma delas);

- a testemunha ocular tem maior credibilidade do que a chamada testemunha de “ouvir dizer” (*hearsey testimony*);

- o passar do tempo torna o depoimento da testemunha menos preciso;

- a versão dos fatos sustentada pelo maior número de testemunhas em juízo, em regra, tem maior probabilidade de ser mais próxima de como efetivamente ocorreram;

- o laudo de DNA tem maior probabilidade de certeza do que prova testemunhal.

Há também situações específicas em que “a observação do que normalmente acontece” por quem avalia a prova lhe permitirá valorar o acervo probatório de uma forma ou de outra.

Suponhamos um acidente de trânsito ocorrido em uma curva em rodovia interestadual de pista simples, uma em cada sentido, separadas pela sinalização linear ao chão, onde o limite de velocidade era de 100km/h. O fato de que os veículos se chocaram na curva, durante chuva torrencial, é incontroverso. No sentido em que trafegava o réu, a curva era à sua esquerda. No sentido em que trafegava o autor, a curva era à sua direita.

Pois bem.

Aqueles que trafegam com frequência em rodovias de pista simples *comungam a experiência* de que, em *regra*, o que *ordinariamente acontece* é que o veículo que trafega próximo ao limite de velocidade (100km/h), que faz a curva à esquerda, costuma se aproximar da faixa divisória das pistas, enquanto o veículo que faz a curva à direita costuma se aproximar da faixa divisória da pista com o acostamento.

Sendo essa a experiência comum do que ordinariamente acontece, não está o julgador autorizado a considerar que o réu invadiu a pista do autor caso este não produza quaisquer provas em seu favor. Não obstante, caso o autor produza provas em favor de sua tese, ainda que não haja testemunhas oculares ou perícia que afirme categoricamente que o acidente se deu de tal ou qual maneira, mas desde que suas provas corroborem razoavelmente sua tese, será possível acolhê-la, uma vez que está de acordo com as máximas da experiência.

Colocando em termos sintéticos, o desafio para atender ao próprio ônus probatório daquele que argumenta que os fatos se deram de forma contrária às *regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece* será maior do que o daquele que argumenta que o que ocorreu foi o que costuma ocorrer.

Para exemplificar, vale lançar mão de outra situação hipotética: a legislação prescreve que “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato” (art. 768 do Código Civil). Segundo interpretação pacificada do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a embriaguez pura e simples ao volante não implica necessariamente a perda do direito à cobertura securitária, devendo o nexo de causalidade entre tal circunstância e o evento danoso restar provado nos autos.

Pois bem. Nos casos de danos cuja indenização securitária se pede em juízo, advindos de acidente de trânsito em que se constatou que o segurado, além de encontrar-se relevantemente embriagado, violou dever de cuidado consubstanciado nas normas de trânsito pre-

vistas no Código de Trânsito Brasileiro (por exemplo, furou sinal vermelho), a *observação do que ordinariamente acontece* faz com que seja uma *experiência comum* a de que provavelmente a embriaguez tem nexos de causalidade com o evento danoso.

Nesse sentido, o desafio para o motorista se desincumbir de seu ônus probatório é mais intenso do que o da seguradora, que, a rigor, já tem provas a seu favor que demonstram a violação de dever de cuidado pelo segurado e também o seu estado de embriaguez. Por outro lado, se inexistem provas de que o motorista violou qualquer dever de cuidado, as máximas da experiência não têm o condão de permitir que se considere provado que o acidente tem nexos de causalidade com o estado de embriaguez.

Não é demais repisar, contudo, que não é cabível o acolhimento de uma tese que argumenta fatos adequados às máximas da experiência caso não haja provas trazidas ao processo nesse sentido, tampouco é cabível tal acolhimento, quando há provas mais persuasivas no sentido contrário. Conforme já asseverado, as máximas da experiência constituem critério subsidiário a condicionar o sistema de valoração das provas do (livre ou não) convencimento motivado.

Equivale a dizer que se trata de critério que vincula a forma como as provas serão interpretadas, não podendo, portanto, a interpretação da prova simplesmente desconsiderar a própria existência de provas em sentido contrário, muito menos as previsões legais que indicam o valor que deve ser dado a determinadas provas.

Suponhamos, por exemplo, que se trata de uma ação de indenização por danos morais por realização de protesto indevido em desfavor da parte autora, que alega que devolveu a mercadoria por estar em desconformidade com o que foi adquirido, embora contra ele tenha sido sacada uma duplicata protestada por instituição financeira.

A instituição financeira, em sua contestação, argumenta que não teria responsabilidade, visto que teria feito o protesto na quali-

dade de endossatário mandatário, não lhe sendo, portanto, oponíveis exceções pessoais. A certidão de protesto indica que quem apresentou o título a protesto figurava como endossatário.

Nesses casos, ainda que o julgador saiba, pela observação do que ordinariamente acontece, que, em regra, o cartório não verifica efetivamente se houve ou não o endosso, mas se limita a registrar, nesse ponto, o que for asseverado pelo apresentante, não poderá simplesmente desconsiderar a anotação do tabelionato de que havia endosso na certidão de protesto trazida, seja porque ao *ex adverso* competia produção de prova em sentido contrário (de que a instituição financeira não era endossatária) — a qual era plenamente acessível, na medida em que tem acesso ao título levado a protesto, bastando solicitá-lo no respectivo tabelionato —, seja porque a lei atribui especial valor à certidão de protesto, nos termos do art. 405 do novo Código de Processo Civil.

Vale repisar, *as máximas da experiência* como critério subsidiário de valoração das provas a condicionar a forma como são examinadas, caso a caso, não têm o condão de desincumbir determinada parte de seu ônus probatório — especialmente tratando-se de provas facilmente obtíveis —, nem de afastar oficiosamente e por completo (à míngua ao menos de suscitação pela parte nesse sentido, em situações em que a prova é difícil de ser produzida) a incidência das previsões legais específicas relativas à valoração de determinada prova.

Enfim, é impossível prever, por antecipação, as considerações racionais que permitirão acolher determinadas provas em detrimento de outras, sendo este precisamente um dos principais motivos pelos quais se abandonou o sistema da prova tarifada ou da verdade legislativa.

Não obstante assim o seja, é possível e necessário, para se considerar devidamente fundamentada a decisão, que se decline de qual regra da lógica comum se está valendo para acolher uma linha de ar-

gumentação fático-probatória e afastar outra linha também embasada em provas.

Nesse sentido, convém lançar mão novamente das lições de Marinoni e Arenhart:

[...] é importante frisar que as regras da experiência devem ser relatadas e demonstradas na motivação da decisão. Ou seja: o juiz, através de argumentação racional, deve demonstrar a idoneidade da regra de experiência, assim como a oportunidade do seu uso para a decisão. Essa é a única maneira de se garantir a racionalidade na utilização das regras da experiência e, ao mesmo tempo, a possibilidade de seu controle pelas partes, evitando que o juiz pense que pode utilizá-las sem qualquer critério, estabelecendo argumentos destituídos de qualquer valor.

Embora isso pareça evidente, o fato é que as decisões, na prática, não aludem sequer às regras de experiência, e muitas vezes o juiz e as partes nem mesmo percebem a sua utilização. Portanto, a exigência de argumentação racional de validade das regras da experiência, embora imprescindível para a racionalidade da decisão e para o adequado uso do recurso, lamentavelmente não existe no cotidiano forense — o que é extremamente grave, especialmente quando considerada a dimensão da motivação das decisões (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 174).

É claro que, em se tratando de argumentos extraídos intuitivamente da observação da relação e da dinâmica entre os objetos, a probabilidade de estarem equivocados pode ser muito maior; contudo, é a sua explicitação discursiva percuciente na fundamentação da decisão que permite à parte o acesso à experiência do apontamento eficaz da aporia, demonstrando (até os limites linguísticos em que é possível fazê-lo) que aquela experiência tida por verdadeira não o é.

O jurista italiano Michelle Taruffo (2002, p. 561) elenca critérios que permitiriam o controle e, portanto, a refutação pelos participantes do espaço processual de determinadas regras da experiência comum. A regra da experiência necessariamente deve ser atual, ou

seja, recorrente no momento em que a decisão que dela se vale é proferida. Além disso, deve se referir ao que acontece em geral, extraída, pois, do senso comum da comunidade em que o fato está inserido.

O seu controle poderia se dar também pela verificação da base empírica que fundamenta tal “observação do que normalmente acontece”, seja para pleitear contra a adoção de determinada máxima ou apenas para pugnar que o grau de probabilidade com que se a considera seja reduzido. Para tanto, a parte pode contrastar dados empíricos que demonstram não haver a recorrência necessária para torná-la uma regra da experiência ou que, ao contrário, os fatos demonstram regra inversa.

Prosseguindo, é de se registrar também que, embora a reforma do Código de Processo Civil tenha declaradamente se voltado a findar com a *liberdade* do convencimento motivado do julgador — seja na apreciação de provas, seja na interpretação do direito —, nesta primeira fase da fundamentação da sentença, reduziu a dimensão vinculante das hipóteses de tarifação prévia, geral e abstrata da prova, permitindo que sejam, ao menos a partir de análise sistemática do Código, temperadas pelas “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”.

É que, se, no Código de Processo Civil de 1973, a lógica espontânea só seria invocável porque aprecia o acervo probatório “em falta de normas jurídicas particulares”, no novo diploma processual, passou a ser um critério geral a condicionar o sistema de valoração das provas o convencimento motivado.

Para fins de tornar a exposição mais didática, vale a transcrição do antigo e do novo dispositivos, respectivamente:

Art. 335. *Em falta de normas jurídicas particulares*, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial (destacamos).

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Conforme se depreende, continua sendo certo que, mesmo após a alteração legislativa, as máximas da experiência não podem servir de argumento solipsista para simplesmente desconsiderar a existência de uma prova no processo, ou para simplesmente dar ganho de causa a determinada parte, mesmo tendo produzido provas menos persuasivas a corroborar sua argumentação fática. No entanto, com o advento do novo Código de Processo Civil, tornou-se ainda mais explícito que elas poderão servir como argumento (desde que se explicitem em qual regra da experiência comum se fundam, como as exemplificadas acima) para atribuir maior ou menor valor probatório às provas trazidas ou produzidas no processo, sejam elas (provas) quais forem — frise-se, ainda que prevista entre as reminiscências de prova tarifada no sistema jurídico-processual.

É necessário registrar, contudo, que, caso a decisão se pautem em regra da experiência não suscitada pelas partes, sobre a qual não tenham tido oportunidade prévia de se manifestarem, será imprescindível dar cumprimento ao disposto no art. 10 do Código de Processo Civil, evitando que sejam surpreendidas por fundamento não submetido ao contraditório e oportunizando-lhes contribuir efetivamente para a construção da decisão estatal.

5 Considerações finais

Conforme buscamos explicitar no presente artigo, o Código de Processo Civil de 2015 destinou atenção especial à fundamentação do provimento jurisdicional e teve como norte teórico condutor as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, no sentido

de assegurar que o veredicto reflita o efetivo debate travado entre as partes do processo.

Não obstante, embora se tenha visado explicitamente findar a *liberdade* do convencimento motivado do juízo, não é possível dizer que a simples supressão de uma palavra (livre), sem alterações estruturais correlatas no sistema processual, alterou o sistema de valoração probatória do livre convencimento motivado, especialmente considerando que o adjetivo em questão nunca significou ausência de parâmetros de controle, mas sim uma evolução de vetustos sistemas de valoração de provas, quais sejam o da prova tarifada e o do livre convencimento.

Em outras palavras, a liberdade do convencimento motivado nunca foi sinônimo de arbítrio, mas sim, respectivamente, em relação aos sistemas anteriores, de **maior** liberdade na valoração probatória em relação a previsões legislativas gerais e teorias probatórias abstratas (*a priori*) e **maior** vinculação à realidade demonstrada no caso concreto pela atividade processual das partes.

Não significa dizer que o Código de Processo Civil de 2015 não trouxe avanços relevantes quanto à matéria. Foi possível demonstrar que, em concretização do ampliado princípio do contraditório — traçado pelo Código em seus artigos inaugurais com novos contornos, não só como garantia de informação e reação, mas efetiva influência e não surpresa (arts. 9º e 10) —, procedeu-se a alterações significativas.

A primeira delas, de caráter mais prático e sensível na atividade forense, consistiu na supressão da possibilidade de o julgador considerar fatos e circunstâncias dos autos ainda que não alegados pelas partes.

A segunda delas, mais sutil, embora de repercussão mais extensa na seara probatória, quando assimilada na prática forense: as regras da experiência ordinária deixaram a estatura subsidiária do CPC/1973 e foram alçadas a critério geral de valoração das provas a condicionar

o sistema do (livre) convencimento motivado, de modo a enaltecer, e não restringir, a liberdade a que se refere esse sistema, já que, tendo como medida a racionalidade ordinária, proporcionam maior adesão do provimento à realidade (re)constituída a partir da atividade das partes no processo.

6 Referências

BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Academia Brasileira de Direito Processual. *Artigos*. 2017. Disponível em: www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.doc. Acesso em: 10 abr. 2018.

MAGALHÃES, Joseli Lima. O princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais como direito fundamental à concretização da democracia e suas conexões com o princípio do contraditório. *In*: EN-

CONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais_fortaleza.html>. Acesso em: 2 dez. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 76, p. 114-126, 1994.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. Uma análise hermenêutica dos avanços trazidos pelo novo CPC. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, UFRJ, v. 2, n. 1, 2016.

TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *In: _____*. *Sui confini – scritti della giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

3. Contraditório – garantia à decisão justa e democraticamente construída

Flávia Maria de Freitas Cherem

Oficial de Apoio Judicial do TJMG.

Doutoranda em Direito na Universidade de Buenos Aires – UBA. Especialista em Ciências Penais pela Fundação Escola do Ministério Público. Especialista em Direito Público, Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

1 Introdução

O Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105/2015, foi elaborado e aprovado com a intenção de se adequar à Constituição de 1988 e solucionar o acúmulo de processos no Judiciário devido a uma resolução de conflitos morosa, tentando ajustar-se a um modelo constitucional de processo e a uma junção de *Civil Law* com *Common Law* através do sistema de precedentes.

Com relação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o novel Código de Processo Civil buscou efetivar a democracia processual, proporcionando às partes uma postura mais ativa e participativa no processo. Em conjunto com o magistrado, podem cooperar, mesmo que na defesa de interesses próprios (agir estratégico), alcançando, assim, o correto deslinde do feito.

Dentro dessa perspectiva, o novo Código buscou trabalhar e desenvolver alguns princípios processuais constitucionais basilares, concretizando seu propósito de efetividade processual. Dentre eles estão o Princípio da Primazia do Mérito, Princípio do Contraditório e seus desdobramentos, Princípio da Boa-Fé Processual, Princípio da

Fundamentação das Decisões e o Princípio do Formalismo Democrático.

Nessa sistemática, destaca-se o Princípio do Contraditório, base para todos os desdobramentos, considerados avanços no novo Código de Processo Civil, todos de suma importância para a realização do processo nos ditames do ordenamento constitucional democrático.

Doutrinariamente muito se discute sobre o direito fundamental de acesso à justiça. Referido direito vai além de mero acesso ao Judiciário. Consagra-se o direito ao acesso a um provimento jurisdicional justo e democraticamente construído.

Anteriormente à nova ordem processual, o processo, visto como uma relação triangular estabelecida entre autor, juiz e réu, desenvolvia-se concretamente apenas no plano linear, haja vista que ao Juiz era colocada a tarefa de mero ouvinte das partes.

Não obstante, o processo, ainda que entendido como procedimento realizado em contraditório, garantindo-se justa paridade simétrica entre as partes, ainda não alcançava o intento proclamado pelo Estado Democrático de Direito revelado pelo ordenamento constitucional pátrio.

Finalmente, o processo hoje se dirige com a participação efetiva de todos os envolvidos, e seu fim último é a decisão que garanta resultados efetivos do direito. Essa efetividade somente é alcançada através do novo contraditório, que, na sua mais nova essência, é a garantia constitucional de uma decisão justa e democraticamente construída.

2 Processo e Constituição

Contemporaneamente, não é mais possível visualizar o processo civil sem antes considerarmos a Constituição da República Fe-

derativa do Brasil. É tarefa precípua examinar a sistemática processual e os institutos processuais civis à luz da Constituição e das relações a ela correlatas.

Constituição e processo estão intrinsecamente ligados e exercem um sobre o outro grande influência. Essas relações se expressam na tutela constitucional do processo e na efetividade que o Processo Civil deve dar aos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem.

A nova lei processual, seguindo as premissas maiores ditas pelo ordenamento constitucional, considerou problemas mais próximos à vida das pessoas, seja inserindo novos institutos ou alterando a disciplina de institutos processuais já existentes. Tudo isso se deve ao anseio de se alcançar o que é justo, fim do direito.

Trata-se de árdua tarefa que invoca toda a coletividade jurídica para essa construção, buscando harmonizar os entendimentos na jurisprudência com os mecanismos processuais estruturados pela lei processual.

A sociedade passou por mudanças significativas a partir da segunda metade do século XX. Novos direitos e lides foram surgindo ao longo dos anos, sendo as mudanças legislativas insuficientes para atender tal demanda. As leis tornam-se vagas e algumas expressões antes próprias dos civilistas passam a circundar os processualistas.

A solução jurídica passa a reclamar uma atuação mais intrínseca do magistrado, que deixa de ser apenas “a boca da lei”. As novas circunstâncias sociais e econômicas reclamam a tomada rápida de decisões, seja na vida privada, seja no ambiente público, desencadeando um sem-número de pretensões.

Nesse novo cenário, os valores mudam, evoluem. De um lado, há uma sociedade voltada para os interesses pessoais, sua satisfação imediata, urgente, que reclamam soluções a curto prazo, caracterizam um estado de urgência, revelando uma ansiedade premente. Do outro,

não se pode negar que há um reencontro com valores humanistas, esquecidos durante a primeira metade do século XX.

Isso tudo leva ao aumento da procura pelo Judiciário, principalmente em questões que, antes, não eram judicializadas. Muitas são as matérias cujas soluções poderiam ser dadas por outros órgãos estatais, mas que, devido à sua lentidão e inoperância, impelem os cidadãos a buscarem resposta perante a Justiça estatal, deflagrando o fenômeno da hiperjudicialização.

Se, de um lado os operadores do direito constatarem um aumento no número de demandas, de outro, também há um instrumento para dirimir os conflitos: as normas constitucionais, com força normativa suprema.

Segundo a lição de Medina:

Gradativamente, tem início uma ‘descoberta’ da norma constitucional, um movimento como que a se perscrutar o que há por trás daquilo que a envolvia, encontrava-se oculto ou adormecido. Passa-se a admitir que a Constituição impera não apenas nas relações existentes entre cidadãos e Estado, mas também naquilo que antes se resolvia no ambiente privado, entre cidadãos (MEDINA, 2017, p. 254).

Assim, o cotidiano dos juristas passa a ser contemplado a partir dos olhos da Constituição. O ordenamento jurídico encontra-se sob o pálio da constitucionalização do direito, calcado em princípios, primado do verdadeiro estado constitucional democrático e de direito.

Nesse desiderato, o Código de Processo Civil, visando atender aos reclames constitucionais, cuidou de introduzir em sua sistemática vários princípios elencados na Constituição da República Federativa do Brasil, consagrando a tutela constitucional do processo.

Na lição de Dinamarco,

a tutela constitucional do processo é feita mediante os princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele. Trata-se de imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país (DINAMARCO, 2004, p. 208).

Em contrapartida, o sistema processual materializa a tutela constitucional, projetando efetividade às normas constitucionais. Esse processo de operacionalização do processo sob a ótica constitucional acaba gerando mudanças informais através dos julgados dos tribunais, que terminam por alterar substancialmente o significado das normas constitucionais.

Essa influência indireta do processo sobre a Constituição advém da tarefa diária desenvolvida nos juízos e tribunais. A Constituição apresenta-se como a fonte de onde emana toda a ordem jurídica nacional, sendo a legislação infraconstitucional seu desdobramento, dando-lhe efetividade.

3 Processo e procedimento

O novo Código de Processo Civil, calcado nos valores constitucionais, objetiva sobrepujar a ultrapassada dicotomia antes existente entre o público e o privado no processo, implementando uma teoria normativa da participação com fins numa maior efetividade dos direitos e acesso à justiça.

O novo diploma legal inaugurou uma nova ordem, fruto de um regime democrático que, como dito alhures, superou a dicotomia público-privatista, de onde emerge um novel Direito Processual brasileiro.

O delineamento proposto pela sistemática do Código de Processo Civil de 2015 conclama todos à busca de um processo formado sob a ótica de um procedimento participativo/cooperativo, par-

tindo das linhas mestras dos direitos fundamentais, de tal forma que de todos os envolvidos sejam exigidas responsabilidades de um lado, e, do outro, seja garantida a efetiva participação em busca de uma solução justa.

Esse novo olhar lançado sobre o Processo Civil é extremamente necessário para o desenvolvimento válido e regular do procedimento. Nesse sentido, segundo Humberto Theodoro Júnior *et al.*:

Se, de um lado, ocorre uma otimização da direção dos juízes, mediante técnicas de gestão processual do conflito, de outro, permite o exercício da autonomia privada das partes mediante o uso de convenções de procedimento (cláusula de negociação processual - art. 190). Amplia-se o debate contraditório (art. 10) e, com isso, fortalece-se a fundamentação adequada (art. 489), de modo que as decisões possam melhor servir de substrato para um sistema que se vale dos precedentes como técnica decisória (arts. 926-927) (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 20).

Na situação em epígrafe, vislumbram-se decisões mais bem fundamentadas e justas, prolatadas dentro de um prazo razoável, emanadas do intenso debate processual pautado nos ditames do processo democrático.

Esse viés democrático que permeia todo o Processo Civil brasileiro convoca a cooperação/comparticipação entre o juiz e as partes, promovendo um debate com vistas à redução do tempo processual, possibilitando decisões mais bem construídas, provocando uma diminuição dos recursos.

O processo caracteriza-se como uma espécie de procedimento dotado de multiplicidade de particularidades que levam a um provimento final.

Nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves, “o procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam,

em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento” (GONÇALVES, 1992, p. 43).

Para tanto, vale-se da participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento, constituindo uma específica estrutura legal que inclui essa participação, de onde se extrai o predicado que identifica o processo, que, segundo Gonçalves, é o ponto de sua distinção: “A participação dos interessados, em contraditório [...]” (GONÇALVES, 1992, p. 113).

Sob esse prisma, chega-se à conclusão de que “o processo é ‘espécie’ de procedimento realizado através do contraditório entre os interessados, que, no processo jurisdicional, são as partes” (GONÇALVES, 1992, p. 114).

A partir da intelecção dos preceitos formulados pelo mestre Aroldo Plínio Gonçalves, existirá processo sempre quando as partes estiverem realizando o procedimento em contraditório, em simétrica paridade de participação nos atos que desaguarão no provimento. O procedimento constitui uma estrutura completa em que são reunidos e ordenados coerentemente os vários aspectos que envolvem a manifestação dessa atividade fundamental do poder.

4 Do contraditório

A ideia de contraditório não é recente. Rudolf Von Jhering já reclamava a justiça no processo, dando às partes armas iguais, distribuídas com igualdade a sombra e a luz. Nessa seara, o contraditório oferece ao magistrado melhores esclarecimentos, oportunizando às partes fazerem-se ouvir.

Não se trata apenas de mera audiência das partes, mas de efetiva garantia de participação delas, realizando justiça interna no processo, distribuindo as mesmas oportunidades com igualdade às partes, legitimando o contraditório.

O magistrado, nesse ínterim, exerce papel fundamental, uma vez que é o sujeito que possui a titularidade de todos os provimentos emitidos no curso do procedimento, através das decisões proferidas e dos outros inúmeros atos processuais que a lei lhe reserva, mirando o ato final, dele participando efetivamente.

Na lição ímpar de José Carlos Barbosa Moreira, o juiz não se limita a “uma postura de estátua” (MOREIRA, 1988, p. 380, 394). Uma participação mais efetiva dos juízes é um direito que assiste à sociedade, para o qual o legislador deve ser sensibilizado e despertado.

O contraditório não se traduz em mera participação no processo. Essa visão do contraditório era corrente logo quando se consagrou como garantia processual. Hoje, o contraditório constitui forma de legitimação de poder, uma vez que, por meio dele, os atos tornam-se idôneos, porque se desenvolvem conforme a Constituição e a lei processual, com a participação essencial de todos os sujeitos interessados.

Como acentua Dinamarco (2004, p. 234), o contraditório detém dupla destinação:

A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo — jurisdicional ou não (art. 5º, inc. LV) — significa em primeiro lugar que *a lei* deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o *juiz* deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve *participar* da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele o próprio contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz (DINAMARCO, 2004, p. 234).

Observa-se, a partir da lição de Dinamarco, que o contraditório estendeu-se também ao juiz, tendo em vista a função que desempenha no curso do processo, deixando de ser mera faculdade, mas um verdadeiro imperativo. Para ele, o juiz não tem faculdades no processo, se-

não deveres e poderes, devendo observar o contraditório e o princípio em tela.

O contraditório exercido pelo juiz se traduz em atos de direção, de prova e de diálogo, concretizando uma efetiva participação no processo. Sob essa ótica, assevera Dinamarco:

Tal é a perspectiva do *ativismo judicial*, que vem sendo objeto de ardorosos alvites nos congressos internacionais de direito processual, marcados pela tônica da efetividade do processo. Opõe-se aos postulados do *adversary system* prevalente no direito anglo-americano, onde o juiz participa muito menos (especialmente no tocante à colheita da prova) e desenvolve-se, como se diz, *a relatively passive role* (DINAMARCO, 2003, p. 241).

A direção do processo, inicialmente, é exercida quando a lei determina ao magistrado que dê impulso ao procedimento, o conhecido impulso oficial, uma vez que o processo é meio pelo qual se exerce uma função pública — a jurisdição. Expõe Medina: “põe-se a jurisdição a atuar, com o intuito de dar fim à lide, realizando os princípios e garantias decorrentes do *due process of law*” (MEDINA, 2017).

Nesse diapasão, não pode prosperar a paralisação *ad eternum* do processo por falta de iniciativa ou omissão dos litigantes, devendo o juiz, nesse caso, encaminhar o processo, segundo as regras do procedimento, para alcançar o objetivo da função jurisdicional, qual seja a sentença de mérito no processo de conhecimento, entrega do bem na execução forçada.

Aliás, o art. 4º do CPC estabelece que as partes têm direito à duração razoável do processo, obtendo a solução do mérito. Para tanto, esse trabalho deve engajar todos os envolvidos a fim de que seja fruto de um esforço comum realizado entre o juiz e as partes.

Nesse ponto, é elucidativa a asseveração de Medina:

Seguindo a teoria das relações de *status*, o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional através da demanda corresponde ao denominado *status positivo* (ou *status civitatis*). Mas o *status positivo* não esgota o papel das partes no processo. No *status passivo* (ou *status subiectionis*) leva-se em conta a sujeição do indivíduo ao Estado; no *negativo* (*status libertatis*), frente ao Estado (MEDINA, 2017, p. 322).

O *status libertatis* está relacionado com a faculdade de estar em juízo, assinalando o começo da atividade jurisdicional. No entanto, por outro lado, ao empreender a demanda, a parte busca a prestação jurisdicional que lhe deve ser conferida pelo Estado (*status positivo*), podendo seu pedido ser ou não julgado procedente, e a esse resultado se submeterão as partes, manifestação do *status subiectionis*.

Por sua vez, às partes é reconhecido o seu *status processualis*, conferindo-lhes o direito de participar no processo, influenciando decisivamente no fadário do processo. Revela-se de grande importância a participação ativa das partes, influenciando no convencimento do magistrado, contribuindo adequadamente para com o trâmite processual. Essa atuação das partes é verdadeira manifestação do *status activus processualis*, revelando-se de grande importância no Estado Democrático de Direito.

Medina (2017, p. 321) destaca que

a manifestação mais rudimentar do princípio do contraditório dá-se através do binômio ‘informação + reação’. Nesse contexto, refere-se o art. 9º do CPC àquela que, segundo pensamos, é a manifestação mais básica do contraditório: o direito de ser ouvido (MEDINA, 2017, p. 321).

Sob essa ótica, encontra-se o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, e II, da CF e art. 7º do CPC), delegando ao juiz o poder de decidir apenas nas argumentações de uma das partes, promovendo um tratamento desigual.

Theodoro Júnior *et al.* pontuam uma influência positiva para o processo, conforme situação transcrita:

[...] afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo, induzindo a convivência de poderes diretivos e gerenciais do juiz com uma renovada autonomia privada das partes e dos advogados (como *v.g.*, na cláusula de negociação processual - art. 190), mediante balizas do contraditório como garantia de influência (art. 10) e na fundamentação estruturada (art. 489) que fomentarão o melhor debate de formação decisória e poderá permitir a diminuição das taxas de recursos, além de impor a diminuição do retrabalho processual na medida em que todos deverão exercer na primeira vez sua atividade com alta responsabilidade (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 80-81).

Essa reflexão parece contundente com a nova sistemática ditada pelo Código de Processo Civil, que ampliou o alcance do contraditório, permitindo que os interessados possam influir incisivamente no destino do processo. De um lado, tem-se o direito de manifestar, de ser ouvido; de outro, o direito de ter suas manifestações levadas em consideração, garantindo às partes o direito de participar ativamente na busca de uma decisão justa.

É lógico que o contraditório, conforme se encontra estampado no novo Código de Processo Civil, não tem mais o mesmo significado de outrora, concebido à época do direito liberal. Nessa fase, mesmo o Estado estando proibido de dedicar tratamento distinto às diferentes posições sociais e sendo o próprio direito de ação enxergado como apenas o direito de se propor a demanda, o contraditório resumia-se apenas a mera garantia de conteúdo formal. Não havia uma efetiva realização do contraditório nos moldes de hoje, uma vez que não se previa a possibilidade de influência e dever de diálogo público do juiz para com as partes.

Atualmente, a jurisdição legitima-se através dessa participação, uma vez que traz para o processo a verdadeira democracia, consistente no direito de as partes construírem a decisão, participando ativamente do processo. Há uma real participação, não reduzida apenas à possibilidade formal, uma vez que as normas processuais do novo Código de Processo Civil garantem a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial.

Não podemos olvidar que há discriminações necessárias a fim de se garantir uma verdadeira participação igualitária entre as partes. Nesse sentido, apontam Arenhart, Marinoni e Mitidiero que

[...] o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Isso porque, como é evidente, sem igualdade entre as partes, obviamente, o contraditório não pode se desenvolver efetivamente (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 445).

Nesse ponto, crucial trazer à baila a doutrina italiana da participação com paridade de armas, em que não é possível falar em legitimidade do poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui condições efetivas de influir sobre o convencimento do juiz. Assim, um processo desenvolvido sob uma condição de desigualdade não seria um processo justo ou um processo democrático.

Portanto, seguindo essa teoria, pode-se afirmar que as partes, além de ter o direito de participar do processo, hão que fazê-lo com absoluta paridade de armas, buscando um direito efetivo, e não apenas aparente. Para tanto, ao lado das garantias constitucionais formais, encontram-se as garantias sociais, destinando acessibilidade, ao con-

trário de se revelarem apenas uma previsão para a parte menos favorecida.

Mesmo diante dessa base sensível, é importante relevar que a paridade de armas não implica absoluta identidade entre os poderes reconhecidos às partes, muito menos uma perfeita simetria de direitos e obrigações. O que se combate são as diferenças de tratamento, e, quando elas necessariamente devam existir, que sejam justificáveis racionalmente à luz de critérios de reciprocidade, evitando um desequilíbrio em prejuízo de uma das partes.

No Código de Processo Civil de 1973, era inexistente a possibilidade de modificação quanto ao ônus da prova em face das peculiaridades do caso, levando muitos a acreditarem que essa oportunidade seria relegada apenas às relações de consumo.

Atendendo aos reclames da mais renovada doutrina, o novo Código de Processo Civil, no art. 373, § 1º, deu luzes à inversão do ônus da prova, em que o juiz, diante das peculiaridades da causa, pode atribuir o ônus da prova de modo diverso, fazendo-o em decisão fundamentada, devendo as partes ser comunicadas, para que seja efetiva e se realize o contraditório. Essa notificação confere concreta idoneidade ao rito procedimental, proporcionando efetivo conhecimento do sujeito interessado.

Arenhart, Marinoni e Mitidiero entendem haver a possibilidade de se moldar o procedimento conforme as especificidades do caso concreto. Para os insignes processualistas,

A participação adequada é realmente prestigiada, assumindo outra dimensão, quando se percebe que o procedimento pode ser construído segundo as necessidades do caso concreto, ao contrário do que ocorria à época em que a rigidez das formas era garantia imprescindível da segurança das partes. As chamadas normas processuais abertas, instituídas para dar ao autor a oportunidade de utilizar técnicas antecipatórias de distribuição probatória, técnicas sentencias e executivas segundo as neces-

sidades do caso concreto, constituem normas que objetivam potencializar a participação do autor no processo (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 448).

Ainda que nessa participação as normas se dirijam primeiramente ao autor, à medida que elas forem se desenvolvendo, será concedida participação recíproca à parte adversa, que fica com o direito de impugnar as argumentações feitas pelo autor, exatamente nos ditames do contraditório.

A paridade de armas não consiste em dar às partes os mesmos poderes, até porque, caso assim fosse, poderíamos concluir que elas não têm diferentes necessidades. O que realmente importa é que “tais poderes tenham fundamento racional na diversidade das necessidades das partes e que, diante de qualquer poder conferido a uma delas, outorgue-se à outra o correlato poder de reação” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 449).

Para alcançar tal intento, é necessário que se propicie às partes oportunidade de participação real e efetiva na realização dos atos preparatórios da decisão judicial. Não obstante, o contraditório, contemporaneamente, é o verdadeiro pilar do processo civil, permitindo às partes a participação ativa no desenvolvimento do processo para se alcançar uma decisão justa e democraticamente construída. Depreende-se que o órgão jurisdicional deverá manter diálogo frequente com as partes.

Percebe-se, mais uma vez, que a busca pela solução de mérito é resultado de cooperação, em que as partes e juízes devem cumprir com mister seus deveres. O processo assume uma postura dinâmica, viabilizando, tanto quanto possível, o alcance da solução de mérito. O princípio da cooperação ou da colaboração exige do juiz uma nova postura diante do processo.

O processo não se resume tão somente a despachos e decisões, mas realiza-se através de uma atividade cooperativa entre todos os

envolvidos, em que cada um, movido por seus interesses, dirige-se ao alcance de uma decisão justa e democraticamente construída.

É de crucial importância que as partes cooperem entre si, atuando com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que possam levar à extinção do processo sem julgamento de mérito, agindo mutuamente com transparência.

A constitucionalização do direito processual civil pulverizou em todo seu corpo normativo vários princípios ditados pela Constituição Federal. Consagrado no art. 6º do CPC, o princípio da cooperação preconiza que todos os sujeitos do processo devem colaborar entre si com vista à solução do litígio. Por sua vez, todos são responsáveis pelo processo, sendo que o juiz assume postura ativa no contraditório, deixando de ser mero fiscal de regras e atos burocráticos.

Conforme doutrina de Fredie Didier Júnior,

Atualmente, prestigia-se no Direito estrangeiro, mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal, e já com algumas repercussões na doutrina brasileira o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente colaborador do processo, de participante ativo do contraditório, e não mais a de um mero fiscal de regras (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 75).

Consectário legal também da realização do processo como procedimento em contraditório é o princípio da não surpresa, com previsão no art. 90 do CPC. Sob os auspícios desse princípio, a respeito daquelas questões que venham à tona durante o processo, que possam, de alguma forma, influenciar o resultado da causa, deverá ser oportunizado às partes momento para se manifestarem nos autos, ainda que se trate de matéria de ordem pública. O princípio em análise revela mais uma das faces do contraditório, que, juntamente com o devido processo legal, permeia todo o novo Código de Processo Civil.

5 Conclusão

O contraditório foi definitivamente conquistado como um direito das partes, consagrado no Brasil como garantia constitucional, e se transformou em uma exigência da instrumentalidade técnica do processo. Revela a evolução da democracia e da liberdade, em que os interesses divergentes encontram espaço garantido para sua manifestação, na busca do provimento jurisdicional.

A função jurisdicional, na sistemática processual anterior, não permitia a participação dos envolvidos na relação processual na preparação da sentença, projetando-se na figura do juiz, o grande responsável para retificar as injustiças do Direito.

Essa visão foi descortinada pelos novos ares que o novo Processo Civil brasileiro alcançou, tornando possível a participação dos interessados na formação da sentença, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, revelando o porquê, como, por que forma e em que limites o Estado atua para proteger direitos, negar os pretensos direitos e também impor condenações. Nesse sentido, deve-se dizer que a instrumentalidade técnica do processo, que possibilita a participação dos destinatários do provimento no *iter*, é repensada em uma nova dimensão.

O processo alcançará seu escopo quando, na preparação do provimento, se garanta a participação de todos os sujeitos nele envolvidos, em contraditório, constituindo medida de justiça, com a prolação de uma sentença participada, assegurando às partes o respeito à sua dignidade e liberdade, de tal forma que elas recebam uma resposta jurisdicional democraticamente construída.

Impende salientar que a ciência processual vem se desenvolvendo cotidianamente. Não se encontra cristalizada ou imobilizada no

tempo. Nota-se um aperfeiçoamento contínuo de suas técnicas, tendo em vista que as transformações no mundo humano são permanentes e a realidade humana está em constante progresso.

A ciência processual, na fé que lhe cerca através da confiança em sua racionalidade, há de buscar respostas ainda não encontradas. Porém, é fundamental que haja um esforço conjunto, convocando todos os operadores do direito à reflexão das construções herdadas do passado e sua adequação no momento presente, para que os resultados alcançados possam sempre estar à disposição da sociedade.

Um processo verdadeiramente democrático, sustentado sobre as bases da isonomia substancial, reclama uma participação ativa do juiz. A atuação do magistrado concede segurança às partes, operando-se de forma intensa. O exercício do poder jurisdicional é legitimado pela participação das partes, destinatárias dos efeitos da decisão. Assim, é de fundamental importância que essa participação seja igualitária, legitimando a própria atuação do juiz.

A participação do magistrado, através de sua postura ativa, fortalece o contraditório, conduzindo o processo a um resultado justo. A transformação da concepção de direito fez surgir um positivismo crítico, oferecendo ao juiz a possibilidade real de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição, mediante adequada e idônea interpretação da norma jurídica.

Dessarte, a renovação e brilhantismo do novo Processo Civil brasileiro, mais precisamente do contraditório, possibilita alcançar uma decisão justa e democraticamente construída, em que não mais se nega, mas se reconhece o conflito, buscando resolvê-lo com a participação de todos os envolvidos na relação processual.

6 Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Teoria do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de processo*, São Paulo, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

4. O acesso à justiça e a celeridade processual: o alcance de uma justiça efetiva, justa e igualitária

Gisele Luiza Soares Moura

Servidora do TJMG.

Mestranda em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro (FJP).

Especialista em Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes.

O objetivo deste estudo é o de analisar o sistema de justiça sob a ótica do acesso à justiça e da celeridade processual. Para isso, o que se discute é a necessidade de se garantir a universalização e a democratização do acesso à justiça, bem como a prestação de uma tutela jurisdicional com duração razoável, sem dilações desproporcionais e indevidas.

Para isso, o que se espera do Judiciário é que a demanda atendida por ele represente, de fato, um aumento do acesso aos direitos pelos cidadãos, por meio da construção de uma justiça célere, igualitária, justa e efetiva.

Pesquisas internacionais apontam que, comparativamente, em sociedades com significativa desigualdade econômica e social, existe alta probabilidade de desconhecimento de direitos por amplas camadas da população, notadamente por parte dos que estão em situação de vulnerabilidade (SADEK, 2014, p. 58). Tal contexto se apresenta como um obstáculo para a democratização do acesso à justiça no Brasil, que é marcado pela desigualdade social e pela concentração de renda nas mãos de uma seleta minoria. No Brasil, uma parcela significativa da população encontra-se em um ciclo de restrições, sem acesso a políticas públicas favoráveis, com qualidade insuficiente do serviço público e com limitações no acesso aos sistemas de saúde, moradia e educação.

É inegável que, sem a integração dos indivíduos que estão em situação marginalizada e que, muitas vezes, desconhecem os direitos que lhes são proclamados, a justiça se mostra incapaz de fomentar a inclusão, de gerar bem-estar social e desenvolvimento da cidadania.

Nesse sentido, Boaventura Santos aponta as discrepâncias existentes entre a justiça civil e a justiça social, ao explicar que

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais [...]. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. [...] Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal. [...] Em terceiro e último lugar, [...] quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável é que saiba onde, como e quando pode contactar o advogado (SANTOS, 1999, p. 148 -149).

Por razões como essas, emerge a necessidade de modernização e de desburocratização dos procedimentos e do sistema processual, tornando mais simples o acesso à justiça e a efetivação das decisões, sem olvidar características como a qualidade, a efetividade e a prestação jurisdicional.

Para tanto, além de alterações legislativas importantes, como a implementação do Código de Processo Civil, há a necessidade de investimentos do poder público e de maior gestão administrativa da justiça, por meio de disponibilização de meios materiais para viabilizar a celeridade processual, de eficiência administrativa da justiça e de

estrutura normativa, alinhada à brevidade processual e ao banimento do tempo patológico.

Para aprofundar a discussão proposta, o presente estudo organiza-se em quatro seções. A primeira almeja entender o conceito e a abrangência da expressão “acesso à justiça”, bem como o seu desenvolvimento e os contornos adquiridos ao longo do tempo. Na segunda seção, por sua vez, retrata-se o acesso à justiça no Brasil e busca-se delinear, em linhas gerais, o cenário da tutela jurisdicional no país. A terceira seção indica a importância de se garantir a celeridade processual e mostra como as inovações legislativas, notadamente as implementadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e pelo Código de Processo Civil, promovem a concretização empírica de tal princípio. Por fim, na quarta seção, são apresentadas algumas conclusões sobre o estudo realizado.

1 O acesso à justiça

O acesso efetivo à justiça é uma garantia que ultrapassa os limites territoriais pátrios, pois se relaciona com a consolidação de uma sociedade mais igualitária e com a construção de um Estado Democrático. Segundo Boaventura Santos, o acesso à justiça é um direito primordial, pois sua denegação acarretaria a de todos os outros, uma vez que nenhum dos demais é concretizado na sua ausência (BOAVENTURA SANTOS, 1999, p. 146).

Antes de ser previsto no bojo constitucional ou processual, o acesso à justiça já encontrava guarida, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Até mesmo na Grécia antiga e em Roma, existiam regras para assegurar o acesso aos tribunais por parte dos indivíduos menos favorecidos.

Contudo, definir o conceito e abrangência da expressão — acesso à justiça — é uma atividade complexa. Segundo Cappelletti e Garth

(1988), a definição dessa expressão ou conceito “serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico [...], primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. O termo abrangeria, portanto, o “sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 3).

No entanto, o acesso à justiça não se limita ao uso do Judiciário para solução de conflitos sociais, pois significa um “horizonte muito mais vasto, a vislumbrar uma sociedade mais justa e igualitária” (MORONA, 2013, p. 352). É inegável que ocorreram mudanças importantes na compreensão da expressão “acesso à justiça”, que, inicialmente, era vista como um direito natural do indivíduo que não carecia de uma ação estatal para garantir a sua efetividade.

Na sociedade moderna, entretanto, os direitos passaram a ser entendidos sob um aspecto mais coletivo, e o Estado assumiu papel ativo como garantidor dos direitos. Nesse sentido, a consolidação do sistema de justiça perpassa por garantir não apenas a declaração da existência de um direito, mas a implementação concreta do acesso à justiça. Desse modo, tal direito engloba a ideia de que a tutela jurisdicional seja justa, célere, igualitária e efetiva, e que a decisão judicial proferida seja realizável no mundo real.

Cappelletti e Garth (1988) perceberam um cenário em que os indivíduos, notadamente os mais carentes, para serem de fato cidadãos e alcançarem a garantia de direitos (a igualdade não apenas formal e o acesso à justiça), deveriam, antes, superar alguns obstáculos, os quais são explicitados por eles por meio das três ondas, que serão detalhadas a seguir. Tais ondas constituem barreiras de acesso, dificuldades mais constantes em causas menos complexas, envolvendo autores individuais e em situação de pobreza, diferentemente do que ocorre, em média, com os litigantes organizacionais.

Os autores identificaram, nos países ocidentais, o surgimento, a partir de 1965, e com certa sequência cronológica, de três propostas práticas para a solução dos obstáculos de acesso à justiça. Essas três propostas, conhecidas como as três ondas, representam medidas concretas que deveriam ser efetivadas para melhorar o acesso à justiça.

A primeira onda se manifesta na garantia de assistência judiciária para os pobres e revela os esforços dos países para promover os serviços jurídicos para a população carente, a qual, muitas vezes, não tem consciência da existência de determinado direito. Nesse cenário, mudanças são necessárias, de modo que essa população tenha conhecimento da existência do direito, da possibilidade de demandá-lo judicialmente, bem como de saber pleiteá-lo perante o Judiciário, com compreensão da linguagem técnica jurídica. Há, portanto, o fortalecimento dos sistemas de assistência judiciária.

A segunda onda, por sua vez, abarca a ampliação da extensão do acesso à justiça, com a mudança do foco do direito individual (e dos pobres) para o alcance de direitos transindividuais, que é a justiça do interesse público. Por meio dessa ampliação, almeja-se que o Judiciário alcance um viés coletivo e social, de modo a ser demandado para solução de questões envolvendo direitos de grupos, de determinados segmentos e os direitos difusos, principalmente nas esferas de proteção ambiental e do consumidor.

Já a terceira onda abarca o enfoque de acesso à justiça, de forma mais articulada e com a simplificação dos passos procedimentais, para alcance da tutela jurisdicional e solução de litígios. Além disso, a terceira onda absorve os produtos positivos das duas ondas anteriores, como a tentativa de representação efetiva dos interesses da população pobre e dos interesses difusos, interesses esses que, ou não eram representados, ou eram, mas de forma precária.

Conhecida como abordagem de acesso à justiça, a terceira onda busca a informalização e a simplificação das leis e dos procedimentos

existentes nos processos judiciais e o incentivo à adoção de meios de solução extrajudicial de litígios, com o repasse de competência para sistemas informais, almejando a redução dos crescentes gastos gerados no sistema jurídico formal.

Segundo Cappelletti e Garth (1988), o surgimento e a ampliação dos direitos “exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis”. Nessa direção, a terceira onda “encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimentos e na estrutura dos tribunais e até mesmo a criação de novos tribunais”. Ademais, defende-se a incorporação do “uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto juízes como defensores, modificações no direito substantivo, destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução, e a utilização de mecanismos privados ou informais na solução dos litígios”.

Desse modo, a terceira onda “não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26). A terceira onda relaciona-se a uma concepção de acesso à justiça mais ampla e abrangente, por ir além dos limites do Judiciário, ao defender a inclusão da justiça informal e a simplificação da legislação.

Nesse sentido, ela desponta como solução viável à solução de conflitos, pela via da autocomposição e pelas vias judiciais ou extrajudiciais, por exemplo. Tal fato implica transformações legislativas e procedimentais que alcançam a organização judicial, os ritos processuais, a desburocratização, a especialização e a modernização do aparato judiciário como um todo.

A tridimensionalidade da questão do acesso à justiça é analisada por Economides (1999), que reflete sobre a simultaneidade da natureza: da demanda jurídica; da oferta desses serviços; e do problema jurídico. Nesse cenário, o autor expõe que a questão do acesso efetivo à justiça é algo complexo, que não pode se limitar a discussões acerca

do desconhecimento do direito e da ausência de recursos econômicos (pobreza) como fatores cruciais para o acionamento ou não do Judiciário.

Em congruência, há que se ressaltar a existência de outros obstáculos que impedem ou dificultam a utilização do serviço jurídico, bem como a possibilidade de os ricos solucionarem seus problemas de forma privada e informal, sem acionar, necessariamente, o Poder Judiciário.

Segundo o autor, “surgiu uma maior sofisticação metodológica, à medida que os pesquisadores começaram a entender e contemplar a relevância de determinadas barreiras para o acesso à justiça, principalmente as barreiras de caráter psicológico”, em que se destaca “o medo que as pessoas sentem em relação aos advogados e ao sistema judiciário” (ECONOMIDES, 1999, p. 66).

No tocante à demanda de acesso à justiça, foram delineados novos empecilhos, que, por sua vez, transcendem os aspectos econômicos. Com relação à oferta do serviço jurídico, é fundamental a compreensão da atividade desempenhada pelo advogado, como a natureza e o estilo do serviço prestado, bem como o alcance que as diferentes classes sociais possuem na contratação ou não de um procurador particular. O autor expõe, ainda com relação ao tipo de problema jurídico, que o “processo de julgamento individualiza artificialmente conflitos que, na realidade, se referem a grupos ou interesses mais amplos” (ECONOMIDES, 1999, p. 68).

Com isso, Economides (1999) propõe a existência de uma quarta onda e, para tanto, analisa o acesso à justiça centrado na própria justiça, por meio do acesso dos profissionais do direito à justiça. Ele defende uma mudança de foco, com o afastamento de questões envolvendo a demanda de acesso à justiça para focalizar o lado da oferta, uma vez que o autor percebe a existência de um hiato no que se refere à humanização dos profissionais do direito.

Nesse sentido, dois pontos são analisados. O primeiro diz respeito ao acesso do indivíduo à educação jurídica, ao ensino do direito e ao ingresso nas carreiras jurídicas. O segundo, por sua vez, está relacionado com o acesso à justiça por parte dos advogados e juízes, os quais são os operadores do direito e os profissionais que já estão inseridos na carreira.

Assim, o profissional jurídico deve possuir conhecimentos técnicos, mas o ensino jurídico acadêmico deve ir além, ao valorizar o ensino dos direitos humanos para formar agentes dotados de pensamento crítico, de comprometimento ético, de capacidade de interpretação das leis e de leitura da realidade econômica, social e cultural na qual estão inseridos.

Nesse cenário, é fundamental a humanização da grade curricular acadêmica para que se evidencie a relevância da atuação profissional pautada em interesses que vão além do interesse individual e do compromisso com a justiça. Dessarte, o que o autor propõe é a orientação da conduta dos profissionais jurídicos, embasada em uma forte convicção ética e imbuída de responsabilidade social, por meio da consciência do importante papel desempenhado na promoção da justiça, que, por sua vez, é indispensável para o efetivo acesso à justiça e expansão dos direitos já consagrados na legislação.

Vale ressaltar a necessidade de avaliar o papel dos obstáculos existentes, de forma a desenvolver instituições adequadas e efetivas para a solução e para a redução dos empecilhos existentes, pois as barreiras de acesso se diferenciam de acordo com a natureza da demanda e, portanto, a solução mais eficiente varia de acordo com o caso concreto. Assim, algumas causas são menos complexas, possuem valores menos expressivos ou, ainda, demandam solução mais célere.

Além disso, Cappelletti e Garth (1988) entendem que muitas barreiras de acesso à justiça estão inter-relacionadas, de modo que a tentativa de pôr fim a um obstáculo pode avivar outros problemas.

O acesso à justiça não pode ter como mote a legitimação política (na prestação da tutela jurisdicional) e profissional, e as reformas de acesso não podem se limitar a uma tentativa de reduzir os custos da disponibilização dos serviços jurídicos em detrimento de um desejo verdadeiro de valorizar a cidadania.

Desse modo, Economides (1999) indica que as tendências são a revisão dos procedimentos tradicionais, o melhor gerenciamento e o financiamento dos litígios, com a adoção de serviços jurídicos alternativos e a solução alternativa de conflitos (ECONOMIDES, 1999, p. 70). Nesse contexto, há espaço para a criação dos Juizados Especiais e para a adoção de: conciliação como forma prioritária de solução dos litígios, mecanismos que priorizem a mediação ou a interferência de forma apaziguadora entre as partes, arbitragem, entre outros.

2 O acesso à justiça no Brasil

Na década de 70, Cappelletti e Garth (1988) identificaram, em diversos países, quais eram as ondas que impediam ou dificultavam o acesso à justiça, perpassando por questões de ordem econômica e social, por direitos transindividuais e por novas formas de resolução de conflitos. Ocorre que, no Brasil, tais ondas aconteceram de forma quase concomitante após a promulgação da Constituição Federal da República em 1988, crucial para a democratização do acesso à justiça.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, conhecida como a Reforma do Judiciário, é a mais recente alteração legal no sentido de ampliação do acesso à justiça. Essa Emenda é responsável pela criação do Conselho Nacional de Justiça, além de promover o empoderamento de instituições necessárias à promoção da justiça, como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

No cenário brasileiro, a Carta Magna e as emendas posteriores são de suma importância, pois há o nítido compromisso de assegurar,

além do direito de acionar o Judiciário, as garantias, os direitos e os princípios constitucionais de prestação da tutela jurisdicional. É inegável a importância da previsão legal de um direito, mas a sua mera existência ou proclamação não significa a sua concretização no campo prático.

Para isso, é fundamental a existência de um Poder Judiciário competente, imparcial e independente, que respeite os princípios processuais, como o juiz natural, a inafastabilidade da jurisdição, o direito de petição, a isonomia processual e a igualdade das partes. Além desses princípios, precisa-se ainda respeitar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a segurança jurídica, a publicidade dos atos, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a duração razoável dos processos e a motivação das decisões, além de resguardar a dignidade da pessoa humana. Desse modo, o jurisdicionado será encarado como parte, como sujeito de direitos, e não como mero objeto processual.

Nesse cenário, em que pese a existência da Defensoria Pública, intimamente relacionada à primeira onda, ainda há no país um *deficit* de assistência jurídica, o que contribui para a dificuldade ou até para o impedimento de acesso ao Judiciário, notadamente por parte dos indivíduos que experimentam alguma exclusão social (desempregados, pobres, aposentados, homossexuais, negros, presos e outros).

Segundo Marona (2013), o atendimento da Defensoria Pública abrange os grupos que são “historicamente marginalizados”, não sendo destinado somente aos necessitados (MARONA, 2013, p. 352). A Defensoria Pública exerce, portanto, um papel importante no Estado Democrático de Direito e na ampliação do acesso à justiça, por meio de orientação e assistência jurídica integral.

Marona (2013) ressalta ainda que a assistência jurídica “transcende o juízo” para ser prestada “onde estiver o direito” e de forma integral, visando “coordenar os diversos grupos sociais” e, portanto, atuar também em defesa dos direitos coletivos (MARONA, 2013, p. 352).

Para além dos tribunais, a atuação da Defensoria é importante instrumento de emancipação popular e propulsor do alcance da cidadania, contudo, com características (estruturais, orçamentárias, de pessoal, etc.) muito heterogêneas no país. O atendimento prestado representa “menos da metade das comarcas no Brasil, metade delas em unidades da federação pertencentes às classes com IDHs baixo e médio baixo” (MARONA, 2013, p. 365), de modo que ainda existem regiões que não contam com sequer um representante da instituição.

Por sua vez, o Ministério Público possui atuação funcional muito relevante, como protagonista da defesa da sociedade e importante instituição de acesso à justiça, com ação em juízo e fora dele, principalmente para a defesa de direitos metaindividuais de qualquer classe social, marginalizada ou não. Sua atuação está relacionada à segunda onda, por ser órgão legitimado para defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como para promover a ação civil pública, proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Em ambos os casos, da Defensoria Pública e do Ministério Público, a atuação deve ser realizada de forma pulverizada, com esforços prioritários no sentido de prevenção de disputas e solução alternativa de litígios, em consonância com as previsões da terceira onda.

A celeridade processual caminha ao lado do acesso à justiça, considerando a necessidade de prestação de uma tutela judicial efetiva, eficaz e útil, sem dilações indevidas e sem violação de outras garantias, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a segurança jurídica. A expressão celeridade processual pode ser entendida como o exercício das “atribuições com rapidez, presteza e segurança, sem tecnicismos exagerados, ou demoras injustificáveis, viabilizando, a curto prazo, a solução dos conflitos” (BULOS, 2018, p. 334).

Nas palavras de Sadek (2014), “o direito de acesso à justiça implica que se considerem ao menos três etapas distintas e interligadas:

o ingresso, visando à obtenção de um direito; os caminhos posteriores à entrada e, finalmente, a saída”. Assim, a tutela jurisdicional deve ser prestada, no tempo e modo adequados, de forma que alcance a sua efetividade. A referida autora conclui que, nesse “sentido, o direito de acesso à justiça só se efetiva, quando a porta de entrada permite que se vislumbre e se alcance a porta de saída em um período de tempo razoável” (SADEK, 2014, p. 57).

Vinculada à terceira onda, a criação dos Juizados Especiais está nitidamente relacionada às questões sociais de acesso à justiça, sendo fruto de uma tentativa de ampliação desse acesso e de uma prestação jurisdicional mais célere.

Segundo Boaventura Santos, o “tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica” (SANTOS, 1999, p. 146). Assim, os Juizados Especiais surgem como um contraponto à formalidade e à solenidade da Justiça Comum, como uma resposta para reduzir a morosidade processual, contudo, aplicável apenas para os casos de menor complexidade.

Em diversos países, os autores Cappelletti e Garth (1988) identificaram quatro características que ilustram os procedimentos especiais para as chamadas pequenas causas: a) promoção de acessibilidade geral: por meio da gratuidade e inexistência de custas processuais, facultatividade de advogado, atendimento noturno, entre outros; b) a equalização das partes: com postura mais ativa e informal do juiz, instrução e preparação das partes para o julgamento, entre outros; c) alteração no estilo de tomada de decisão, com ênfase à conciliação prévia; d) simplificação do direito aplicado, por meio de decisões embasadas no sentimento de justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 36).

Tais características podem ser encontradas, por exemplo, nos Juizados Especiais da cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais, o que representa uma tentativa inovadora de reestruturação e ampliação do

sistema judiciário, com a redução do custo e da duração do processo. Entretanto, as garantias fundamentais processuais, como a do contraditório e da ampla defesa, assim como do julgamento por um juiz imparcial, continuam prevalecendo, pois a finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, “inclusive aos pobres”, na tentativa de ultrapassar os empecilhos do modelo tradicional de tutela jurisdicional (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 59).

Nesse contexto, a CF/1988 prevê que a União, o Distrito Federal e os Estados criarão os Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, para o julgamento e para a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, por meio dos procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

No Brasil, o objetivo dos Juizados Especiais relaciona-se com a promessa de entregar, para a sociedade, uma justiça mais célere, simples, acessível e efetiva. Para cumprir tal objetivo, emerge a necessidade de reestruturação e modernização da forma de se acionar o Judiciário. A questão financeira, por exemplo, representava um considerável empecilho, pois havia a necessidade de pagamento de custas e taxas judiciais, bem como o pagamento de honorários advocatícios e sucumbenciais. Tais gastos, muitas vezes, representavam um valor superior ao resultado final do processo.

Como forma de viabilizar a reestruturação e a modernização do Judiciário, criou-se um novo arranjo, com a não obrigatoriedade de advogado, a gratuidade em primeiro grau de jurisdição, a valorização da conciliação, a previsão de existência de conciliadores e de juízes leigos, bem como a adoção de princípios como o da oralidade, da simplicidade, da celeridade, da economia processual e da informalidade.

Tais ferramentas visam à ampliação do acesso à justiça, ao viabilizar, para todos, a propositura de ações judiciais, inclusive para os

pertencentes às classes econômicas menos favorecidas e aos grupos marginalizados.

A criação dos Juizados Especiais contribui para a redução da barreira psicológica, com a aproximação entre o cidadão e o Judiciário. Outro fato que contribui para essa redução é o de que a criação do Juizado Especial está alicerçada na promessa de garantir maior agilidade e simplicidade na tramitação dos processos judiciais. Assim, a oralidade e a instrumentalidade das formas permeiam as ações em tramitação. Ademais, a distribuição dos processos no Juizado Especial é gratuita e pode ser realizada com ou sem a presença de advogado, de acordo com o valor da causa, no primeiro grau de jurisdição.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG possui, de maneira exemplar, à disposição do cidadão, no Juizado Especial de Belo Horizonte, um setor de triagem que informa aos interessados os documentos necessários para o ajuizamento de uma ação; bem como um setor de atermação, responsável por reduzir a termo o pedido e distribuir o processo da parte que não se encontra assistida por advogado.

É possível, ainda, que o jurisdicionado seja atendido pela Defensoria Pública, se preencher os requisitos para tal, uma vez que a instituição é responsável pela assistência judicial e extrajudicial dos hipossuficientes. No que se refere ao segundo grau, a presença do advogado é fundamental e existe a possibilidade de nomeação de advogado dativo.

Outros pilares do Juizado Especial são o tratamento isonômico das partes, a busca por uma justiça mais efetiva e o desestímulo de práticas inadequadas, como a defesa abusiva e protelatória. Buscando alcançar tais objetivos, os prazos concedidos à Fazenda Pública, de maneira inovadora, não são diferenciados, de modo que, para a prática de qualquer ato processual, as pessoas jurídicas de direito público possuem prazo idêntico ao conferido aos demais litigantes. Tal fato contribui para uma jurisdição mais célere. Em comparação com a Justiça

tradicional, o tempo médio de duração do processo é reduzido, principalmente nos casos de execução. Assim, nos Juizados Especiais, o andamento processual é mais ágil, e a proibição dos atores recorrentes no polo ativo processual contribui para tal resultado, bem como indica “padrões de litigação mais horizontalizados” (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014, p. 192).

Segundo Avritzer, Marona e Gomes, se “forem criados freios que evitem abusos do poder econômico e estatal nas arenas de litigação, há um potencial para a ampliação do acesso à justiça para o conjunto da população brasileira” (AVRITZER; MARONA; GOMES, 2014, p. 192).

O Juizado Especial traz em seu bojo o incentivo à conciliação entre as partes e a resolução das demandas por meio de conciliação e acordo, consideradas maneiras cidadãs de resolução de desavenças e redução dos conflitos. Como resultado, obtém-se uma maior efetividade da tutela jurisdicional.

A conciliação é também uma importante ferramenta contra a morosidade judicial. Se o sistema processual não é eficiente, o ordenamento jurídico como um todo é carente de efetividade real. Nesse contexto, o processo judicial tem de ser capaz de significar uma garantia honesta de sua correspondente efetivação no mundo real, e os Juizados Especiais têm alcançado seu objetivo. Lado outro, importantes alterações foram executadas no Código de Processo Civil para a entrega de uma tutela jurisdicional mais célere na Justiça comum, que, por sua vez, lida com causas em volume muito superior e significativamente mais complexas.

3 A celeridade processual

Os autores Sarlet, Marinoni e Mitidiero defendem que a celeridade processual é um “[...] direito que reflete o sentimento comum

das pessoas no sentido de que a justiça lenta é a justiça negada (sonoramente recolhido na expressão *justice delayed is justice denied*, da tradição anglo-saxônica)” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 859).

É claro que a morosidade na tramitação processual, associada à complexa legislação, “retarda a solução de litígios e muitas vezes é utilizada como aplicação financeira, já que normalmente é mais lucrativo protelar o pagamento de uma dívida, ingressando na justiça, do que saldá-la no prazo devido” (ARRUDA, 2007, p. 776).

Nesse contexto, um Judiciário mais célere gera efeitos positivos para o exercício profissional dos magistrados, dos servidores, dos advogados, dos defensores públicos e dos procuradores, além de proporcionar uma justiça mais acessível para o cidadão.

Nessa seara, Lenza, por sua vez, ressalta que a celeridade processual é um direito fundamental do ser humano que vigora na legislação brasileira desde a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, arts. 8º, 1, e 25, 1 (LENZA, 2018, p. 129). Em 2004, foi firmado o Pacto de Estado em Favor de um Judiciário Mais Rápido e Republicano, que identificou 11 pontos que promoveriam a modernização institucional, como a implementação da Reforma Constitucional do Judiciário; a reforma do sistema recursal e dos procedimentos, incluindo a legislação processual civil e a ampliação do acesso ao Judiciário com os Juizados Especiais e a Justiça Itinerante; e a utilização de procedimentos mais céleres.

Em que pesem tais iniciativas, a ausência de brevidade processual é uma questão complexa, que encontra explicação na combinação de diversos fatores, com contornos históricos, legais, administrativos e culturais. Nesse contexto, diversos problemas podem ser citados, como a complexidade da legislação pátria, que prevê a possibilidade de diversos recursos e, conseqüentemente, vários prazos, bem como a participação considerável de outros Poderes de Estado nas demandas

judiciais, conforme relatórios disponíveis no *site* do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

Segundo Arruda, essa participação adquire contornos significativos, pois, conforme relatório final da consultoria realizada pela DATAUnB, em 2006, “a União em sentido lato teve participação relativa em 42,7% de todas as ações ingressadas” (ARRUDA, 2007, p. 777) e, em 2013, segundo o CNJ, o percentual passa para 51% do total das demandas em tramitação no país (BRASIL, 2012, p. 15).

Dessa forma, o que se percebe é que os processos não estão pulverizados na sociedade como um todo, mas há uma concentração de feitos em alguns poucos litigantes, notadamente na Fazenda Pública (SADEK, 2014, p. 59-60).

Segundo Sadek (2014), o volume processual existente e a propensão de manutenção do crescimento do número de ações ajuizadas no país apontam para um excessivo grau de litigiosidade, sem precedentes nas democracias ocidentais. Assim, o expressivo montante de litigiosidade experimentado pela instituição contribui para a redução da efetividade da tutela jurisdicional em razão do inchaço provocado, comprometendo a prestação jurisdicional e o atendimento das demandas no tempo e modo esperados. Nesses termos, o Estado permanece servindo ao próprio Estado e, paulatinamente, afasta-se do atendimento das demandas sociais.

Nesse cenário, reformas na legislação constitucional e infraconstitucional foram realizadas, como a Reforma do Poder Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como a promulgação do Novo Código de Processo Civil em 2015. A emenda é responsável por diversas inovações, inclusive pela inserção expressa da celeridade processual no art. 5º da CF/1988 (única emenda constitucional que recaiu sobre tal artigo), inciso LXXVIII, no qual se prescreve que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são asse-

gurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2004).

Segundo Tavares, trata-se de uma previsão expressa não apenas na legislação pátria, mas também na seara internacional, em legislações diversas, como na Convenção Europeia pela Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1959 (art. 6º, 1), na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (art. 47, parágrafo), na Constituição Europeia (art. II-107), na Constituição Espanhola (art. 24, segunda parte), na Constituição Portuguesa (art. 20, terceira parte) e na Constituição Italiana (art. 111, segunda parte) (TAVARES, 2018, p. 615).

É importante ressaltar que a CF/1988 disponibilizou ferramentas para viabilizar a efetivação da celeridade processual, como: a) a vedação de férias coletivas, nos juízos e tribunais de segundo grau, com atividade jurisdicional ininterrupta, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente (art. 93, inciso XII); b) a relação entre o número de juízes na unidade jurisdicional proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população (art. 93, inciso XIII); c) a delegação, aos servidores do Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente, sem caráter decisório (art. 93, inciso XIV); d) a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição (art. 93, inciso XV); e) o dever do recorrente de demonstrar, nos recursos extraordinários, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, inciso III, § 3º); f) as súmulas vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, STF, (art. 103-A) e a determinação de instalação da justiça itinerante (art. 125, § 7º) (BRASIL, 1988).

Salienta-se, ainda, que a Carta Magna prevê a coexistência harmoniosa de diversos princípios. Assim, o princípio da celeridade processual não desrespeita demais direitos assegurados aos indivíduos na

legislação constitucional, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a segurança jurídica.

Em breve síntese, o devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF/1988, garante que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem tal proteção, ou seja, é a garantia de ser concedido, a todas as pessoas, o que lhe é devido; alicerce sobre o qual os demais direitos fundamentais se sustentam (BRASIL, 1988).

Explica Moraes que o devido processo legal “configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa” (MORAES, 2018, p. 118).

Assim, a CF/1988 consagra alguns princípios e garantias decorrentes do devido processo legal. São exemplos a serem elencados: princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e inciso I); inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, inciso XXXV); razoabilidade e proporcionalidade; princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII); a publicidade do processo (art. 5º, inciso LX e art. 93, inciso IX); o direito à defesa técnica; a produção ampla de provas – ampla defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV); proibição de prova ilícita (art. 5º, inciso LVI); o direito de recorrer – duplo grau de jurisdição; motivação das decisões (art. 93, incisos IX e X); presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII) e razoável duração do processo (BRASIL, 1988). O devido processo legal tem como corolários o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, garantidos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

A ampla defesa é entendida como a garantia dos litigantes e acusados em geral de se valer de todos os meios lícitos disponíveis, carregando ao processo todos os dados e informações tendentes a esclarecer a veracidade dos fatos alegados, bem como o direito de omitir-se ou calar-se para defesa de interesse legítimo.

O contraditório, por sua vez, é a exteriorização da ampla defesa, por meio da garantia de que a parte contrária será ouvida e terá voz. Nesse sentido, antes de decidir, a autoridade judicial e administrativa deverá garantir igual oportunidade para os litigantes se manifestarem, fazendo alegações e produzindo provas que julgarem pertinentes.

Já a segurança jurídica, prevista expressamente no art. 5º, inciso XXXVI, da CF 88, assegura que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, retratam Mendes e Branco (2018) que, em que pese a sua implementação ser complexa, a celeridade processual pode produzir efeitos imediatos sobre situações individuais, como nas hipóteses de legitimação da utilização de medidas antecipatórias, de relaxamento da prisão cautelar que ultrapassou o prazo e, ainda, o reconhecimento, baseado na segurança jurídica, da consolidação de situação específica. Destaca-se, também, o empenho do Conselho Nacional de Justiça, que, desde o ano de 2009, estipula metas voltadas aos juízes e tribunais, com o objetivo de desafogar o Judiciário, colocando fim aos processos mais antigos, com a adoção de atitudes concretas para identificação e julgamento, com proferimento de decisão final (MENDES; BRANCO, 2018, p. 419, 421).

Lado outro, a referida Emenda Constitucional nº 45/2004, com relação à tramitação processual, disponibiliza poucos mecanismos processuais para garantir a celeridade processual. Dessa feita, é fundamental a participação da legislação processual infraconstitucional para simplificar a tramitação dos processos, garantindo uma duração razoável do feito, sem violar as demais garantias e princípios normativos.

Assim, a Lei nº 13.105/2015, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), fomentou importantes ferramentas de celeridade e avanços processuais, tornando mais palpável a razoável duração do proces-

so na esfera judicial e trazendo expressamente, em seu bojo, diversos princípios constitucionais de natureza processual.

No mesmo sentido da norma constitucional, o art. 4º do CPC/2015 prevê o direito das partes de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, ou seja, é a previsão da celeridade processual.

Para que os processos, notadamente, os da Justiça comum, saiam da marcha lenta, importantes inovações na legislação processual foram previstas, de forma a propiciar uma maior agilidade processual, como: a) a citação e a intimação realizadas, preferencialmente, por meio eletrônico (art. 246, V e § 1º, e art. 270 e parágrafo, CPC); b) o princípio da cooperação (art. 6º do CPC), em que o magistrado deve colaborar com as partes e vice-versa (boa-fé), com a determinação de que a emenda da inicial não pode ser genérica; c) o estímulo à conciliação (casos em que há inexistência de vínculo anterior entre as partes) e mediação (hipóteses em que há vínculo anterior entre os envolvidos), buscando a autocomposição e a solução pacífica dos conflitos entre as partes envolvidas (art. 3º, § 3º, e art. 165, §§ 2º e 3º, CPC); d) a unicidade de procedimentos, ou seja, a permanência apenas do procedimento único comum, com abolição do sumário; e) a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), quando existir, simultaneamente, a repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e a possibilidade de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, CPC), aplicando a decisão em todo o território nacional a todos os processos que versarem sobre a mesma questão de direito, com redução da propositura de ações acerca de matéria idêntica; entre outras.

Tais alterações contribuem para a promoção da celeridade processual, abrangendo também os processos da alçada da Justiça comum, mas ultrapassam tal fato. por representarem novos desenhos para a tutela de direitos e transbordarem para além da agilidade pro-

cessual. A adoção de medidas de conciliação e de mediação, por exemplo, encontram relação com a terceira onda de Cappelletti e Garth (1988). São consideradas maneiras cidadãs de solução de litígios em que as partes envolvidas são protagonistas da decisão judicial.

Dessarte, é inegável que a CF/1988 e o Código de Processo Civil deram um importante passo ao garantir expressamente a razoável duração do processo. Trata-se de um princípio primordial para a consolidação dos demais direitos, pois, além de ser visto como direito fundamental, é diretriz estrutural do Poder Judiciário.

Segundo Canotilho e outros, tal importância deve ser enfatizada, uma vez que significa um passo além, ou “[...] a consolidação de uma nova etapa: uma fase em que o constituinte, já havendo assegurado o acesso à justiça, preocupa-se em garantir a qualidade do cumprimento dessa missão estatal” (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 541).

Desse modo, o Judiciário assume uma posição singular na promoção da democratização do acesso à justiça e da entrega de um processo célere, justo e efetivo, fundamentais para o fomento de harmonia social. Com essa forma de atuação, o Judiciário conseguirá não apenas surfar nas ondas desvendadas por Cappelletti e Garth (1988), mas abrangerá a quarta onda proposta por Economides (1999), pois alcançará a postura dos operadores do direito, promovendo a desburocratização do Judiciário e a ampliação do efetivo acesso à justiça e da celeridade processual, indispensáveis para a expansão dos direitos já consagrados na legislação.

Entretanto, não há solução simples. Como exposto, há a necessidade de um esforço conjunto por parte de diversos setores: do legislador, ao adotar procedimentos processuais viabilizadores da celeridade, ao regulamentar a responsabilidade civil do Estado e reprimir o comportamento inadequado das partes em juízo; do juiz, ao conduzir a instrução e o julgamento do processo, garantindo um trâmite em prazo razoável; bem como do administrador judiciário, ao organizar os ór-

gãos jurisdicionais, tanto no aspecto pessoal quanto de infraestrutura, e ao adotar técnicas gerenciais, com a fixação de metas, direcionadas para alcançar o fluxo dos atos processuais de forma compatível; do Executivo, ao traçar as diretrizes mais amplas da administração nacional e estadual e ao adotar comportamento condizente com a celeridade, quando o poder público for parte processual.

4 Conclusão

O expressivo ativo processual não indica, por si só, a universalização do acesso à justiça e o aumento do acesso aos direitos, uma vez que há a necessidade de pulverização, democratizando-o.

Hodiernamente, perdura a existência de obstáculos para acessar a justiça, comprometendo a qualidade da democracia no país. Contudo, encontrar resoluções se apresenta ao mesmo tempo como uma necessidade e como uma árdua tarefa, pois não há soluções fáceis.

Nesse cenário, a CF/1988 e o Código de Processo Civil implementaram importantes alternativas, repensando o desenho estrutural e procedimental do Poder Judiciário e buscando a adoção de novos procedimentos e outras formas de solução de litígios, conforme preconizado pelas terceira e quarta ondas.

Dessarte, o legislador se preocupou em pensar caminhos para equacionar as barreiras enfrentadas, tais como a avaliação da possibilidade de conciliação, bem como a necessidade de adoção de novos mecanismos administrativos para se evitar a judicialização de demandas repetitivas e a implementação de medidas preventivas, por meio de políticas públicas, entre outras. Trata-se da revisão dos procedimentos tradicionais, de um melhor gerenciamento e financiamento dos litígios, com a adoção de serviços jurídicos alternativos e da solução alternativa de conflitos.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil apresenta-se como legislação ímpar para promover um Judiciário mais amistoso para o cidadão, tanto no aspecto econômico, quanto físico e psicológico, possibilitando que o indivíduo se valha da tutela jurisdicional, independentemente do poder econômico que possui e contra quem postula, certo de que terá um tratamento digno e uma prestação que não se afastará dos fins sociais e das exigências do bem comum.

Por meio de tal direcionamento, é possível promover e manter a confiança social na efetividade das decisões e instituições públicas, bem como garantir a concretização de processo justo e efetivo. Logo, a busca pela celeridade processual não significa um processo instantâneo, legitimador do desrespeito a outros valores e princípios normativos. É, antes, um importante alicerce para a concretização dos demais direitos, um instrumento assegurado do respeito a outros valores e princípios normativos, bem como dos direitos fundamentais assegurados aos indivíduos de forma igualitária.

Para tanto, é fundamental o gerenciamento adequado do Poder Judiciário de forma a contribuir para a democratização do acesso à justiça e a efetivação da celeridade processual, abrangendo o atendimento dos indivíduos marginalizados. Desse modo, o Judiciário será percebido como um mecanismo viabilizador de maior igualdade material na sociedade, ao reduzir as diferenças econômica, social e cultural e propiciar o empoderamento do indivíduo como sujeito de direitos, conhecedor das garantias e da proteção judicial.

Referências

ARRUDA, Eduardo Henrique Pereira de. e-Justiça: aplicação das TICs na modernização do Poder Judiciário. *In*: KNIGHT, Peter Titcomb; FERNANDES, Ciro Campos Christo; CUNHA, Maria Alexandra

(Orgs.). *e-Desenvolvimento no Brasil e no mundo: subsídios e Programa e-Brasil*. São Caetano do Sul: Yendis Editora, 2007. cap. 36, p. 775-793.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. *Cartografia da Justiça no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes - 2012*. Brasília: CNJ/ Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASÍLIA. CJF. *Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais*, 2012. Série Pesquisas do CEJ, v. 14. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/pesquisas/serie%20pesquisa%20cej%2014.pdf/view>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vasquez de. *A mediação sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Saúde Debate, 2015.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce *et al.* (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 61-76.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARONA, M. Defensorias Públicas. In: AVRITZER *et al.* (Orgs.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014.

SALOMÃO, Luís Felipe. Sistema nacional de juizados especiais. *Revista Cidadania e Justiça* – Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, n. 7, 2º sem. 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

5. A mediação como ferramenta de condução e resolução de conflitos

Isabela Borba Lages

Oficial de Apoio Judicial do TJMG.
Pós-graduada em Direito do Consumidor e Família
pela Universidade Cândido Mendes.

1 Introdução

Os conflitos existem desde os primórdios. O exercício da autotutela não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. E o Estado, embora seja o maior detentor da jurisdição (mas não o único), através do meio heterocompositivo de resolução de conflito, não tem conseguido responder aos anseios dos que se encontram envolvidos na lide. Há, portanto, a ideia de disputa, de discórdia.

Com o desenvolvimento das sociedades, tais conflitos se mostraram intensificados, o que fez com que os doutrinadores e o legislativo se voltassem mais precisamente para formas alternativas de solução de litígios.

Além da negociação, conciliação e da arbitragem, a mediação é outra forma alternativa de solução de litígios que, embora não seja um instituto novo, está sendo revisitada em meio à crise do sistema judiciário.

Ela consiste na construção de uma solução pacificadora pelas próprias partes. Os envolvidos buscam respostas, a partir de uma reflexão aprofundada da situação problema, fazendo com que a conclusão ajustada seja a mais eficaz possível. Essa construção, muitas vezes, é essencial para a pacificação do litígio, para tratar esse dissabor que envolve as partes e prolonga o desgaste nas relações.

Para se valer desse instituto, as partes necessitam de um espaço físico adequado, de um mediador capaz de ouvir e estimular a comunicação e de acreditarem na possibilidade do diálogo e da construção. Não haverá a sentença de um terceiro imparcial, e sim uma decisão construída pelos próprios conflitantes, de maneira a amenizar e/ou harmonizar as relações, efetivando, dessa forma, a mediação como uma ferramenta de condução e resolução de conflitos.

Não é por acaso que o novo Código de Processo Civil vem abordando, com ênfase, a mediação, como forma alternativa de resolução de conflitos, incluindo o instituto como item obrigatório, regulamentado por lei própria, uma vez que o Judiciário já se encontra abarrotado de processos, e a decisão judicial, muitas vezes, não põe fim ao conflito, que continua afligindo os envolvidos.

Apesar de muito importante, poucos conhecem e utilizam esse meio. Isso acontece em razão da falta de informação, ausência de estruturas disponíveis, ou mesmo em razão da própria cultura brasileira, propensa a judicializar pequenos e grandes conflitos. Sendo assim, o mediador deve estar preparado para receber e ouvir as partes, trazer o equilíbrio para a realização do trabalho e promover a comunicação entre os envolvidos, a fim de que se disponham a mediar.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é demonstrar que a mediação pode ser um meio muito eficiente na solução de conflitos, capaz de trazer benefícios para os envolvidos na lide e para o Judiciário.

Para tanto, partiu-se da hipótese de que a mediação é um recurso à solução dos conflitos e deve ser enfatizada pelos cidadãos e pelo próprio Poder Judiciário, como um meio eficaz de estimular os conflitantes a repensar seus conceitos, seus problemas, a fim de encontrar as reais motivações de suas disputas e, com isso, pôr fim ao conflito, evitando o prolongamento das demandas.

Tendo em vista a questão levantada, o presente artigo mostra-se importante, uma vez que se espera que o resultado alcançado possa fornecer argumentos e informações capazes de auxiliar os envolvidos a utilizar com segurança essa forma alternativa de solução de conflito, de modo a evitar o prolongamento de demandas no Judiciário brasileiro.

2 Desenvolvimento

O estado de conflituosidade altera o ambiente social, rompe e/ou cria relações, estimula o desgaste e dissabor dos envolvidos, direta ou indiretamente, e acaba por transbordar hostilidade e, muitas vezes, violência. Todavia, esse estado de conflituosidade também pode proporcionar conhecimento e evolução, pode contribuir para o comprometimento social dos envolvidos, bem como para a promoção do crescimento pessoal. Segundo Michelle Pedrosa Paumgarten, “a maneira como se administra o conflito pode determinar consequências destrutivas, mas o conflito em si, como parte da dinâmica natural, é construtivo” (PAUMGARTTEN, 2015, p.79-80).

Sendo o conflito inerente à condição humana, verifica-se a sua existência desde os primórdios. Contudo, com o desenvolvimento das sociedades, passaram a ser mais evidentes e inevitáveis, necessitando assim de uma solução a fim de restabelecer a harmonia nas relações.

Proporcionalmente à complexidade das sociedades surgem normatizações, regras e leis e, como consequência, sanções à sua violação. Tudo isso a fim de se estabelecer uma organização e controle para que as pessoas pudessem conviver umas com as outras o mais harmoniosamente possível.

Como se pode observar, há enormes dificuldades em se conter os conflitos, e, mesmo naqueles países mais desenvolvidos, onde há legitimidade das leis e penas severas, essa tensão não tem se amenizado.

A população, insatisfeita, reclama por mais penas, mais normas, e os conflitos, por sua vez, aumentam a cada dia.

Paumgarten explica que o necessário é cortar a origem do problema, evitando assim outras ramificações, sendo isso “[...] o resultado de uma política preocupada com o remédio, focada nas consequências e não nas causas que originam aquele ambiente permeado pelo conflito” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 99). A noção contemporânea de Estado Democrático de Direito consagra a divisão das três funções atribuídas ao Estado, sejam elas a legislativa, a executiva e a judiciária, ficando a cargo desta última julgar os conflitos que são submetidos à sua apreciação. A prestação da atividade jurisdicional está garantida na Constituição, na qual se encontram, também, princípios inerentes ao processo como um todo. Entretanto, nem sempre foi assim.

Na fase primitiva das civilizações, não existia esse Estado suficientemente forte, capaz de conter os ímpetos e ditar o direito, com autonomia e propriedade. Sequer existiam leis (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996).

Dessa forma, os envolvidos no conflito resolviam por si sós a questão, segundo a máxima “olho por olho e dente por dente”, prevalecendo assim a vitória do mais forte sobre o mais fraco, do mais corajoso sobre o mais tímido, do mais rico sobre o mais pobre, e assim por diante.

Essa forma de conflito denominada de autotutela tem como traços característicos a ausência de um juiz distinto das partes e a imposição de uma decisão por uma das partes à outra.

Tal situação acarretava insegurança e desequilíbrio nas relações. Houve a necessidade de se pensar outras formas para a solução dos conflitos. E, conforme os ditames de Grinover, “[...] outra solução possível, nos sistemas primitivos, seria a autocomposição, quando uma das partes ou ambas abrem mão do interesse ou de parte dele:

desistência, submissão ou transação” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 21).

Tais soluções, contudo, são parciais, uma vez que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas.

Em um estágio posterior da civilização, os conflitantes passaram a eleger terceiros desinteressados e imparciais, os chamados árbitros, que, na sua maioria, eram sacerdotes ou anciãos, que detinham a confiança de ambas as partes, e suas decisões eram baseadas em paradigmas culturais que regiam a coletividade, bem como nos costumes. Tratava-se então da arbitragem facultativa, a qual, nas exatas palavras de Luís Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, “[...] foi sem dúvida o embrião do sistema de justiça atualmente adotado no mundo civilizado” (WAMBIER; TALAMINI, 2008, p. 93).

Posteriormente, segundo os ensinamentos de Fabiana Splenger e José Luís de Moraes, a arbitragem se tornou obrigatória, “[...] sendo os árbitros auxiliados pela força do Estado no que tange à efetivação das suas decisões” (MORAIS; SPLENGER, 2007, p. 58).

Os contendores compareciam perante o pretor, autoridade estatal, e escolhiam o árbitro (privado), e o pretor fixava os parâmetros de como se daria esse processo, e as partes se comprometiam a aceitar o que viesse a ser decidido, o que recebia o nome de *litiscontestatio*. Observe-se aqui que, embora discretamente, há traços do Estado na resolução, ao indicar qual o preceito a preponderar em um caso concreto envolvendo conflito de interesses. O processo civil romano era assim: pretor e árbitro (escolhido pelas partes) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996).

Em uma etapa seguinte, com o fortalecimento do Estado, a nomeação do árbitro passou a ser feita por ele próprio. É como nos ensina Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Além disso, para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, a autoridade pública começa a preestabelecer, em forma abstrata, regras destinadas a servir de critério objetivo e vinculativo para tais decisões, afastando assim os temores de julgamentos arbitrários e subjetivos. Surge, então, o legislador (a lei das XII Tábuas, do ano 450 A.C, é um marco histórico e fundamental dessa época) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 23).

Aos poucos, o Estado foi adentrando no mérito dos conflitos entre os particulares, ao proferir sentenças ao invés de nomear ou mesmo aceitar a nomeação de um árbitro. Esse período ficou conhecido como *cognitio extraordinem*. Completa-se, dessa forma, o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública.

Essas fases ocorreram paulatinamente e de formas não marcadamente distintas. A consolidação do Estado, através de seu desenvolvimento, se deu primeiramente por meio do soberano, o qual ditava o direito, e, gradativamente, foi amadurecendo e alicerçando tal instituto, mediante o que hoje se chama de Poder Judiciário, dotado de independência estrutural, através da Jurisdição conceituada por Grinover como “[...] a atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 23).

Caracteriza-se, portanto, como a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões. Contudo, se a jurisdição estatal foi a mais difundida em todas as sociedades, não significa que não existem outros mecanismos capazes de solucionar os conflitos. Como prelecionam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios —, desde que eficientes. Por outro lado, cresce a percepção de que o Estado tem falhado mui-

to na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 26).

A maturidade e independência dos cidadãos acaba por revelar uma sociedade menos institucionalizada, com certo nível de domínio de um discurso, em que os próprios conflitantes constroem uma determinada solução. Michelle Pedrosa Paumgarten explica que:

Quanto menor o nível de institucionalização da função intermediadora e do poder coercitivo, maior será o espaço retórico do discurso e, conseqüentemente, mais amplo será o desenvolvimento de um diálogo. A estrutura desse processo permite que, não obstante uma das partes seja mais vencedora que a outra, o resultado alcançado seja bem diferente do que ocorre na adjudicação, na qual a figura de vencedor e derrotado é bastante clara, modelo que atualmente é dominante nos sistemas jurídicos oficiais. A estrutura dos métodos não adversariais de resolução de conflitos (particularmente a negociação, a mediação e a conciliação) remata a topografia de um espaço de abdições mútuas e ganho recíproco (PAUMGARTTEN, 2015, p. 96).

E, considerando a metamorfose vivenciada, seja pelo próprio Estado, seja por indivíduos e ou grupos sociais, aquele é incapaz de atender de forma célere e efetiva as demandas, e, embora com os inúmeros sinais de desgaste, percebe-se que esse vínculo não será facilmente superado, tendo em vista os paradigmas arraigados ao longo do desenvolvimento da civilização. Nesse sentido, Michelle Pedrosa Paumgarten:

[...] inevitável admitir que haja uma súbita inversão de tendências. Ao juiz compete a análise da moral das relações comerciais ou políticas, porém a contemporaneidade tende a invocá-lo para a solução de conflitos cada vez mais íntimos, sendo o

juiz chamado a exercer quase um magistério sobre pessoas mais frágeis. A jurisdição continua como um modo de governo, mas o processo deixa de ser um reto instrumento de solução de conflitos para ser exigido como gestor de problemas mais profundos, e o que antes era tido como ameaça à dissolução de laços sociais, hoje ganha a função de socializar (PAUMGARTTEN, 2015, p. 271).

Por tudo isso, precisam ser repensadas e praticadas outras formas alternativas de resolução de litígios, redefinindo o modelo de terceiro, de decisão, e admitindo a não exclusividade da jurisdição, a qual se encontra em crise diante da complexa e dinâmica sociedade contemporânea.

Diante desse cenário, de uma cultura de judicialização de conflitos, o Poder Judiciário encontra-se abarrotado. Portanto, há que se (re)pensar em formas alternativas para a resolução dos conflitos, que trabalhem com a autonomização e responsabilização dos cidadãos pelas decisões, em uma concepção de autorregulamentação.

Não se pode desconsiderar outras dificuldades, como as custas processuais, a longa duração do processo e outros sintomas de inadequação que são vivenciados por aqueles que recorrem à Justiça para ver um conflito decidido. Oferecendo uma importante contribuição para o entendimento, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco atestam:

[...] que a primeira característica das vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual [...]. Depois, dada a preocupação social de levar justiça a todos, também a gratuidade [...] e também a delegalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não jurisdicionais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 27).

Nesse contexto, comprovada a incapacidade do Estado de monopolizar esse processo, aliada às inúmeras demandas de uma socie-

dade complexa e em constante transformação, tende-se a desenvolver procedimentos alternativos de resolução de conflitos, ou sistemas multiportas, ou mesmo equivalentes jurisdicionais, como prefere Daniel Amorim Assunção Neves:

[...] Compreendo que atualmente não seja mais apropriado falar em meios alternativos, o que daria uma ideia de subsidiariedade a tais meios de solução de conflitos, mas, certamente, chamá-los de ‘meios adequados’ não parece ser o mais conveniente. Por isso é preferível denominá-los simplesmente de ‘equivalentes jurisdicionais’ (NEVES, 2015, p. 29).

Os mecanismos, como conciliação, negociação, arbitragem e mediação, colocam-se ao lado do processo tradicional como opção para descongestionar o Judiciário e reduzir a demora e o custo dos procedimentos e enfatizam a participação do cidadão na resolução de seu próprio conflito.

A conciliação como forma de solução de conflito “é um método autocompositivo atípico em que as partes negociam para chegar a um acordo, auxiliadas por um terceiro imparcial” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 445).

Como nos ensina Paumgarten, “[...] desde as ordenações Filipinas, há notícias de uma tradição voltada para a tentativa conciliatória prévia à propositura da demanda” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 448).

A conciliação destina-se, preferencialmente, àqueles casos em que não há um vínculo anterior entre as partes, bem como aos conflitos que não envolvam relação continuada, de acordo com o Novo Código de Processo Civil, ficando aqueles a cargo da mediação, que será aprofundada adiante. Nas palavras de Daniel Amorim Neves:

[...] significa que a conciliação é mais adequada para os conflitos de interesses que não envolvam relação continuada entre as partes envolvidas, que passaram a manter um vínculo justa-

mente em razão da lide instaurada, como ocorre numa colisão de veículos. Ou ainda para aquelas partes que têm um vínculo anterior pontual, tendo a lide surgido justamente desse vínculo, como ocorre num contrato celebrado para a compra de um produto ou para a prestação de um serviço (NEVES, 2015, p. 34).

O Novo Código de Processo Civil enfatiza, no art. 3º, a conciliação, bem como outros métodos alternativos de resolução de conflitos. O objetivo da conciliação, segundo Walsir Edson Rodrigues, é “[...] que as partes cheguem a um entendimento, independentemente da qualidade das soluções ou da interferência na interpretação das questões” (RODRIGUES JÚNIOR, 2007, p. 47).

Ao contrário da mediação, em que o terceiro não deve interferir e sim colaborar para a construção de uma solução do caso concreto, na conciliação, o terceiro intervém de determinada maneira, não importando a qualidade do acordo (PAUMGARTTEN, 2015). E os institutos se diferenciam não apenas quanto ao meio, mas também quanto aos fins. E, como bem salienta Daniel Amorim Neves, acerca das diferenças entre os tipos de resultados na conciliação e na mediação, conforme §§ 2º e 3º do art. 165 do novo Código de Processo Civil:¹

Enquanto o § 3º do artigo ora comentado expressamente prevê que na mediação a solução de conflitos deve gerar benefícios mútuos, ou seja, satisfazer ambas as partes de forma que nenhum interesse seja sacrificado, o § 2º nada indica quanto à forma de solução obtida pela conciliação. Não obstante o silêncio do legislador, é clássica a lição de que na conciliação — transação — a solução do conflito gera sacrifícios recíprocos, com

¹ NCPC – “Art. 165 [...] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (BRASIL, 2015).

resultante renúncia e submissão parcial das partes envolvidas no conflito (NEVES, 2015, p. 35).

Importante ressaltar que a conciliação pode ser extrajudicial, podendo ser realizada a qualquer momento, e depende exclusivamente da vontade dos envolvidos, podendo ser vinculada a órgãos institucionais ou realizada por intermédio de profissionais independentes. A conciliação também pode ser judicial, podendo ocorrer em dois momentos. A conciliação pré-processual ocorre antes da propositura da ação, por intermédio de conciliadores judiciais, ocasião em que, atingido o objetivo, será evitada a ocorrência do processo judicial. A conciliação processual é promovida durante o processo e a qualquer tempo, devendo ser estimulada, de acordo com o novo CPC, por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, de acordo com o § 3º do art. 3º do novo Código de Processo Civil.²

A negociação como forma de resolução de conflitos prescinde da intervenção de terceiros, caracteriza-se pela conversa direta entre os conflitantes. Mas não raras vezes as partes não conseguem resolver diretamente o problema e necessitam contar com a figura de um terceiro a fim de obter uma negociação assistida, ocasião em que o nível de atuação deste variará de acordo com sua participação, seja como conciliador ou mediador (PAUMGARTTEN, 2015).

Nessa modalidade de resolução de conflitos, técnicas de argumentação e estratégias devem ser observadas pelos negociadores, e torna-se necessário realçar as habilidades e não permitir que as emoções criem impedimentos que venham a frustrar todo o processo. Segundo Paumgartten, “[...] pode-se chegar a um molde de cinco posicionamentos estratégicos para a gestão do conflito por negociação:

² Art.3º, § 3º, do novo CPC: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

colaboração, acomodação, disputa, inação e compromisso” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 444).

Pode-se assim dizer que o negociador, de posse de todas as técnicas de negociação, consegue minimizar as diferenças e obter um bom resultado. Nas palavras de José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli e Marcos Júlio Olivé Malhadas Júnior:

Na moderna negociação, compreende-se que negociar não é discutir, é conversar com o objetivo em mente. Também não se confunde com manipulação, posto que esta consiste em um indivíduo convencer outra pessoa de que está certo, quando sabe que está errado. Negociar não exige agressividade; requer determinação e preparo, acima de tudo (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JÚNIOR, 2008, p. 55).

A negociação permite que as partes, de acordo com suas próprias características e estratégias, busquem uma solução para o conflito, através da argumentação e do discurso.

Já a arbitragem é uma forma de atuação em que o conflito é solucionado por um terceiro estranho à relação. Nas exatas palavras de Paumgarten, a arbitragem pode ser definida da seguinte forma:

É um mecanismo paraestatal de resolução de conflitos, escolhido voluntariamente por pessoas jurídicas ou físicas maiores e capazes para contratar, que confiam a árbitro(s) a solução de controvérsias no presente ou no futuro, desde que relativas a interesses patrimoniais disponíveis (PAUMGARTTEN, 2012, p. 288).

No Brasil, a arbitragem é conhecida desde os tempos da Colônia, e mesmo após a Proclamação da Independência, que culminou com a emancipação política do País do Reino de Portugal, o instituto continuou sendo regulado pelas normas contidas nas Ordenações

Filipinas e, com os anos, foi se adaptando e se revigorando (BARRAL, 2010).

A Lei nº 9.307/1996 prescreve que somente as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Dessa forma, temos como pressuposto da existência, eficácia e da validade do procedimento arbitral a capacidade das partes e a existência de litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis. Presentes os mencionados requisitos, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral, mediante a convenção de arbitragem (BARRAL, 2010).

A convenção de arbitragem se dá mediante o estabelecimento de uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Por esse compromisso, ambas as partes renunciam à jurisdição estatal, não sendo permitido o afastamento da jurisdição arbitral, exceto se comprovado vício de consentimento, violação de preceitos legais para sua instituição ou força maior que levem um dos contratantes a descumprir a obrigatoriedade contratual, de acordo com o que está instituído na própria Lei de Arbitragem.

No procedimento arbitral, o árbitro efetivamente exerce uma cognição, uma vez que ele avalia as provas submetidas à sua apreciação, ouve as partes, determina providências, ou seja, tem, de fato, a competência de dizer o direito e de decidir sobre uma determinada lide.

Nesse sentido, alerta-se que, não obstante o art. 18 da Lei de Arbitragem³ diga que o árbitro é juiz de fato e de direito, ele não tem o poder de fazer valer suas decisões. A sentença do árbitro terá eficácia de título executivo judicial, independentemente de homologação pelo Poder Judiciário, mas será neste que se buscará a *coercio* da ordem arbitral (PAUMGARTTEN, 2015).

³ Art. 18 da Lei de Arbitragem: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 1996).

Ressalte-se que o que for pactuado não alcança terceiros, mas apenas aqueles que compõem a relação contratual. Quanto à confidencialidade, não é determinante, porém as partes podem optar por um procedimento sigiloso. O novo Código de Processo Civil modernizou algumas previsões, adaptando-se aos novos anseios da sociedade brasileira.

Outro método que merece destaque é a mediação, a qual se desenvolve através dos próprios sujeitos conflitantes, mediante a assistência de um terceiro, neutro e imparcial, que guia os envolvidos a uma construção de um acordo. Cabe a esse terceiro contribuir para uma melhor comunicação entre as partes, catalisando as emoções, a fim de chegarem a um resultado satisfatório e duradouro para todos os envolvidos.

A mediação é uma alternativa de resolução de conflitos em que os próprios envolvidos, voluntariamente, através de um diálogo aberto, racional, constroem uma solução para enfrentar o problema, de maneira que não há um vencedor e um perdedor, e sim ganhos recíprocos para ambas as partes. E esse debate é feito diante de um terceiro imparcial, o qual se denomina “mediador”.

Nos ensinamentos de José Osmir Fiorelli, Maria Rosa Fiorelli e Marcos Júlio Olivé Malhadas Júnior, “[...] ela não é psicoterapia; não tem por objetivo modificar estruturas intrapsíquicas. Por ser educativa — os mediandos aprendem novas maneiras de se comportar — é inevitável, entretanto, o efeito transformador” (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JÚNIOR, 2008, p. 60).

O papel do mediador no desenvolvimento da mediação, como neutro imparcial, torna-se importante na medida em que acompanha as partes, mas não se intromete, permitindo que as mesmas construam por si sós a solução para o problema. Para Maria de Nazareth Serpa,

[...] a mediação é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na reso-

lução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância desta (SERPA, 1999 *apud* PAUMGARTTEN, 2015, p. 463).

Assim, analisando as conceituações retomadas, pode-se abstrair dessas a existência da figura do terceiro neutro, do mediador, que acompanha as partes na construção de uma solução para o conflito vivenciado.

Michele Pedrosa Paumgarten explica que a mediação “[...] é um procedimento sem formas rígidas, distante das regras processuais institucionais e que prima pela experiência e conhecimento do mediador” (PAUMGARTTEN, 2015, p. 462).

Difere da arbitragem, uma vez que, nesta, há uma decisão, através de um árbitro, e, na mediação, há um facilitador da comunicação entre as partes, através do mediador, a fim de que solucionem o conflito. Já em relação à conciliação, o marco diferencial é o grau de interferência do terceiro, que, no caso do conciliador, é bastante direta e objetiva (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

No desenvolvimento da mediação, observa-se a presença de três elementos: as partes, o conflito e o mediador, e, entre eles, deve existir uma ética discursiva, orientada pelos princípios formadores de todo esse processo. Primeiramente, as partes devem estar dispostas a restabelecer a harmonia, devem participar desse processo, por livre vontade. Tal autonomia não se limita ao conteúdo da solução consensual do conflito, e sim abrange todo o procedimento da mediação⁴ (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

⁴ Art.166, § 4º, do novo CPC: “A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (BRASIL, 2015).

Porém, esse princípio da autonomia da vontade, liberdade, ou também conhecido como da autodeterminação, como bem traduz Daniel Amorim, é mitigado quando há previsão contratual de cláusula de mediação, sendo, dessa forma, as partes obrigadas⁵ a participar da sessão inicial, como condição de procedibilidade da ação judicial (NEVES, 2015).

Durante todo o discurso, deve haver a prevalência da boa-fé e da lealdade das práticas aplicadas, quando os mediandos são convidados a expor suas razões, sentimentos, ocasião em que desabafam, literalmente, suas pretensões, valorizando, assim, a argumentação entre as partes.

Fomenta-se, então, uma mudança de perspectiva, em que cada um deixa de pensar apenas em si próprio e passa a valorizar o todo, o conjunto.

Pode-se dizer que há uma restauração dos sujeitos, através de um espaço para um debate racional. Há um ponto final em um conflito, por meio do consenso, ressaltando a não adversalidade, uma vez que aqui não há um ganhador e um perdedor; restabelece-se, dessa forma, a harmonia nas relações.

Nessa senda, a mediação deve atuar preferencialmente naquelas situações em que há indícios de determinados componentes emocionais do conflito e há ainda conveniência ou necessidade de dar continuidade na relação dos envolvidos. Todavia, “[...] permite-se o processo mediativo em qualquer conflito, desde que seja a vontade das partes” (MORAIS; SPENGLER, 2007, p. 136).

De qualquer maneira, pode-se afirmar que ela é um meio adequado para a resolução de conflitos de base continuada. Todo o processo mediativo deve ser pautado pela confidencialidade, não apenas do mediador, mas de todos os envolvidos. Se, porventura, ocorrer o

⁵ Art. 2º, § 1º, da Lei de Mediação: “Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação” (BRASIL, 2015).

insucesso da mediação, o mediador (e conciliador) não poderá atuar no processo, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, ficando impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes,⁶ a fim de evitar o aliciamento de clientes, uma vez que já detém informações detalhadas acerca das partes e mesmo do conflito.

Saliente-se que não há necessidade de os mediadores e conciliadores serem advogados. Por outro lado, há a possibilidade de mais de um mediador para trabalhar no mesmo processo, quando necessário, diante da complexidade da causa, e desde que as partes concordem, de acordo com o art. 15 da Lei de Mediação.⁷ E esta, por sua vez, pretende ser um instrumento de pacificação, por meio da comunicação. Destacam Diego Faleck e Fernanda Tartuce:

[...] podendo ser encontrada em diversas outras culturas como as de pescadores escandinavos, tribos africanas, e o que se observa é que o ponto convergente a todas elas é o objetivo do restabelecimento da paz e da harmonia em detrimento do conflito, da litigância e da vitória (FALECK; TARTUCE, 2014, p. 176).

Acontece que, a partir do século XX, a mediação ganhou contornos mais bem definidos, sobretudo nos Estados Unidos, como forma de resolução alternativa de conflitos de interesses, visando descongestionar os tribunais, acelerar as resoluções e diminuir os custos. Mas, bem anteriormente a isso já se falava em uma justiça comunitária

⁶ Art. 172 do novo CPC, bem como no art. 6º da Lei de Mediação: “O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”. “O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes” (BRASIL, 2015).

⁷ Art. 15 da Lei de Mediação: “A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito” (BRASIL, 2015).

entre os nativos norte-americanos e colonos, a fim de se construir a paz e reconstruir relacionamentos.

Em 1976, o professor de Harvard, Frank Sander, e Warren Burger, da Suprema Corte norte-americana, diante das inúmeras causas de insatisfação popular com a administração da justiça, inovaram com a ideia do sistema de multiportas, *multidoor courthouse*, em que os tribunais estatais não poderiam ter apenas uma porta de recepção de demandas relacionada ao litígio, mas poderiam direcionar casos para uma variedade de outros processos de resolução de disputas, entre os quais a mediação, a conciliação e a arbitragem (PAUMGARTTEN, 2015). Comentando essa ocorrência, Michele Pedrosa Paumgartten explica que:

[...] seria um divisor de águas na história das ADRs nos Estados Unidos e o prenúncio de uma nova era na área da resolução dos conflitos, cujas ideias se expandiram ainda na década de oitenta, para países como Austrália e Nova Zelândia, e nos anos noventa ao Canadá (PAUMGARTTEN, 2015, p. 218).

Com toda uma crise do sistema judiciário, com uma judicialização excessiva dos conflitos, em que quaisquer controvérsias esbarram nos Tribunais, em um Estado Democrático de Direito, em que os cidadãos não conseguem resolver questões aparentemente simples, sem demandarem exaustivamente a uma estrutura saturada, não poderia haver outra resposta senão uma obstrução das vias jurisdicionais diante de uma explosão de litigiosidade.

Esse quadro retrata uma sociedade acomodada a levar todo e qualquer conflito para a decisão de um juiz, sem o esforço de um diálogo anterior, de uma tentativa de acordo e de uma resolução alternativa. Esse fato congestionava o Judiciário, prolonga o andamento processual e acaba por desagradar uma sociedade ansiosa por uma rápida solução.

Sendo assim, percebe-se a necessidade de se enfatizar outras alternativas de resolução de litígios. E como já analisado, a mediação tem tido aplicação prática e efetiva em diversos Estados, contribuindo para o sucesso das relações.

No Brasil, a mediação é mais salientada no âmbito das relações de família, mas em boa parte dos países é trabalhada no meio empresarial, a fim de resolver questões trabalhistas e corporativas; questões de vizinhança, enfim, questões que abrangem vários tipos de conflitos (PAUMGARTTEN, 2015).

De qualquer sorte, é ainda muito incipiente na sociedade brasileira. Seja por receio, por falta de informação ou mesmo pela cultura da judicialização dos conflitos, a mediação encontra-se tímida e recatada, à espera de uma ascensão.

Todavia, com a vigência da Lei de Mediação e o novo paradigma do Código de Processo Civil, tal situação tende a mudar, exigindo esforços múltiplos a fim de reconciliar as partes, em prol de benefícios comuns.

Publicada em 29 de junho de 2015, a Lei nº 13.140/2015, intitulada Lei de Mediação e em vigor depois de decorridos 180 dias de sua publicação oficial, bem como o novo Código de Processo Civil, vigente a partir de 18 de março de 2016, tratam de maneira enfática das práticas de solução de conflitos e reforçam a Resolução nº 125 do CNJ. O novo Código de Processo Civil realça a importância da mediação e conciliação como métodos de resolução consensual de conflitos, destinando a ambos uma seção inteira de um capítulo com intuito de concretizar, incentivar e investir em tais métodos.

3 Conclusão

Compreende-se a necessidade de se efetivar outras formas alternativas para a resolução dos conflitos, uma vez que o Judiciário, por

si só, há tempos, não responde de forma satisfatória aos anseios e atritos de uma sociedade complexa e em constante evolução. E o instituto da mediação não apenas soluciona o conflito aparente como também o trata desde a sua origem, evitando assim futuros desentendimentos ou mesmo demandas judiciais.

Trata-se, na verdade, de uma restauração dos sujeitos, tanto das partes diretamente envolvidas, que se encontram dispostas a mediar, através de seu caráter voluntário, como também dos operadores do direito e da sociedade de modo geral, que compreendem a mediação como um processo discursivo de debate racional em prol da harmonia nas relações.

De sorte que, com a vigência da Lei de Mediação e o novo Código de Processo de Civil, o instituto se torna uma realidade. Todavia, cabe ao Estado estruturar-se, a fim de que os mediandos sejam bem recepcionados e possam acreditar na capacidade do processo mediativo, e, à sociedade, uma mudança de paradigma, que encontra no diálogo a base primeira de uma (re)construção.

Sendo assim, há uma necessidade de se propagar uma mudança de mentalidade, de perspectivas, em uma sociedade individualista, egoísta, a fim de se processar a alteridade, o fortalecimento do discurso democrático e racional, com vistas à solução consensual dos conflitos.

Nessa senda, percebem-se as dificuldades que se edificarão em torno do instituto, uma vez que tal mudança de paradigma tende a ser paulatina, sobretudo em uma sociedade acostumada a judicializar, e, por mais que esse sistema já não responda totalmente aos anseios, é familiar e de certa forma confortável para aqueles que preferem protelar a lide a solucioná-la.

Portanto, ainda que o caminho não seja de todo acessível, a mediação é uma resolução construída com a participação dos próprios litigantes e retrata a maturidade dos envolvidos, um novo olhar para o conflito em consonância com um Estado Democrático de Direito,

assim como a dinâmica social. Todavia, para que essa ferramenta se torne de fato efetiva, necessário se faz a adesão não apenas dos operadores do direito, mas da sociedade como um todo, a fim de trilharmos uma cultura do diálogo.

Referências

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias, mediação familiar, conceituação e distinções necessárias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARRAL, Gleice Leila. *A possibilidade de utilização da arbitragem na solução de conflitos decorrentes de relações individuais de consumo*. Monografia. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 5 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 18 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Lei da Mediação e novo CPC reforçam acerto da Resolução 125 do CNJ. *Agência CNJ de Justiça*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81043-lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcaram-acerto-da-resolucao-125-do-cnj>. Acesso em: 5 abr. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (Orgs.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elieser, 2014. p. 171-189.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Júlio Olivé. *Mediação e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolsan de; SPLENGER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. Ed. rev. e atual. com o projeto de lei do novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC. Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

6. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, interesse de agir e prévia resistência extrajudicial

Murilo Heitor Carneiro Júnior

Assessor Judiciário do TJMG.
Especialista em Direito Processual Civil.

Adriano da Silva Ribeiro

Assessor Judiciário do TJMG.
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA.
Mestrando em Direito Público pela Universidade FUMEC.

1 Introdução

O presente artigo tem como finalidade investigar a relação existente entre o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e o interesse de agir em juízo, a fim de se constatar a indispensabilidade de prévia resistência extrajudicial para a busca da tutela jurisdicional.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, nos termos do inciso XXXV do art. 5º, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, consagrando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (BRASIL, 1988).

Por sua vez, o vigente Código de Processo Civil elenca, nos termos do art. 17, o interesse de agir em juízo como uma das condições da busca pela tutela jurisdicional (BRASIL, 2015a).

A pesquisa fundamenta-se na sua relevância, no âmbito processual civil, com nítidos reflexos no âmbito social, tendo em vista a sobrecarga do Poder Judiciário, com incontáveis demandas cuja so-

lução poderia ter se dado na seara extrajudicial, dificultando, assim, a celeridade e a efetividade do trabalho jurisdicional como um todo.

Para alcançar o objetivo de pesquisa, além da revisão bibliográfica, optou-se pela pesquisa documental, por meio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O referencial teórico tem como base Humberto Theodoro Júnior, Fredie Didier Júnior e Alexandre de Moraes.

Com a elaboração do artigo, espera-se contribuir para a discussão sobre a relação existente entre o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e o interesse de agir em juízo, e, para melhor expor os resultados obtidos, este texto foi dividido em três partes, nas quais se discutem: a inafastabilidade do controle jurisdicional, o interesse de agir no Código de Processo Civil e o entendimento jurisprudencial de Tribunais Superiores a respeito do interesse de agir. Na conclusão, procurar-se-á sintetizar o estado atual do tema.

2 Inafastabilidade do controle jurisdicional

É cediço que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi consagrado pela Constituição da República, ao prever, em seu art. 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, garantindo, dessarte, a qualquer cidadão, a possibilidade de dirigir-se ao Judiciário para o exercício e a garantia de seus direitos (BRASIL, 1988).

Isso significa, conforme ensinam Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “que o juiz não pode furtar-se a realizar a prestação da atividade jurisdicional, alegando a inexistência de lei”. Alertam, ainda, que “a expressão lei deve ser entendida como ordenamento jurídico, na sua total extensão, ou seja, conjunto de nor-

mas jurídicas vigentes, compreendendo regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais” (SOARES; DIAS, 2012, p. 13).

Para José Miguel Garcia Medina, “não se limita a norma constitucional a obstar que alguma lei impeça o acesso à jurisdição, mas vai além, para assegurar o direito de exigir do Estado a tutela jurisdicional” (MEDINA, 2018, p. 137). Ao referir-se “tanto à lesão quanto à ameaça, deixa claro a Constituição que a jurisdição deve realizar o Direito, restaurando a ordem jurídica violada ou evitando que tal violação ocorra, através de procedimento ordenado para esse fim”, afirma José Miguel Garcia Medina (2018, p. 120).

Aludido princípio constitucional, se interpretado de forma absoluta, excluiria a exigência de prévia resistência extrajudicial para a busca da tutela jurisdicional, exceto, por óbvio, o caso em que a própria Constituição da República exige a prévia instauração de instância administrativa, quais sejam as causas de competência da justiça desportiva.

Sobre a questão, confira-se a lição de Alexandre de Moraes:

Inexiste obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial (MORAIS, 2009, p. 84).

Estabelecida a premissa de que está previsto, na Constituição da República, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (BRASIL, 1988), em prosseguimento, releva compreender as condições da ação, previstas no Código de Processo Civil, em especial o interesse de agir (BRASIL, 2015a).

3 Interesse de agir no Código de Processo Civil

Já o vigente Código de Processo Civil prevê, em seu art. 17, que, para postular em juízo, é necessário ter interesse e legitimidade, de modo que o interesse de agir, bem assim a legitimidade ativa *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido, constitui uma das condições da ação, a possibilitar um julgamento meritório (BRASIL, 2015a).

Consagrando esse preceito, assim determina o Código de Processo Civil:

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

[...]

Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

I - for inepta;

II - a parte for manifestamente ilegítima;

III - o autor carecer de interesse processual;

IV - não atendidas as prescrições dos art. 106 e 321.

[...]

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

[...]

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual (BRASIL, 2015a).

A propósito, pertinente a lição de Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar que “a segunda condição da ação é o *interesse de agir*, que também não se confunde com o interesse *substancial*, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação”. Explica o autor que “o interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da *necessidade* de obter, por meio do processo, a proteção ao interesse substancial” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 78).

Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a propósito do interesse processual, afirmam: “interesse é justamente

a relação que existe entre o pedido deduzido pela parte e a prestação da atividade jurisdicional postulada pela parte”. Revelam, assim, que “está presente o interesse de agir quando o autor tem a necessidade de se valer da via processual para alcançar o bem da vida pretendido, interesse este que sofre resistência pela parte *ex adversa*” (SOARES; DIAS, 2012, p. 19).

Assim, também afirma José Miguel Garcia Medina que “há interesse processual quando presentes a necessidade e a utilidade (ou adequação) de se promover a ação com o intuito de prevenir ameaça ou reprimir lesão a direito” (MEDINA, 2018, p. 142).

O apontado interesse de agir repousa, portanto, na demonstração da necessidade e utilidade do provimento judicial para obtenção do bem da vida almejado, conforme ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara:

O interesse de agir é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito do provimento final seja verdadeiro binômio: ‘necessidade da tutela jurisdicional’ e ‘adequação do provimento pleiteado’. Fala-se, assim, em ‘interesse-necessidade’ e em ‘interesse-adequação’. A ausência de qualquer dos elementos componentes desse binômio implica ausência do próprio interesse de agir (CÂMARA, 2014, p. 151).

Para Humberto Theodoro Júnior, “há interesse processual ‘se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais’” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 78).

Ressalta, ainda, que o interesse processual:

Localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma *necessidade*, como

adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação ‘que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não o fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)’. Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. Falta interesse, portanto, se a lide não chegou a configurar-se entre as partes, ou se, depois de configurada, desapareceu em razão de qualquer forma de composição válida (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 78).

O interesse de agir, portanto, somente estará demonstrado quando evidenciadas pela parte a necessidade de um provimento jurisdicional, assim entendida pela impossibilidade de resolução da demanda por outra via, a utilidade, de modo que tal provimento, caso deferido, implicará uma melhora da sua situação, bem assim a adequação da via eleita para a persecução do direito.

Concernentemente à necessidade de um provimento jurisdicional, vislumbra-se uma questão controvertida, amplamente debatida na doutrina e nos tribunais, relativa à obrigatoriedade de prévia resistência extrajudicial, ainda que de forma omissiva, para a configuração dessa condição da ação.

Essa medida, em tese, configuraria afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, em que pese resolver boa parte do problema da sobrecarga de demandas judiciais.

Acerca desse aparente conflito processual, hodiernamente, prevalece o entendimento, tanto doutrinário como jurisprudencial, no sentido que a prévia resistência extrajudicial pode, em situações pontuais, ser pressuposto da necessidade de acionamento do Judiciário, ou seja, condição da ação.

A tese mencionada é assim elucidada por Fredie Didier Júnior:

Direitos fundamentais podem sofrer restrições por determinação legislativa infraconstitucional. É necessário, porém, que esta restrição tenha justificção razoável. No caso, em juízo *a priori*, não parece inconstitucional o condicionamento, em certos casos, da ida ao Judiciário ao esgotamento administrativo da controvérsia. É abusiva a provocação desnecessária da atividade jurisdicional, que deve ser encarada como *ultima ratio* para a solução do conflito. Se o demandante demonstrar que, naquele caso, não pode esperar a solução administrativa da controvérsia — há urgência no exame do problema, por exemplo, a restrição revela-se, assim, indevida, e deve ser afastada, no caso, pelo órgão julgador. Note, então, que a análise da possibilidade de condicionamento do ingresso no Judiciário transfere-se para o caso concreto. Em suma: pode a lei restringir, em certos casos, o acesso ao Judiciário; se, porém, revelar-se abusiva, de acordo com circunstâncias particulares do caso concreto, esta restrição pode ser afastada pelo órgão julgador (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 179-180).

Fixado o conceito de interesse de agir, previsto no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), bem como colocado o debate doutrinário a respeito de a prévia resistência extrajudicial poder, em situações pontuais, ser pressuposto da necessidade de acionamento do Judiciário, a seguir passamos a expor o entendimento jurisprudencial a respeito do interesse de agir.

4 Entendimento dos Tribunais Superiores a respeito do interesse de agir

Em consonância com mencionada interpretação, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240, em sede de repercussão geral, consagrou o entendimento de que, antes de o segurado acionar o Judiciário visando à concessão de benefício de natureza previdenciária, faz-se necessário o prévio requerimento administrativo.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Prévio requerimento administrativo e interesse em agir. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo — salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração —, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (3/9/2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a pos-

tulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir (BRASIL, 2014).

No mesmo sentido, destaca-se o acórdão de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

Agravo Regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Garantia de acesso ao Poder Judiciário. Exigência de requerimento prévio. Caracterização do interesse de agir. Ausência de afronta ao art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República. Ação de cobrança do seguro DPVAT. Requerimento inexistente, mas desnecessário porque atendida regra de transição pela contestação de mérito da seguradora (RE 631.240). Agravo regimental ao qual se nega provimento (BRASIL, 2015b).

Consagrou-se, portanto, a tese de que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não é absoluto, podendo, pois, ser relativizado, em prestígio à celeridade e efetividade da própria ativi-

dade jurisdicional, nos casos cujos conflitos denotem uma solução extrajudicial.

Entendimento semelhante foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em julgamento do Recurso Especial nº 1.349.453/MS, representativo de controvérsia multitudinária referente às ações de exibição de documentos, firmou a seguinte tese:

Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Expurgos inflacionários em caderneta de poupança. Exibição de extratos bancários. Ação cautelar de exibição de documentos. Interesse de agir. Pedido prévio à instituição financeira e pagamento do custo do serviço. Necessidade. - Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. - No caso concreto, recurso especial provido (BRASIL, 2015a).

Registre-se, na oportunidade desse julgado, o voto-vista acerca do interesse de agir em ações previdenciárias, proferido pela Ministra Maria Isabel Gallotti, ao estender a análise dessa condição da ação às demandas em que consumidores buscam a exibição de documentos bancários. Para tanto, merece destaque o seguinte trecho:

Transportando esses fundamentos para as ações cautelares de exibição de documento, em que apenas se pretende a segunda via de contratos ou extratos bancários, anoto ser inconteste que os bancos já enviam periodicamente extratos, sendo franqueado igualmente o acesso gratuito aos lançamentos em conta bancária por meio da internet. Se não houver a iniciativa de seu cliente de pedir na agência de relacionamento, pelos canais ade-

quados, a emissão de segunda via dos documentos já fornecidos, não há como se considerar configurada resistência do banco e, portanto, interesse de agir que justifique a movimentação do Poder Judiciário para a solicitação dos documentos comuns.

Não pairam dúvidas de que a relação entre os bancos e seus correntistas é regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Igualmente, é indisputável que o contrato e os extratos são documentos comuns e que o banco tem o dever de fornecê-los ao cliente, quantas vezes for solicitado. Mas o banco não pode adivinhar que determinado cliente deseja a segunda, a terceira ou a quarta via de tal ou qual documento. Não é razoável que o pedido seja feito diretamente perante o Judiciário, sem que tenha sido solicitado extrajudicialmente ao banco. Assim, é pressuposto para configurar o interesse de agir a demonstração de que o banco, ciente da pretensão, não se dispôs a fornecer os documentos em tempo hábil. Tal demonstração pode decorrer de negativa explícita ou da mera omissão em fornecer os documentos que lhe tenham sido requeridos, pelos canais de relacionamento adequados, nos termos contratuais e da regulamentação da autoridade monetária.

Penso, portanto, que o interesse de agir é condição da ação cautelar de exibição de documentos e ele estará evidenciado se o autor demonstrar a recusa ou a inércia da instituição financeira em fornecer, em tempo hábil, os documentos comuns, após cientificada da pretensão (BRASIL, 2015a).

Cabe ao julgador, portanto, analisar se eventual exigência legal de prévia resistência extrajudicial, como condição da ação, configura medida razoável no caso concreto, sopesando a possibilidade de resolução extrajudicial do conflito.

5 Conclusão

A sobrecarga de trabalho constitui um dos principais problemas que assolam o Poder Judiciário na atualidade, impossibilitando

que seus membros e servidores desenvolvam sua atividade-fim de forma célere e eficiente.

A título de exemplo, ações versando sobre exibição de documentos, tais como contratos bancários, pagamento de indenização de seguro obrigatório (DPVAT), bem assim concessão de benefício previdenciário junto ao INSS, abarrotam as instâncias judiciais.

O princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional deve sofrer mitigação em face de outros postulados constitucionalmente consagrados, tal como a garantia da celeridade da tramitação processual.

Mostra-se razoável e adequado, portanto, o condicionamento do interesse de agir em juízo à prévia resistência extrajudicial, nos casos em que se observa, de forma nítida, uma solução administrativa para o conflito.

Há de se ressaltar a prudência a ser adotada pelo julgador ao contrapor os princípios supramencionados, em cada caso posto à sua apreciação, sob pena de distanciar o Poder Judiciário do cidadão.

Nada mais justo, com efeito, que o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme visto alhures, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, com observância imperativa pelos Tribunais Regionais e Estaduais, de prestigiar, nos casos que assim o permitem, a solução extrajudicial dos conflitos.

Minimiza-se, destarte, a sobrecarga de trabalho no Poder Judiciário, privilegiando a celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.

Referências

BRASIL. *Código de Processo Civil*: 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: 17 set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.349.453/MS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, Acórdão de 2. fev. 2015a. *DJe*, Brasília. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1370898&num_registro=201202189555&data=20150202&formato=PDF. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 631.240/MG*. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Acórdão de 10 nov. 2014. *Diário Judiciário eletrônico*, Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3966199>. Acesso em: 5 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral nº 824.712*. Relatora: Min.^a Cármen Lúcia. Brasília, Acórdão de 3 de jun. 2015b. *Diário Judiciário eletrônico*, Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8616572>. Acesso em: 5 out. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. Garantias constitucionais e processo. *Revista da AMAGIS* (Associação dos Magistrados Mineiros), Belo Horizonte, v. 5, p. 74-92, 1985.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do Judiciário. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, n. 15, v. 8, p. 230-240, 2005.

DIDIER JÚNIOR, 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.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Os institutos jurídicos da teoria geral do estado e o direito processual contemporâneo: pressupostos para a efetividade da jurisdição constitucional democrática. *In: CALHAO, Antônio Ernani Pedroso; MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá (Orgs.). Direitos humanos e democracia: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 355-405.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10 ed. rev., ampl. e atualiz. Salvador: JusPodivm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

ONODERA, Marcus Vinícius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

PENIDO, Flávia Ávila de; GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. O processo constitucional como controle de legitimidade democrática das decisões jurisdicionais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 2, p. 301-324, jul./dez. 2015.

SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Manual elementar de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

VALLE, Marcus Vinícius Mendes do. *Gestão estratégica de unidades judiciárias: desdobramento de 4º nível – gestão judiciária aplicada*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2017.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

7. *Amicus curiae*: sua participação no controle de constitucionalidade ampliado pelo Código de Processo Civil¹

Nélida Reis Caseca Machado

Servidora do TJMG.
Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela
Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).

Matheus Luiz de Faria

Delegado de Polícia de Minas Gerais.
Especialista em Direito Constitucional pela
Universidade Anhanguera-Uniderp/MS.

1 Introdução

O *amicus curiae* desempenha um papel fundamental no controle concentrado e difuso de constitucionalidade (MASSON, 2016), tendo como objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal disponha de todos os elementos para a resolução da controvérsia e supere a grave questão relativa à legitimidade democrática da Corte.

A atuação dele abre a possibilidade de uma maior pluralidade na interpretação constitucional (BORGES, 2011), como argumenta Peter Häberle ao sustentar um modelo de sociedade aberta que busca tratar da realidade constitucional com a “incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público

¹ Este artigo foi inicialmente publicado no livro *Temas contemporâneos de Direito*, obra organizada no Centro Universitário de Formiga e publicada pela Editora Scortecci em 2017.

e do bem-estar geral” (HÄBERLE, 1997). Ou seja, em uma sociedade aberta, o processo de interpretação constitucional envolve todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado de intérpretes da Constituição, e, inspirado nesse cenário, o *amicus curiae* se desenvolveu no controle de constitucionalidade brasileiro.

Assim, ele se projeta como um auxiliar na tarefa hermenêutica do magistrado, na medida em que leva a ele estudos, pesquisas, dados fáticos, pareceres e informações sobre o contexto a que se aplica a norma em debate. Dessa forma, parcelas da sociedade, inclusive minorias, podem influenciar ou pelo menos exercer papel de expressão sobre visões acerca do que deva ser a correta interpretação constitucional (BORGES, 2011), erigindo-se como partes fundamentais para a manifestação do pluralismo e para o efetivo cumprimento das garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

O instituto em cotejo busca informações e respaldo em dados científicos, em argumentações filosóficas, em informações do direito comparado, em teses éticas, no afã de cercar de todas as formas os diversos aspectos que influenciam uma decisão tão importante e de repercussão tão abrangente para a vida da sociedade e do país. E, uma vez que os magistrados que compõem os tribunais, como a Corte Suprema, não são eleitos, e por isso não possuem um caráter de representatividade da população, o *amicus curiae* é capaz de, por meio de algum viés, suprir, ao menos parcialmente, algumas lacunas não abordadas pelas partes (BORGES, 2011).

Era regulado pelo art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.869/99, e os requisitos legais e cumulativos eram dois: a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, tendo o Supremo Tribunal Federal criado um terceiro: a *pertinência temática*.

Da mesma forma, sua participação foi admitida no exame da repercussão geral, no recurso extraordinário, questões que atualmente estão reguladas no art. 1.035, § 4º, do CPC, e no procedimento de aprovação da Súmula Vinculante, art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006.

Além dessas previsões na seara constitucional, que são mais antigas, o CPC de 2015 normatizou o instituto e o faz no capítulo relativo à intervenção de terceiros, tendo a Comissão Temporária da Reforma do CPC sustentado que a regulamentação criaria condições para uma maior e melhor participação de terceiros interessados no processo em curso.

Sua regulamentação se deu conforme o entendimento da jurisprudência aplicada ao instituto, contudo, com algumas desarmonias, isso porque não era entendido como intervenção de terceiros, mas como “auxiliar do juízo” (DIDIER JÚNIOR, 2010) e foi alocado na intervenção de terceiros. Ao mesmo tempo, cabe ao juiz deliberar sobre os poderes do *amicus curiae*, o que o distancia da figura de intervenção de terceiros, podendo gerar quebra da isonomia, pois pode ser autorizado a participar da maneira como foi vetado em outro processo (FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2016).

Assim, a intenção deste estudo é analisar a figura do *amicus curiae*, comparando a disposição prevista no direito constitucional e sua regulamentação no Código de Processo Civil de 2015. Fez-se um apanhado bibliográfico de como essa ferramenta jurídica será regida e de como ela aparentemente se choca com o que já estava produzido pelo ordenamento jurídico com as poucas regulações.

Parte-se da definição do instituto, depois da sua regulamentação no CPC, mesma ocasião em que se foram arquitetando alguns comentários acerca da sistemática atual, que poderá gerar algumas incongruências sistêmicas, embora possa, entretanto, para a correção de algumas rotas, dar origem a adequações jurisprudenciais no decorrer da aplicação, tudo com o intuito de apontar sua melhor versão.

2 *Amicus curiae*

O *amicus curiae*, com inspiração em vários ordenamentos jurídicos, deita suas principais raízes no constitucionalismo anglo-saxão² e tem por escopo conceder a uma personalidade ou a um órgão, que não seja parte no processo judicial, a discricionariedade de nele intervir, emitindo opiniões e informações tendentes a elucidar os partícipes da relação processual, no tocante a questões fáticas ou jurídicas que gravitam em torno do objeto da contenda, visando pluralizar o debate e a decisão emanada do Poder Judiciário.

Traduzindo *amicus curiae* para o vernáculo brasileiro, amigo da corte, sua definição gerava fervorosos debates na doutrina e na jurisprudência. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, diga-se *en passant*, em meados de 2004, o então Ministro Maurício Corrêa, ao relatar a ADI nº 2.581 - AgRg/SP, asseverou, em seu voto, tratar-se o *amicus curiae* de simples colaborador informal da corte, descartando, pois, a hipótese de tratar-se de intervenção *ad coadjuvandum*.

Em outro julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI nº 2.130), cuja relatoria ficou a cargo do Mi-

² De acordo com a lição de Elisabetta Silvestri sobre o tema, a origem do *amicus curiae* estaria no direito penal inglês da época medieval. Esse sujeito tinha papel meramente informativo no processo, trazendo à Corte matérias de fato desconhecido. Tratava-se de um sujeito imparcial e desinteressado, e a discricionariedade do juiz em aceitá-lo assemelhava-se, de certa forma, ao atual poder instrutório do juiz. Posteriormente, o direito norte-americano importou do direito inglês essa figura processual e implantou-a no ambiente da *common law*, em que o instituto virou símbolo de referência (SILVESTRI, p. 679-680 *apud* BUENO, 2008, p. 87-88).

De acordo com Antônio Augusto Camargo Ferraz, Édiz Milaré e Nelson Nery Júnior, citados por Vallisney de Souza Oliveira, o precursor do *amicus curiae* é a figura do *ombudsman*, de origem sueca, que remonta ao século XVI, órgão responsável por “controlar a administração pública”. Esse instituto adquiriu, ao longo do tempo, as funções de “garantia a direito e liberdades dos cidadãos à defesa dos interesses difusos, além da função originária de controle da administração” (BORGES, 2011).

O paradigmático case “*The Schooner Exchange vs. McFadden*”, de 1812, foi responsável pela gênese do *amicus curiae* no direito norte-americano. Sua participação é regulada pela regra nº 37 da Suprema Corte norte-americana, que determina que uma petição de *amicus curiae* que traz fatos relevantes, ainda não manifestados pelas partes, será de considerável ajuda para aquela Corte. Ao contrário, aquelas que não servirem ao seu propósito não devem ser interpostas, pois sobrecarregam a Suprema Corte (BUENO, 2008, p. 440).

nistro Celso de Mello, ficou consignado, em seu voto, que o amigo da corte detinha a natureza jurídica de autêntico interveniente processual (DONIZETTI, 2016, p. 340).

A participação dele no Brasil se originou com o advento da Lei nº 6.385/1976,³ a qual previu a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários nos processos que discutiam matéria de sua competência (DONIZETTI, 2016, p. 337). Em seguida, diversas outras legislações também versaram sobre o *amicus curiae*, a exemplo da Lei nº 9.279/1996,⁴ que regula os direitos e obrigações atinentes à propriedade intelectual e previu a intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) nas ações de nulidade de registro de patente; a Lei nº 12.529/2011⁵ (Lei Antitruste), que determina a intimação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), nos processos cuja discussão se relacione ao direito de concorrência.

Não obstante tenha a intervenção do *amicus curiae* ganhado respaldo nessas legislações, foi com o advento da Lei nº 9.868/1999, que regulamentou o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), que a figura do *amicus curiae* ganhou proeminência no cenário jurídico pátrio. O art. 7º, § 2º, da lei prevê:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade [...]

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades (grifo nosso).

³ Art. 31 da Lei nº 6.385/76: “Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.”

⁴ Art. 57 da Lei nº 9.279/96: “A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal, e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.”

⁵ Art. 118 da Lei nº 12.529/11: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.”

Dessa forma, o *amicus curiae* passara a viabilizar a democratização do debate acerca da Constituição, atuando como fator de legitimação das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que pluraliza o debate constitucional e fornece todos os elementos informativos necessários à resolução da controvérsia (DONIZETTI, 2016, p. 338), propiciando uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Häberle em sua “sociedade aberta de intérpretes” (CUNHA JÚNIOR, 2007).

Isto é, a participação do *amicus curiae*, com o fornecimento de subsídios ao julgador, contribui para o incremento de qualidade às decisões judiciais. Amplia-se a possibilidade de obtenção de decisões mais justas — e, portanto, mais consentâneas com a garantia da plenitude da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/1988). Por outro lado, sobretudo nos processos de cunho precipuamente objetivo (ações diretas de controle de constitucionalidade, mecanismos de resolução de questões repetitivas, etc.), a admissão do *amicus* é um dos modos de ampliação e qualificação do contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988) (TALAMINI, 2015).

Esclareça-se que não há identidade absoluta entre os regimes jurídicos extraíveis das disposições legislativas que os previam. Mas de todas extrai-se um núcleo comum: permitir a colaboração processual de um terceiro, que nem por isso passa a titularizar posições jurídico-processuais de parte (TALAMINI, 2015).

Nesse consectário e baseando-se no contexto de proeminência da participação do *amicus curiae*, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) estendeu a participação dele aos demais processos judiciais, sistematizando seus liames jurídicos, com regramento específico, delineando os pormenores de sua natureza jurídica, e, como se disse, às vezes de forma incongruente com o funcionamento anterior no sistema jurídico brasileiro, estudo que se fará nos próximos itens.

Além do mais, o art. 138 do CPC/2015 aplica-se a todas as previsões anteriores de forma subsidiária (TALAMINI, 2015).

3 O *amicus curiae* no CPC/2015

Inicialmente, para um melhor acompanhamento do leitor quanto aos argumentos que serão expedidos, colaciona-se o texto legal previsto no CPC/2015. O *amicus curiae* está previsto no capítulo V do título III da intervenção de terceiros, que dispõe:

Capítulo V - DO *AMICUS CURIAE*

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Pois bem. Verifica-se que *amicus curiae* foi alocado no rol das intervenções de terceiros, sendo possível a sua participação em qualquer processo, desde que se trate de causa relevante, ou com tema muito específico ou que tenha repercussão social (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 523). Essa alocação se diferencia do tratamento dado pelo controle de constitucionalidade.

Como anteriormente dito, no controle de constitucionalidade, por disposição expressa, não se permite intervenção de terceiros, e se a hermenêutica se fecha, sendo o *amicus curiae* uma intervenção de terceiros, estaria vetada sua permanência no controle de constitucionalidade,⁶ o que representaria retrocesso do processo constitucional, porque representaria a quebra da abertura dos intérpretes da Constituição.

Assim, a melhor hermenêutica, a fim de não fechar a abertura proposta por Häberle, é entender que, em decorrência da matéria, seria possível afirmar que é possível a participação do terceiro *amicus curiae* no controle de constitucionalidade.

No entanto, ainda que alocado na intervenção de terceiros, sua forma de participação difere daquela dos demais terceiros. É que a intervenção de terceiros, preconizada pelo Código, é fato jurídico processual que implica modificação de processo, pois se trata de ato jurídico processual pelo qual um terceiro, autorizado por lei, ingressa em processo pendente, transformando-se em parte.

Tanto que são duas as premissas fundamentais da teoria da intervenção de terceiro: a) terceiros são todos os sujeitos estranhos a dado processo, que se tornam partes a partir do momento em que intervenham; b) o acréscimo de sujeitos ao processo, em qualquer hipótese de intervenção, não importa criação de processo novo — a presença de um sujeito a mais torna o processo mais complexo, mas ele é sempre o mesmo (DINAMARCO, 1997, p. 39).

Logo, como parte no processo, deveria agir com todas as prerrogativas pertencentes às partes. Contudo, o *amicus curiae* tem sua manifestação descrita pelo julgador, não pela norma processual.

⁶ “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. [...] § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

Portanto, de forma diferenciada das demais intervenções de terceiros, não assume a condição de parte, e sua intervenção não se fundamenta no interesse jurídico na vitória de uma das partes. Por isso, ele não assume poderes processuais, estando sua participação limitada à prestação de subsídios para a decisão (TALAMINI, 2015).

Essa participação prevista de forma aberta pode vir a quebrar a isonomia entre os inúmeros participantes nessa intervenção, em potencial ofensa ao princípio constitucional da igualdade. Explica-se.

Considerando-se que pode haver tratamento diferenciado a cada amigo da corte, as decisões de inclusão e participação podem ser díspares ou contraditórias, porque estariam de certa forma concentradas no julgador, dificultando ou impedindo esse acesso ao Judiciário. Ou seja, em um processo nas mesmas condições, um amigo da corte pode ser aceito e em outro não, o que também pode acontecer com as diversas maneiras de participar, uma vez que em um processo ele pode participar da audiência e em outro não, tudo a depender da boa vontade do juiz, fato que definitivamente não acontece nas demais intervenções de terceiros, além de se instalar indelével insegurança jurídica quanto à participação.

O que se verifica, então, é uma subjetividade judicial, que poderá desequilibrar o poder do *amicus curiae* no seu papel de contribuir com as discussões e influenciá-las para se chegar à decisão.

Saliente-se que a intervenção do *amicus curiae* é possível quando houver “relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia”, regras que servem para ilustrar as hipóteses de cabimento objetivas, porque não exaurientes (TALAMINI, 2015). São duas as balizas: a especialidade da matéria⁷

⁷ A complexidade da matéria justificadora da participação do *amicus* tanto pode ser fática quanto técnica, jurídica ou extrajurídica.

(grau de complexidade) e/ou a importância da causa⁸ (sua transcendência; repercussão transindividual ou institucional).

São requisitos alternativos, ou, não necessariamente, cumulativos: tanto a sofisticação da causa quanto sua importância *ultra partes* podem autorizar a intervenção. De todo modo, os dois aspectos, em casos em que não se põem isoladamente de modo tão intenso, podem ser somados, considerados conjuntamente, a fim de viabilizar a admissão (TALAMINI, 2015).

Isto é, a questão deve estar afeta a objetos que interessem a outras pessoas, justificando, pois, a participação do amigo da corte. Nesse sentido, Elpídio Donizetti:

Esse requisito está presente nos recursos relativos a matérias com repercussão geral reconhecida e, em geral, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade. Nesses casos, a relevância da matéria já existe em razão da necessidade de interposição do recurso ou do mero ajuizamento. Entretanto, nas outras demandas, a relevância precisa ser analisada diante do caso concreto. Esse requisito requer que a questão jurídica objeto da controvérsia extrapole os interesses subjetivos das partes. Ou seja, a matéria discutida em juízo deve extravasar o âmbito das relações firmadas entre os litigantes (DONIZETTI, 2016, p. 342).

⁸ A importância transcendental da causa pode pôr-se tanto sob o aspecto qualitativo (relevância da matéria) quanto quantitativo (repercussão social da controvérsia). Por vezes, a solução da causa tem repercussão que vai muito além do interesse das partes, porque será direta ou indiretamente aplicada a muitas outras pessoas (ações de controle direto, processos coletivos, incidentes de julgamento de questões repetitivas ou mesmo a simples formação de um precedente relevante, etc.). Mas, em outras ocasiões, a dimensão *ultra partes*, justificadora da intervenção do *amicus*, estará presente em questões que, embora sem a tendência de reproduzir-se em uma significativa quantidade de litígios, versam sobre temas fundamentais para a ordem jurídica. Imagine-se uma ação que versa sobre a possibilidade de autorizar-se uma transfusão sanguínea para uma criança mesmo contra a vontade dos pais dela. O caso, em si, concerne a pessoas específicas e determinadas, mas envolve valores jurídicos fundamentais à ordem constitucional (direito à vida, liberdade religiosa, limites do direito à intimidade, etc.). Em uma causa como essa, é justificável a intervenção de *amici curiae*, que poderão contribuir sob vários aspectos (médicos, filosóficos, religiosos...) (TALAMINI, 2015).

Outro requisito que deve ser aferido a contento, quando da admissão da intervenção do *amicus curiae*, diz respeito à representatividade adequada. Esse requisito determina que deve haver algum vínculo entre o amigo da corte e a questão litigiosa discutida, de forma que a sua participação possa contribuir para o deslinde da controvérsia, o que já era aplicado no controle como pertinência temática.

Isso porque a legitimação democrática que justifica a sua intervenção é a possibilidade de amplo debate sobre pontos de vista diversos, sobre valorações diversas em busca de consenso majoritário. Isto é, o tema debatido, apto a pautar a intervenção do *amicus curiae* no processo, deve guardar relação estreita com o conhecimento técnico ou científico do interveniente.⁹

Infere-se, então, que o *amicus curiae* não visaria, ao intervir no processo, defender interesses próprios, mas sim interesses gerais da coletividade ou aqueles interesses que consubstanciem valores essenciais de determinados grupos ou classes.

Podem ser *amicus curiae* tanto pessoas naturais quanto jurídicas — e, nesse caso, tanto entes públicos como privados; entidades com ou sem fins lucrativos.

Mesmo órgãos internos a outros entes públicos podem em tese intervir nessa condição, fato que se diferencia bastante do controle de constitucionalidade, pois ele permite apenas a manifestação de outros órgãos ou entidades. Logo, uma interpretação holística exige que seja ampliado o rol dos possíveis legitimados a *amicus curiae*.

⁹ “O *amicus curiae* só poderá ser admitido para efeito de manifestação quando seus conhecimentos puderem auxiliar na resolução da controvérsia. Para tanto, o julgador deve verificar a necessidade (ou não) de se analisar o mérito não apenas por meio dos documentos trazidos pelas partes, mas também por meio dos elementos fáticos que tenham relação com a demanda” (DONIZETTI, 2016, p. 343). “A adequação da representação será avaliada a partir da relação entre o *amicus curiae* e a relação jurídica litigiosa. Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar, por exemplo, com questões relacionadas aos povos indígenas; uma entidade de classe pode ajudar na solução de questão que diga respeito à atividade profissional que ela representa, etc.” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 523).

Por fim, a intervenção poderá se dar de ofício,¹⁰ o que também se diferencia do controle de constitucionalidade em que o julgador apenas a admite, não sendo permitido fazê-lo *ex officio*. Da mesma forma, numa interpretação ampliativa, seria perfeitamente possível imaginar que tal previsão se aplique ao controle de constitucionalidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda sob a égide do CPC de 1973, entendeu que o *amicus curiae* só poderia requerer o seu ingresso no processo até a data em que o relator liberar o processo para inclusão em pauta.¹¹ E como não houve regramento expresso pelo Código de Processo Civil/2015 e considerando a importância do *amicus curiae* para a instrução processual, tem-se que sua intervenção deve ser admitida a qualquer tempo, desde que antes de conclusos os autos para julgamento (nos processos de primeiro grau), ou até a data em que houve a remessa dos autos, pelo Relator, à mesa para julgamento (nos processos que correrem perante os Tribunais).

A decisão sobre a intervenção do *amicus curiae*, admitindo-a ou não, é irrecorrível. Entretanto, Cássio Scarpinella Bueno (2016) sustenta que, se as decisões negativas de participação forem tomadas monocraticamente, seria possível o agravo de instrumento:

Com base no *caput* do art. 138, é pertinente entender que a solicitação para intervenção e a admissão da intervenção do *amicus curiae* são decisões irrecorríveis. Não, contudo, as decisões opostas, isto é, a que se recusa a solicitar a intervenção e a que inadmite a intervenção. Para essas, é correto sustentar, à falta de previsão em sentido contrário, a incidência da regra genérica

¹⁰ A doutrina contemporânea vem sustentando que, quando a intervenção do terceiro é determinada *ex officio* pelo magistrado, poder-se-á vislumbrar a chamada “intervenção *iussu iudicis*”, como no caso em análise (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 527).

¹¹ (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 4.071 AgR, Rel. Min. Menezes Direito, j. em 22/4/2009, p em *Dje-195*). Nesse mesmo diapasão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Indeferimento. *Amicus curiae*. Julgamento iniciado. - A seção, em questão de ordem levantada pelo Min. Benedito Gonçalves, indeferiu o pedido de terceiro para ingressar no feito como *amicus curiae*, ou assistente, uma vez que já pautado e iniciado o julgamento, com dois votos já proferidos (STJ, QO no REsp. 1.003.955/RS. Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, j. em 12/11/2008, Informativo nº 376).

do inciso IX do art. 1.015, admitindo, destarte, sua recorribilidade imediata por agravo de instrumento. Se as decisões negativas forem proferidas monocraticamente no âmbito dos Tribunais, o recurso cabível será o agravo interno (art. 1.021) (BUENO, 2016, p. 181).

Uma vez admitido no processo, ele deverá se manifestar no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data da decisão que o admitiu, mas em obediência ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). Fredie Didier Júnior (2015) salienta que essa manifestação pode ser feita juntamente com o requerimento do interveniente, visando à sua admissão no processo.

Ainda que, paradoxalmente, a sua intervenção não implique, conforme pugna o art. 138, § 1º, do Código de Processo Civil, alteração de competência em razão da pessoa (*ratione personae*), submetendo-se, pois, à competência já fixada para o processo (*perpetuatio jurisdictiones*), a razão estaria no fato de que o *amicus curiae* não é titular da relação jurídica litigiosa nem de relação jurídica conexa, não sendo parte para fim de modificação de competência, embora deva ser considerado como parte para a defesa em juízo dos interesses que justificam a sua intervenção (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 524).

Imperioso asseverar ainda que o *amicus curiae* não possui legitimidade recursal, ou seja, não poderá impetrar recurso para combater a decisão proferida, com exceção apenas de impetrar embargos declaratórios e de recorrer de decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, por força do art. 138, § 3º, e dos art. 976 e seguintes do CPC.

4 Últimas considerações

O *amicus curiae*, ou amigo do juízo, é o auxiliar que colabora com o magistrado na tarefa hermenêutica de interpretar as leis ou a

própria Constituição. Considerando a grande importância do *amicus curiae* na tarefa hermenêutica, destacando informações, dados e entendimentos ainda não suscitados pelas partes ou até mesmo não contemplados pelo magistrado, percebe-se a sua fundamental participação na abertura dos intérpretes da Constituição, formando um resultado interpretativo mais coeso com a realidade e mais legítimo.

Era conhecido principalmente por sua intervenção no controle de constitucionalidade, embora previsto em outras normas no ordenamento jurídico brasileiro, inspirado em outros institutos estrangeiros.

Assim, sua atuação denota-se como uma possibilidade, não garantia, de abertura do processo hermenêutico e de formar novos significados normativos, conferindo maior legitimidade democrática às decisões judiciais. Mesmo diante das alterações advindas do Código de Processo Civil, que o regulamentou ampliando as perspectivas anteriormente previstas, acrescentando a forma de ingresso (de ofício) e a legitimidade (incluindo outras pessoas), o que se espera é que a hermenêutica e a jurisprudência sejam capazes de estender essas inovações e alterações ao controle de constitucionalidade.

Da mesma forma, espera-se que os procedimentos que visem à redução do instituto, bem como à ofensa a princípios constitucionais, sejam interpretados de forma a não comprometer a participação democrática. Somente assim estar-se-ia garantindo maior efetividade e legitimidade às decisões judiciais, valorizando-se uma visão absolutamente pluralística.

Portanto, a ampliação feita pelo CPC/2015 é plenamente aplicável ao controle de constitucionalidade, o que será de inafastável importância, mormente no que concerne à otimização de sua participação em aludido controle, tendo como norte, sempre, a garantia do acesso e da participação, efetivamente democrática, de todos os interessados, sejam eles mediatos ou imediatos.

Referências

BORGES, Lara Parreira de Faria. *Amicus curiae* e o projeto do novo Código de Processo Civil - Instrumento de aprimoramento da democracia no que tange às decisões judiciais. *Revista Eletrônica*, v. 1, n. 4, out. 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/51-v1-n-4-outubro-de-2011>. Acesso em: 1º out. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *O amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade: a intervenção do particular, do colegitimado e dos *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. *Evocati Revista*, Aracaju, n. 15, mar. 2007. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=110. Acesso em: 29 out. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Volume 1. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o novo CPC – Lei 13.105 de 16 março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MASSON, Nathália. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOUSA, Douglas Cavallini de; VOLPIN, Lucas Rodrigues. *A figura do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5032. Acesso em: 1º out. 2016.

TALAMINI, Eduardo. *Amicus curiae no CPC/15: comentários ao art. 138 do CPC*. In: WAMBIER, Teresa et al. *Breves comentários ao novo CPC*. São Paulo: RT, 2015. p. 438-445. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234923,71043-Amicus+curiae+no+CPC15>. Acesso em: 30 set. 2016.

8. O fim do livre convencimento motivado? Quais seriam as novidades trazidas pelo CPC/2015 para a valoração da prova pelo juiz?

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes

Juiz de Direito da 23ª Vara Cível de Belo Horizonte/MG.

1 Introdução

A ideia externada por alguns estudiosos era sepultar o nominado “livre convencimento motivado do juiz”, então identificado com arbitrariedade, através de inovações encartadas no Código de Processo Civil (CPC/2015), evidência que se percebe pelo cotejo do atual art. 371 com o revogado art. 131 do CPC de 1973.

Solipsismo judicial, socialismo processual e simplificação procedimental foram termos cunhados por advogados e acadêmicos de expressão para identificar o processo civil anterior ao atual CPC/2015. Nesse universo delineado por muitos dos referidos estudiosos, os juízes agiam, de forma recorrente, com desprezo ao comando do art. 93, IX, da Constituição Brasileira, que consagra a motivação das decisões judiciais, primando pela não cooperação com os advogados das partes e pela produção de decisões abruptas e de fundamentação superficial, amparados por um sistema processual autoritário, desconforme com a natureza garantística do Estado Democrático de Direito. Assim, era importante retirar o protagonismo do onipotente e ensimesmado juiz no processo diante dos ventos argumentativos que sopravam os positivismos para o passado.

Será que o diagnóstico estava realmente correto ou se tomou, com uma certa dose de paixão, a parte pelo todo?

O CPC/2015 alterou a estrutura do nosso processo civil a ponto de decretar o fim da liberdade de valoração da prova como extensão do dever de fundamentação das decisões e cooperação com as partes, bem como inovou sobrelevando a ponderação como critério a ser utilizado na “colisão entre normas” (princípios, talvez?).

A mágica legiferante produziu os efeitos buscados pelo seu criador, ou, como sói acontecer em boas produções legislativas, a criatura ganhou autonomia ao tocar a realidade dentro dos limites constitucionais?

Em discussão tão multifacetada, parto da independência judicial e do diálogo que os juízes devem conduzir no processo.

2 Discussão

Em artigo seminal no que concerne ao atual Código de Processo Civil, Dierle Nunes e Nicola Picardi (2011) apresentaram uma viagem histórica sobre a codificação processual civil brasileira. Os autores citados descreveram a transição da regulação pelo livro terceiro das Ordenações Filipinas, caracterizado pelo formalismo na aquisição da prova, segredo e impulso das partes, para o Regulamento 737, estendido ao processo civil com o advento da República, até chegar ao Código de Processo Civil de 1939 durante o ministério estado-novista do controverso Francisco Campos.

Em referido ponto, é realizada a vinculação das concepções de Chiovenda que teriam inspirado Francisco Campos, historicamente simpatizante do regime fascista, sobre a restauração da autoridade no processo, com o advento do *Codice di Procedura Civile* do governo de Mussolini, em período quase pareado, que também previa a direção do processo pelo juiz, de forma ativa, proeminente e reguladora.

Pois bem. Apesar de não poucas infelizes ações — e omissões — do Poder Judiciário na era Vargas, eram todos os juízes de então estado-novistas?

Obviamente, o *Zeitgeist* pode ser um conceito cínico que jamais teria força para justificar ataques a direitos fundamentais, contudo é importante assinalar que, em 1938, surgiu também o código de processo civil estadunidense (*Federal Rules of Civil Procedure*), com os mesmos objetivos das leis citadas, ou seja, rapidez, diminuição dos custos e busca ativa das provas.

Pontes de Miranda, uma notável inteligência perdida nos positivismos e dogmatismos daquele mundo, ao comentar o CPC/1939, utilizou-se de conceitos ainda presentes na tradição do direito alemão para indicar o princípio da livre apreciação judicial da prova (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung*), apontando que o juiz seria livre para chegar às consequências que não foram tiradas pelas partes, mas ressaltava que não havia se dado arbítrio puro para o juiz, a quem tinha a obrigação de

dar os fundamentos que lhe assistiram, para a apreciação da prova: por que desprezou umas e acolheu outras, por que não atribuiu o valor, que fora de esperar-se, a alguma ou algumas, e por que chegou às conclusões que expende. Sobretudo, não há de deixar de considerar algum ponto do pedido ou da defesa, ou qualquer exceção de direito material que foi oposta (MIRANDA, 1958, p. 280).

Estariam os juízes dos anos 40 tão distantes assim do dever de fundamentação das decisões judiciais, garantido pelo art. 93, IX, da Constituição de 1988, ou, mesmo, de forma especial, da fundamentação com caráter argumentativo indicada pelo art. 489 do CPC/2015?

Talvez seja necessário buscar raízes mais profundas da construção do Judiciário brasileiro, porquanto, como ensinava Stuart Schwartz (1979), ao estudar a burocracia e sociedade no Brasil colo-

nial, o direito de soberania da Coroa portuguesa em relação às suas colônias de além-mar, com destaque para o Brasil, firmava-se sobre o seu papel de guardião da Justiça exteriorizado pela ação dos seus magistrados.

A questão, possivelmente, não era o protagonismo do juiz na pesquisa probatória, ainda que realizada em cooperação com os causídicos, ou mesmo a qualidade da fundamentação das decisões nem o diálogo interprocessual com os advogados, mas sim a ausência dos jurisdicionados na equação. Juízes e advogados participavam do mesmo sistema judicial excludente e formavam – e ainda formam – uma burocracia com linguagem própria.

Ao continuar a narrativa sobre a história da codificação processual brasileira, Nunes e Picardi trataram da influência de Enrico Tulio Liebman na construção da chamada Escola Paulista de Processo, que terá como um dos seus expoentes Alfredo Buzaid, artífice do Código de Processo Civil de 1973. Todavia, a controvérsia apresentada orbita o movimento pela socialização processual concretizado como “Projeto Firenze de Acesso à Justiça”, capitaneado por Mauro Cappelletti, que teria longa influência no direito brasileiro.

As críticas sobre os efeitos no direito processual brasileiro do trabalho de Cappelletti e Bryant Garth – que foram influentes na construção da legislação consumerista (Lei nº 8.078/1990), na defesa dos direitos coletivos e difusos (v.g.: Lei nº 7.347/1985) e na própria formulação dos juizados especiais (v.g.: Lei nº 9.099/1995) – tiveram ressonância na concepção do CPC/2015. Em verdade, houve forte movimentação para afastar da legislação processual civil qualquer indicação do conceito de instrumentabilidade do processo, correlato à centralidade em um juiz ativo e responsável pela tutela de interesses metajurídicos, uma vez que identificado como a quintessência da socialização processual e do protagonismo judicial.

Não é de se estranhar a constatação de Eduardo Oteiza (2018) de que o Brasil, diferentemente de tantos outros países democráticos, pouco levou em conta para a formulação do CPC/2015 as bem-sucedidas experiências sintetizadas no *Código Modelo Del Instituto Iberoamericano* — talvez apenas as questões sobre mediação e conciliação — e as regras da UNIDROIT — com exceção da novidade do *amicus curiae*.

Aliás, o aumento do poder do juiz na direção e impulso do processo, que parece que se tentou evitar durante a formulação do CPC/2015, é um dos alicerces do *Código Modelo Del Instituto Iberoamericano*, que produziu resultados interessantes em países de língua espanhola, como o Uruguai, segundo apontado por Oteiza (2018, p. 121).

Não muito diferente aconteceu na Espanha, onde a *Ley de Enjuiciamiento Civil* tem como um dos seus pilares o papel atribuído ao juiz no desenvolvimento do processo.

O conceito de *sana critica*, difundido na Espanha e em países de língua espanhola desde longa data, ressalta a valoração da prova pelo juiz através do convencimento motivado. O poder concedido aos juízes para apreciar as provas “*en conciencia*” não significa arbitrariedade, já que as decisões judiciais devem ser assentadas no argumento racional, que deve ser exteriorizado.

A linha a ser seguida se afasta de uma ação irracional, arbitrária e incontrollável do juiz. Em verdade, como cita Victoria Sesma (2003, p. 344-345), o juiz tem de ser livre para valorar discricionariamente a prova, mas terá para tanto de observar — e externar — uma metodologia racional na fixação dos fatos controvertidos, pois sua íntima convicção está bitolada pelo convencimento segundo o processo e a razão.

A referida autora reforça a ideia de que o “*libre convencimiento*” não se identifica com o arbítrio quando a avaliação livre da prova pelo juiz implicar o fornecimento de regras e critérios racionais para determinar a verdade dos fatos colocados em questão. Em reforço, Ses-

ma (2003, p. 344) cita Tartufo ao contrapor o livre convencimento ao sistema de prova tarifada, elaborando a ideia dos critérios do juiz em avaliar a eficácia cognitiva e a credibilidade das provas singulares em torno do fato que constitui o objeto, bem como a necessidade de o juiz realizar uma avaliação conjunta e comparativa para determinar os fatos, diante da ausência de uma hierarquia apriorística entre as provas.

De forma semelhante, a UNIDROIT (Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado) apontou princípios de processo civil partilhados entre os seus membros, com o objetivo de reconciliar diferenças entre várias regras nacionais, bem como harmonizar a aplicação do direito privado em um mundo globalizado. A independência do juiz para decidir a questão de acordo com os fatos e com a lei, assim como a sua responsabilidade de considerar todos os fatos e evidências relevantes e determinar a base legal correta para as suas decisões são princípios basilares da UNIDROIT.

A importância de iniciativas como a UNIDROIT é sobrelevada diante da constatação de que os sistemas processuais predominantes, *adversarial system* e *inquisitorial system*, se entrelaçam no mundo real, não mais existindo na sua forma pura. A rigor, como expõe Neil Andrews (2012, p. 275), no sistema inglês de modelo *adversarial*, já se busca o livre exame das provas seguindo a tendência mundial da UNIDROIT. Da mesma forma, no sistema escandinavo, o *Principle of Party Presentation* (*forhandlingsmaksimen* na Dinamarca) não significa que as partes controlem a produção e o exame das provas, pois é o juiz responsável pela condução do processo formal, não podendo ser maculada a garantia constitucional de sua independência.¹ Também o método discursivo e argumentativo, cada vez mais utilizado na Suécia, na prática, significa a apresentação pelo juiz das razões do seu decidir,

¹ A Constituição dinamarquesa (*Grundloven*) contém várias provisões para garantir a independência do sistema judicial. Como exemplo, consta da Seção 64, Subseção 1, que os juízes devem obedecer apenas à lei, além de ter em mente os direitos civis como fator de correção.

incluindo fatos, normas e até juízos de valor, realizando então a ponderação.

De outro lado, a livre valoração da prova é princípio observado no *Zivilprozessordnung* alemão (§ 260 do ZPO), não se distanciando da prudente apreciação (*prudente apprezzamento* do art. 116 do *Codice di Procedura Civile*) do direito processual italiano, que não foge ao reconhecimento de que cabe o juiz avaliar e sopesar as provas, justificando os critérios de escolha ou valoração por ele utilizados.

Não é diferente no Japão ou na França, onde o dever do juiz de motivar a sentença, ainda que com uma breve declaração dos fatos, é uma demonstração de que os argumentos das partes foram analisados.

Por fim, ao se falar de democracia, a 14^a Emenda à Constituição estadunidense ampara o devido processo legal, consubstanciado na exigência de que os juízes decidam com base nas evidências registradas no processo. O direito a um processo justo (*fair judicial procedure*) não afasta, antes pelo contrário, que o juiz atue como investigador dos fatos (*factfinder*) e aprecie a questão probatória (*factual issues*), na linha do *equity*, e atue como filtro e garantidor das provas (*gatekeeper*) nos casos ainda levados a júri na tradição da *common law*.

Os modelos até então citados são de democracias sólidas, que reconhecem a independência do sistema judicial como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O juiz é obrigado a exercer seu julgamento e deve fazê-lo com base nos fatos e através da interpretação da norma. A motivação é parte indissociável da jurisdição, assim como daquela faz parte a argumentação racional derivada da condução do processo e da avaliação independente das provas pelo juiz.

Por outra abordagem, não é perceptível como efeito do então chamado giro argumentativo a estruturação do atual Código de Processo Civil como policêntrico, com o conseqüente afastamento da centralidade do juiz na apreciação livre da prova.

Faz-se mister observar que as estratégias de conquistas de espaços (políticos, jurídicos, econômicos, sociais, etc.) podem se revelar pela busca do consenso, mas também pelo dissenso; tanto pela ação como pela resistência, quando não pela sabotagem; na atuação como *game-changers* em complexos cálculos probabilísticos ou até na utilização massiva de algoritmos no mundo da inteligência artificial. Da mesma forma acontece no processo civil.

A percepção inspirada em Sesma (2003, p. 435) de que o objetivo das teorias da argumentação jurídica não é revelar as razões justificadoras que levam a uma decisão, pois teriam os jogos de linguagem dos juristas o escopo também de não revelar a dinâmica real que move a semântica dessa linguagem e ainda menos apresentar a sua pragmática. É possível discorrer sobre a comum assimetria das partes no processo, o uso predatório da justiça por alguns advogados e pelo próprio Estado, os focos de pressão econômica que movimentam a atuação das partes no processo, as causas de interesses coletivo e difuso, a defesa dos direitos fundamentais, entre outras situações que nem sempre levarão a uma ação cooperativa no processo.

Não se deve perder de memória que a jurisdição é mais do que um requisito da democracia, sendo também o reflexo da própria soberania do Estado. A expectativa de um árbitro reativo e mediador de questões afetas a direitos individuais disponíveis de característica contratual não pode ser confundida com a figura do juiz.

A legitimidade dos juízes está baseada, conforme Owen Fiss (2007), na sua idoneidade para cumprir sua especial missão de interpretar, dar aplicação e significado concreto aos valores públicos incorporados, em regra, na Constituição. A referida idoneidade, também balizada pelo processo, tem como características a independência judicial e o diálogo processual que deve ser conduzido pelos juízes. O diálogo processual, por sua vez, não significa a estruturação de um juiz passivo, ao contrário, reflete a necessidade de o juiz se engajar no pro-

cesso. Aliás, lapidar é a frase do *Justice Hughes* citada por Fiss (2007, p. 184): “Aquele que decide deve acompanhar a produção da prova”.

A condução do processo e a ampla valoração da prova pelo juiz se coadunam com o fato de o poder de aplicação do direito só ser capaz de ser exercido, de forma legítima, em uma democracia, caso a sociedade tenha a faculdade de syndicar se a competência outorgada ao Judiciário está a ser exercida dentro do perímetro que separa a ação válida da conduta arbitrária. A concretização desse controle, por sua vez, está diretamente ligada à transparência das decisões judiciais — *accountability* —, que apenas será possível por meio da apresentação pelo juiz dos motivos de fato e de direito que lastreiam o comando judicial — *answerability* — como há muito se nota pela disposição do art. 93, IX, da Constituição brasileira.

As modificações comparativas trazidas pelo art. 301 do CPC/2015, em relação aos arts. 131 do CPC/1973 e 118 do CPC/1939, refletem um longo caminho que vem sendo trilhado pelos sistemas judiciais desde o século passado, de convivência de estruturas dedutivas — tão presentes no direito continental europeu e ibero-americano — ou indutivas — que trazem a *common law* a lume — com um sistema discursivo e argumentativo. É possível que se trate de um reflexo da necessária coabitação, no exercício de argumentação judiciária, do raciocínio analítico com a lógica abdutiva: a busca da melhor hipótese no processo decisório passa pela interferência e avaliação do juiz de todo contexto fático e normativo, com respeito às relações humanas e sociais subjacentes ao processo, mas sem estar impedido de olhar para a construção do futuro através de conclusões novas e criativas.

Novas já não são as advertências de Karl Popper (1987) no sentido de que a determinabilidade não se aplicaria a efeitos de massa, máxime em razão de depararmos com um universo aberto, de futuro, muitas vezes, imprevisível. Por consequência, se nem todos os fatos que o juiz diuturnamente decide podem ser previstos e classificados

de antemão pelos tribunais ou pelas leis, mormente em uma sociedade de massas, onde o franco desenvolvimento tecnológico traz novas questões éticas a cada dia (ambientais, neurocientíficas, genéticas, comunicacionais, tecnológicas, etc.), a ênfase deveria ser dada na qualidade da motivação da decisão judicial, que deveria servir como parâmetro crítico para a constante sindicância a ser realizada pela sociedade democrática.

Em outro contexto, Elio Fazzalari (2006, p. 456) explicava que “a análise das normas que o juiz emprega — em razão do *iura novit curia* — pode revelar que eles não correspondem aos fatos acertados, e impor a formulação de uma nova hipótese, a qual coloca em movimento um novo *iter* juízo, de fato e de direito”.

Esse fluxo constante de informações que introduzem novidades no processo de formação argumentativa do juiz, com vistas a alcançar uma decisão racional, aproximando-se de uma percepção de fechamento autopoietico, na esteira de Niklas Luhmann (*input/output*), nada mais é que o resultado da ação cotidiana e coparticipativa — nem sempre cooperativa — em que os envolvidos no processo, em sistema cognitivamente aberto, participam da instrução do feito, auxiliando na produção das provas que vincularão a decisão do juiz a respeito da licitude ou ilicitude (*Recht/Unrecht*) do caso em discussão, em um sistema agora normativamente fechado.

A grande questão é que o juiz precisa participar ativamente desse fluxo, não só como condutor responsável pelo desenvolvimento pacífico do processo, mas principalmente em razão de a interferência na dinâmica probatória e a independência para a sua valoração serem partes da construção do seu próprio argumento.

Aliás, a pertinente crítica à industrialização das decisões judiciais, esta que é fruto de uma resposta precária do sistema judicial à anomalia do ajuizamento massivo, gerou a necessidade do desdobra-

mento da motivação em fundamentação exauriente, como se nota, entre outros, pelo art. 489 do CPC/2015. Porém, na mesma toada, deve ser compreendido que a responsabilidade pessoal do juiz se acertará no decorrer do processo judicial como consequência da necessidade do contato do magistrado com o jurisdicionado e as provas individualizadas, e não apenas com as teses jurídicas, pois, como lembra Chaïm Perelman (1999), um dos principais fatores da massificação é o racionalismo científico, que deita por terra os fundamentos e a dignidade da vida individual ao retirar do homem a sua individualidade, transformando-o em unidade social e em um número abstrato da estatística de uma organização.

3 Conclusão

A ampla valoração da prova pelo juiz, como corolário do que antes se conhecia como “livre convencimento motivado”, persistiu no CPC/2015, como não poderia deixar de ser, ao lado de tantas outras ferramentas que permitem buscar a melhor decisão através da pesquisa probatória, como se nota pelos seus arts. 77, 138, 139, 332, 355, 356, 370, 932.

Por outro lado, o dever de fundamentação externado pelo art. 489 do CPC/2015 apenas desdobrou o comando do art. 93, IX, da Constituição Brasileira, sendo a motivação estrutura da própria jurisdição.

As novidades de maior consequência para o desenvolvimento da argumentação judiciária talvez tenham vindo da inteligência dos arts. 1º, 8º, 13 e 489, § 2º, do CPC/2015. É certo que não restou autorizada a liberdade interpretativa axiológica desmedida, bem como são conhecidas as limitações da teoria procedimental de Robert Alexy, que parece ter influenciado os legisladores, mas o estímulo da interpretação do processo civil, tendo os valores encartados na Constituição

como axioma, pode ser bem-vindo, assim como o é o desenvolvimento da aplicação prática da proporcionalidade em sentido estrito. Como fecho, a observância pelos juízes das decisões provenientes da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e da Corte Interamericana (IDH), inclusive na promoção do debate da possibilidade ou não do controle de convencionalidade, pode ser alvissareira, aproximando o nosso ordenamento processual do caminho dos demais países que observam o Estado Democrático de Direito.

Referências

ALEXY, Robert (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Book-seller, 2006.

FERNANDES, Sérgio Henrique Cordeiro Caldas. A motivação das decisões judiciais nos tempos do processo eletrônico. *Amagis Jurídica*, Belo Horizonte, n. 4, ano II, 2010.

FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JAPAN. *Rules of Civil Procedure*. The Law Library, 2018. E-book.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting Precedents: a comparative study (applied legal philosophy)*. London: Routledge, 2016. E-book.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Tomo III.

NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio. *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

OTEIZA, Eduardo. *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PETERSEN, Lars Lindencrone; WERLAUFF, Erik. *Civil procedure in Denmark*. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2017. E-book.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação legislativa*, v. 48, n. 190, t. 2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/190/ril_v48_n190_t2_p93.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

SESMA, Victoria Iturralde. *Aplicación del derecho y justificación de la decision judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

UNIDROIT - THE INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Principles of Transaccional Procedure*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>. Acesso em: 10 out. 2019.

9. O contraditório como poder de influência no Código de Processo Civil de 2015 e a vedação à decisão-surpresa

Vitor Luís de Almeida

Juiz de Direito do TJMG.

Doutorando em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/PT. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT. Especialista em Direito Público Municipal pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES/MG.

I Notas introdutórias

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, prevê a existência de alguns pilares jurídicos, necessários para tornar possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (THAMAY; RODRIGUES, 2015, p. 61), garantindo um Estado Democrático de Direito. Esses pilares, por vezes, consubstanciam princípios, dentre os quais aqueles que versam sobre o direito processual.

É cediço que, nas constituições modernas, o movimento de positivação dos princípios tornou-se comum (CAPELLETTI, 1984, p. 130), passando a constituir matéria legislada, perdendo seu caráter subsidiário ou residual.¹ Com efeito, os princípios são fontes primárias (BOBBIO, 1957, p. 890-892) do Direito e do Estado de Direito, efetivamente necessários para que não se engesse a sociedade volátil, que muda a cada instante em razão de sua natural evolução e desenvolvimento.

Os princípios são noções fundamentais e informadoras de qualquer sistema jurídico, tidos como elementos que dão, efetivamen-

¹ Sobre a função diretiva dos princípios, vide Bobbio (1957, p. 130).

te, racionalidade e lógica ao ordenamento normativo, visto que atribuem sentido de coesão e unidade às normas. Em verdade, os princípios acabam por dar coerência, lógica e ordem ao todo, servindo como instrumentos para a construção de um sistema, bem como de elo para a ligação e coordenação em sua ordem e unidade (THAMAY; RODRIGUES, 2015, p. 62).

Em se tratando dos princípios constitucionais processuais, estes se prestam a limitar o poder do Estado-juiz e a atuação das partes demandantes. Formam bases para assegurar que o direito material seja alcançado sem prejuízo a nenhum dos litigantes, bem como informam e norteiam todo o sistema processual.

Em razão da influência da “Constituição Cidadã”, no âmbito infraconstitucional, o novo Código de Processo Civil de 2015 tratou de positivizar em seu texto muitos princípios e fundamentos que já eram reconhecidos no meio constitucional, buscando reforçar o sistema processual de respeitabilidade às normas fundamentais.

Parece-nos que, embora desnecessária tal positivação, em face da lógica dependência de todas as normas perante a Constituição, atuou bem o legislador ordinário ao resolver deixar evidente a interligação entre o direito constitucional e o direito processual civil,² bem como da Constituição da República com o novo estatuto processual civil brasileiro.

Essa ligação, fruto efetivo do diálogo das fontes³ de um sistema jurídico, foi afirmada categoricamente pelo art. 1º do Código de Processo Civil de 2015, quando expressamente determinou que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores

² Definido, em linhas gerais, como ramo do direito que expressa o conjunto de normas reguladoras dos tipos, formas e requisitos da ação civil, bem como das formalidades que devem ser observadas em juízo na propositura e desenvolvimento dela. Ou, em outra acepção, já não como ramo do direito, o processo civil pode ser visto como capítulo da ciência jurídica que tem por objeto o estudo, com os métodos e fins próprios, das soluções facultadas pelo processo (VARELA; BEZERRA; NORA, 1985, p. 6-7).

³ Sobre o tema, vide Marques (2012).

e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

A referida norma evidencia, portanto, a constitucionalização do processo civil, movimento que já se efetivou em relação ao direito civil, pois, evidentemente, por ser a Constituição a norma hierarquicamente superior da estrutura normativa,⁴ natural é que seja esse o movimento de releitura das normas.

Por conseguinte, o direito constitucional de ação é, em última análise, direito ao devido processo constitucional, ou seja, ao instrumento destinado à solução de controvérsias, tal como modelado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O devido processo constitucional será, assim, manejado pelos juízes com o objetivo de atuar a vontade da lei, eliminar os litígios e atingir a pacificação social.

2 Definição tradicional do princípio do contraditório

No âmbito do processo devido, dentre as principais garantias que a Constituição assegura ao modelo processual brasileiro, encontra-se o princípio do contraditório. Em linhas gerais, trata-se de postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final. Sua observância constitui fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade de que as pessoas diretamente envolvidas com o processo possam influir em seu resultado (BEDAQUE, 2013, p. 120). Nos dizeres de V. Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, “se, ao lesado, impossibilitado de reintegrar a ordem jurídica por suas próprias mãos, cabe o direito de ação (contra o Estado e o lesante), ao demandado, que pode não ter cometido a violação ao direito que lhe é

⁴ A teor da teoria da pirâmide normativa disposta por Kelsen (1995).

imputada, compete naturalmente o direito de contradição ou de defesa” (VARELA; BEZERRA; NORA, 1985, p. 6).

Com previsão constitucional expressa, incluído na parte que aborda os direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, LV, assegura que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Dada a sua importância para a manutenção do sistema processual e utilidade para assegurar direitos, o contraditório foi elevado ao *status* de princípio constitucional. Sua importância é tamanha que a doutrina moderna entende tratar-se de elemento componente do próprio conceito de processo (NEVES, 2016, p. 115).

Tradicionalmente, considera-se ser o princípio do contraditório formado por dois elementos: informação e possibilidade de reação, cabendo à lei a possibilidade de oferecer a cada parte a possibilidade de controlar e contestar a atividade da outra, ao longo de todo o processo (MARQUES, 2009, p. 198). A informação é naturalmente associada à necessidade de a parte ter conhecimento do que está ocorrendo no processo para que possa se posicionar — positiva ou negativamente — a esse respeito. No tocante à reação, implica a interpretação de que a verificação concreta desse segundo elemento depende da vontade da parte, que opta por reagir ou se omitir. Sob essa ótica, a definição mais precisa do contraditório seria realizada pelo binômio informação necessária - reação possível (LUCON, 2015, p. 115).

A completa realização do princípio do contraditório, em especial quando analisado como forma de garantir a “paridade de armas”⁵ no processo, exige uma igualdade real entre as partes para que as reações possam efetivamente igualar suas situações no processo (NEVES,

⁵ Para Freitas (2009, p. 118-119), o “princípio da igualdade (paridade) de armas” constitui, tal como o contraditório, manifestação do princípio mais geral da igualdade entre as partes, que implica a paridade simétrica de suas posições perante o tribunal. No que particularmente lhe respeita, impõe o equilíbrio entre as partes ao longo de todo o processo, na perspectiva dos meios processuais de que dispõem para apresentar e fazer vingar as respectivas teses.

2016, p. 116). Essa é a razão pela qual existem normas que permitem a assistência aos menos favorecidos economicamente, como a isenção no recolhimento de custas e a indicação de patrono gratuito pelo Estado, além de outros tratamentos diferenciados (BAPTISTA-GOMES *apud* NEVES, 2016, p. 116), no intuito de sempre se garantir a ambas as partes a mesma identidade de meios de defesa, sujeição aos ônus, cominações e sanções processuais cabíveis (MARQUES, 2009, p. 199-200).

3 O contraditório como poder de influência

Com o passar do tempo, percebeu-se, muito por influência de estudos alemães sobre o tema, que o conceito tradicional de contraditório fundado no binômio “informação + possibilidade de reação” garantia tão somente no aspecto formal a observação do princípio. Para que fosse substancialmente respeitado, não bastava informar e permitir a reação, mas permitir que essa reação no caso concreto tivesse real poder de influenciar o juiz na formação de seu convencimento (GRECO, 2012, p. 539-541). O “poder de influência” passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto a informação e a reação.

Nesse ínterim, na doutrina portuguesa, a conceituação do princípio do contraditório, tradicionalmente entendido como a oportunidade dada a uma parte de se pronunciar sobre o pedido formulado pela parte contrária antes da decisão, apesar de válida, é hoje tida como restritiva. Na esteira dos ensinamentos de José Lebre de Freitas (2009, p. 108-109), tal definição é contemporaneamente substituída por uma noção mais lata de contraditoriedade, com origem na constitucional garantia do *rechtliches Gehör* germânico (art. 103, I, da Constituição da República Federativa Alemã), entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento do processo, mediante

a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, em todos os elementos fáticos ou jurídicos que se encontrem ligados ao objeto da causa, podendo, portanto, influenciar definitivamente na solução da lide, incidindo ativamente no desenvolvimento e êxito do processo.

Ainda segundo o citado autor, no plano da alegação, de acordo com o princípio do dispositivo, exige-se que os fatos alegados por uma das partes, como causa de pedir ou fundamento de exceção, possam ser, pela outra, contraditados, sendo assim concedidas a ambas, em igualdade, a faculdade de sobre todos eles se pronunciarem (FREITAS, 2009, p. 109-115). Já no plano da prova, exige-se que às partes seja, em igualdade, facultada a proposição de todos os meios probatórios potencialmente relevantes para a apuração da realidade dos fatos principais ou instrumentais; que lhes seja consentido fazê-lo até o momento em que melhor possam decidir da sua conveniência, tidas em conta, porém, as necessidades de andamento do processo; que a produção ou admissão da prova tenha lugar com audiência contraditória de ambas as partes; e que essas possam pronunciar-se sobre a apreciação das provas produzidas por si, pelo adversário ou pelo tribunal. No plano do direito, exige-se que, antes da sentença, às partes seja facultada a discussão efetiva de todos os fundamentos de direito em que a decisão se baseie.

Assim, seja no plano dos fatos ou do direito, são facultadas às partes a proposição e a realização de todos os meios de prova em direito admitidos, que sejam relevantes e pertinentes ao deslinde dos fatos, bem como a discussão efetiva dos fundamentos de direito sobre os quais a questão litigiosa se assenta. É preciso entender, entretanto, que essa garantia também se revela como ônus das partes na contribuição para a elaboração de uma justa decisão pelo julgador, visto que sua apreciação e conclusão serão realizadas com base nos elementos e discussões constantes nos autos.

Por consequência, no âmbito da função jurisdicional, a atividade da parte interfere sobremaneira no plano da atividade dos julgadores, dificilmente se vislumbrando situações em que o lesado não possa ter influenciado decisivamente a atividade *in judicando*. Não se perca de plano, porém, que o princípio da colaboração também investe as partes no dever de cooperação com o julgador, com vistas à descoberta da verdade fática.

Lado outro, a visão moderna do princípio do contraditório considera essencial para sua efetividade a participação ativa também do órgão jurisdicional, visto que, assim como as partes, o julgador tem interesse em que sua função atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição. Nada mais natural que considerar o juiz também comprometido com o resultado do processo. Portanto, não mais satisfaz a ideia de juiz inerte e neutro. A neutralidade passiva, supostamente garantidora da imparcialidade, já não corresponde aos anseios de uma Justiça efetiva, que propicie acesso efetivo à ordem jurídica justa.

Não há qualquer incompatibilidade entre contraditório e participação mais ativa do juiz na relação processual. Ao contrário, o conceito moderno desse princípio processual, que se pretende equilibrado, não prescinde da intensa atuação daquele a quem foi conferida a função de conduzir o processo, assegurando aos sujeitos parciais igualdade real de tratamento e oportunidades.

A integração do julgador ao contraditório contribui para afastar eventuais desigualdades entre os litigantes, conferindo ao princípio da isonomia seu verdadeiro significado. Por esse ângulo, correto afirmar que o contraditório representa não simplesmente o instrumento destinado às partes, mas, principalmente, instrumento operativo do juiz, imprescindível à adequada condução do processo.

O princípio do contraditório pode também ser entendido como uma manifestação democrática, visto que o plano de fundo da

valorização experimentada pelo contraditório relaciona-se umbilicalmente com a legitimação do poder. Um tema sensível que fere sobretudo o Judiciário, por se tratar de um órgão estatal, que, a despeito de exercer importante função pública e cujas decisões afetam toda a coletividade — considerada individual, coletiva ou difusamente —, tem por regentes pessoas não eleitas pelo povo. Justamente nesse ponto, o princípio do contraditório, encarado segundo matizes renovados, serve de alicerce à construção de um raciocínio bastante elaborado, cuja tônica, ao mesmo tempo em que afasta o argumento de ausência de legitimidade, possibilita ao Poder Judiciário assumir-se como o mais democrático dos órgãos do poder. Um modo de pensar, portanto, capaz de atribuir o adjetivo aparente à tensão que alguns apregoam existir entre a democracia e a jurisdição (DELFINO; ROSSI, 2013, p. 445).

Trata-se de encarar o processo como ambiente democrático, cujos resultados não são oriundos apenas do trabalho solitário do julgador, mas fruto também do empenho das partes, que participam efetivamente da construção do provimento jurisdicional do qual elas próprias são as destinatárias. Frise-se que a segunda parte, do parágrafo único do art. 1º da Constituição de República Federativa do Brasil, prevê a democracia participativa também como meio de legitimação democrática do poder estatal. Assim, no Estado Democrático de Direito, o contraditório pode ser visto, nada menos, como a ponte de ouro entre a jurisdição e a democracia (DELFINO, 2011, p. 29-80).

Verifica-se, desde já, que a infusão da seiva democrática no âmbito da atividade judicial só se apresenta possível caso se encare o contraditório conforme feições que superem aquela de cunho meramente formal. É concebê-lo segundo seu sentido dinâmico, como se costuma ler em doutrina, e não mais aceitá-lo como mera garantia endereçada aos litigantes de informação acerca dos atos processuais que se suce-

dem no curso procedimental, ou, tampouco, traduzi-lo no simples direito de resistir a esses mesmos atos, mediante impugnações, produção de provas, contraprovas e requerimentos a serem registrados no processo. Deve-se concebê-lo para além de suas feições formais, a fim de assegurar às partes uma atuação que lhes permita influir nos conteúdos fático e jurídico das decisões judiciais. O contraditório também assume a função de controlar a atividade jurisdicional e os resultados dela oriundos e, desse modo, colaborar para os desígnios, igualmente democrático e legitimador, de obstar arbítrios provenientes do órgão jurisdicional.

Na esteira desse raciocínio, tratando do contraditório em seu sentido dinâmico, Lúcio Delfino e Fernando Rossi (2013, p. 443-444) lecionam que tem ele lugar de reverência na doutrina contemporânea, sendo situado em uma condição de superioridade qualitativa se comparado a outros direitos constitucionais, inserido em um lugar central no que tange aos contornos do próprio processo, sempre confiando-lhe novos horizontes de significado, que renovam a sua importância e finalidade.

A seu turno, Leonardo Greco (2010, p. 540-541) ensina que, “hoje, o contraditório ganhou uma proteção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo”. É tido como um “megaprincípio” que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, devendo ser efetivamente um instrumento de participação eficaz dos envolvidos no processo de formação intelectual das decisões.

Na doutrina italiana, Fazzalari (2006, p. 118-119) aduz que “[...] o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.

Combatem-se, com tal perspectiva, as incertezas e cerca-se a discricionariedade judicial. Afronta-se a ausência de transparência e de previsibilidade, afastando-se as chamadas decisões-surpresa que só se coadunam com o arbítrio e, por conseguinte, dizimam o ideal democrático. Nesse sentido, Daniel Mitidiero (2009, p. 102), na defesa de um modelo cooperativo de processo civil, assevera que o contraditório acaba assumindo um local de destaque na condução do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para viabilização do diálogo e da cooperação no processo, implicando, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional. O juiz tem, assim, seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: paritário na condução do processo, no diálogo processual; mas assimétrico quando da decisão da causa.

Não obstante, entendemos que a essência do princípio do contraditório não está ligada à efetiva manifestação da parte no processo, mas sim à oportunidade que lhe é dada para se manifestar antes de o magistrado proferir sua decisão sobre matéria ainda não debatida. Trata-se, portanto, de direito processual subjetivo — objetivamente determinado — assegurado às partes, razão pela qual a ausência de manifestação, por vontade própria ou negligência, não significará violação ao contraditório da parte (THAMAY; RODRIGUES, 2015, p. 67).

Com efeito, trata-se de princípio essencial ao desenvolvimento válido e regular do processo, sendo entendido sob dois enfoques: a) jurídico e b) político. Será jurídico quando o contraditório for utilizado para traduzir a garantia de ciência (conhecimento) bilateral dos atos e termos do processo, possibilitando a manifestação das partes sobre eles. Já o enfoque político assegura a legitimidade do exercício do poder, o que se consegue pela participação dos envolvidos e interessados na construção do provimento jurisdicional (CÂMARA, 2014, p. 59-64).

4 O contraditório como poder de influência e a vedação à decisão-surpresa

O novo Código de Processo Civil Brasileiro, desde a redação original do anteprojeto, otimizada pelas propostas de reformulação que recebeu na Câmara dos Deputados, deixou mais evidente uma preocupação normativa em elevar o princípio do contraditório a outro nível de compreensão. Isso porque, se voltarmos nossos olhos para os arts. 5º, 9º e 10 do então Projeto de Lei do Senado Federal nº 166/2010, notadamente, veremos que eles traziam uma referência ostensiva ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988). Nesse passo, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como “direito de participação na construção do provimento, sob forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 82, em nota de rodapé de nº 83).

Feitas essas considerações, não é exagero dizer que o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 deu real atenção ao princípio do contraditório, sendo ele um dos mais valorizados nesse novel diploma. Dentre os dispositivos que abordam o contraditório em suas diversas formas, podemos destacar os arts. 7º, 9º e 10, todos previstos no capítulo das normas fundamentais do processo civil.

O art. 7º,⁶ em especial, aborda o princípio do contraditório em sua essência, podendo ser lido em comunhão com o princípio da isonomia. Percebe-se que esse dispositivo visa assegurar às partes não só as garantias processuais, como também os ônus e as sanções, caso lhes deva ser imputado, o que nos parece não só justo, como também lógico (THAMAY; RODRIGUES, 2015, p. 69). Por certo, ninguém melhor do

⁶ “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

que o juiz, sujeito processual imparcial, para zelar pelo efetivo contraditório; caso contrário, a aplicação desse princípio restaria sonogada no curso do processo.

Referido dispositivo legal traz a lume dois institutos que ora se imbricam para uma nova concepção jurídica e cultural do posicionamento das partes e da atuação do juiz. Trata-se do contraditório substancial e do tratamento paritário que deverá ser dado a autor e réu, pelo magistrado, na discussão das lides cíveis. Nos dizeres de Beclaute Oliveira Silva e Welton Roberto (2016, p. 241), pode-se asseverar que o processo civil se encaminha para um método de acerto privado mais parecido com as formas encontradas para resolver lides penais.

Isso porque, ao realizar uma interpretação conforme os valores constitucionais modernos, imperioso será alargar a extensão do contraditório para uma realidade do justo processo, já que decorre do devido processo legal. O legislador pátrio optou, portanto, por ultrapassar o sistema de contraditório diferido e privilegiado a uma das partes no processo, ou seja, aquela que porventura teria maiores condições e poder para interferir na produção da prova. Na verdade, assegurou que o magistrado deverá dar tratamento paritário aos atores do processo enquanto zela pelo efetivo contraditório.

A ideia paritária de contraditório substancial parece, pois, mais acertada com a concepção de justo processo adotada pelos italianos em sua Constituição, no art. 111, com redação estipulada pela Lei Constitucional de 23 de novembro de 1999. A seu turno, Mário Chiavario (2002, p. 23) analisa os meandros em que o conteúdo do princípio do contraditório aparece no sistema constitucional italiano, conformando-lhe seus significados e alcances para todo o ordenamento jurídico, e não somente o penal. O primeiro significado do princípio, diz o processualista, é de raiz genérica, servindo de fundamento para todo e qualquer processo, e não somente o penal, pois resguardado como

corolário da formação processual. Em um segundo plano, constitui o contraditório um método para a formação da prova.

No ordenamento processual penal brasileiro, seja no atual Código de Processo Penal, seja no Projeto nº 156/2009, que busca a criação de um novo estatuto processual penal, de matiz acusatória, o conteúdo do contraditório continua sempre de raiz genérica, como mera garantia do processo. Embora o legislador pátrio, após a reforma pontual do sistema probatório, tenha trazido para o art. 155 do vigente Código de Processo Penal a produção da prova em contraditório judicial, a sua positivação sistêmica, por ora, não lhe deu vida para além da funcionalidade processual (SILVA; ROBERTO, 2016, p. 246). O legislador do novo Código de Processo Civil foi, portanto, mais ousado ao positivar o contraditório substancial e a paridade de armas no art. 7º do mencionado estatuto de 2015.

Quanto à paridade de armas, não se pode negá-la como elemento cerne para a realização do contraditório, ora se posicionando, também, como consectário da realização do justo processo. Referida paridade não se deve conceber somente como igualdade de condições com que as partes devam se posicionar, mas também ao nível de reciprocidade com que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando-se as diferenças funcionais dentro dos papéis que desempenham no processo. Seria reducionista a condição de igualdade caso não houvesse a reciprocidade das ações desenvolvidas pelas partes. Tal integração deriva de uma natureza cooperativa na formação da prova e no acerto da verdade processual que o processo adquire ao se amoldar ao sistema acusatório, distinguindo claramente as funções de acusar, defender e julgar (SILVA; ROBERTO, 2016, p. 250-252).

No tocante ao art. 9º do Código de Processo Civil de 2015,⁷ este tem o intuito de extirpar do sistema algo que há muito tempo

⁷ “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I - à tutela provisória de urgência;

vem ocorrendo na prática forense, mas que, reconhecidamente, não é aceito pela doutrina — a famigerada “decisão surpresa”.⁸ Se as partes têm o direito de participar do processo, com a finalidade de formar o convencimento do magistrado, por certo que, se o juiz proferir decisão acerca de fato novo, sobre o qual as partes não tenham tomado ciência e, menos ainda, não tenham se manifestado, restará violado o direito ao contraditório.

Entretanto, não foi feliz a redação do art. 9º, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, ao prever que o juiz não proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Na realidade, não há qualquer ofensa em decidir-se sem que a outra parte tenha sido ouvida, já que a manifestação dela é um ônus processual. A única compreensão possível do dispositivo legal é de que a decisão não será proferida antes de intimada a parte contrária e concedida a ela uma oportunidade de manifestação. Afinal, a circunstância de poder ser ouvida, que não se confunde com efetivamente ser ouvida, já é suficiente para se respeitar o princípio do contraditório.

Ainda tratando da norma disposta no art. 9º do novo Código de Processo Civil Brasileiro, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 107-108) lecionam que o direito ao contraditório, por muito tempo, foi identificado como simples bilateralidade de instância, dirigindo-se tão somente às partes. Como já referido, dentro desse quadro histórico, o contraditório realizava-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Atualmente, a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito mais do que simples bilateralidade da

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.”

⁸ O princípio da proibição de surpresas, ou da proibição de decisões-surpresa, representa um subprincípio do devido processo legal, do princípio que aspira a um processo justo, mais especialmente, do princípio do contraditório. Assim, como uma parte não pode ser surpreendida por manifestação ou prova produzida no processo, a propósito das quais se exige contraditório efetivo, também as partes não podem ser surpreendidas por decisões a respeito de matéria nova, a respeito da qual elas não tenham sido ouvidas (FRIAS, 2015, p. 164-165). Ainda sobre o tema, em abordagem afeta ao princípio da cooperação, vide Galindo (2014).

instância. Ao binômio conhecimento-reação tem-se oposto a ideia de cabal participação como núcleo do direito ao contraditório. Significa participar do processo e influir nos seus rumos, ou seja, um direito de influência.

Impende ressaltar que o contraditório apresenta três funções: integrativa, definitiva e bloqueadora (LUCON, 2015, p. 114-134). A concepção de processo como procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 29) ressalta o caráter estrutural dessa norma para o instrumento estatal de resolução de controvérsias. Ausente o contraditório, inexistente processo. O contraditório, portanto, pode ser considerado exemplo de norma a induzir comportamentos mesmo não havendo um dispositivo específico que lhe seja diretamente correspondente. Em alguns casos, há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico (ÁVILA, 2009, p. 30-31).

Se há contraditório, mas este não é respeitado como deveria, está-se diante de um processo que não pode ser definido como justo.⁹ De acordo com a atual configuração do Estado constitucional brasileiro, não se pode conceber que qualquer decisão judicial, independentemente da matéria nela versada, inclusive aquelas que digam respeito a questões cognoscíveis de ofício, seja tomada sem prévia manifestação das partes a respeito, exceção feita apenas às hipóteses de contraditório postecipado ou diferido, que autorizam a concessão de tutela de urgência e de evidência em prol da efetividade da jurisdição.

Normalmente, o contraditório é analisado no quadro dos princípios gerais do ordenamento processual ou no contexto das *prozessmaximen*, de modo a regular a repartição dos poderes e das funções entre as partes e o juiz (COMOGLIO, 1997, p. 1). Ocorre que essa visão de um contraditório estático somente poderia atender a uma estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral

⁹ A doutrina italiana se ocupa do tema em especial por conta do art. 111 de sua Constituição. Vide Comoglio (2004a, p. 60).

de formação do provimento pelo juiz, algo que a moderna processualística, até mesmo na busca de maior eficiência do processo, passou a combater.

De princípio fundante do processo que asseguraria influência e compensação das desigualdades entre as partes — simétrica paridade —, passou a se contentar com uma aplicação formal, numa lógica de direitos e obrigações. Tal contraposição de teses nem mesmo necessitava encontrar ressonância nas decisões do juiz ativo e hierarquicamente sobreposto às partes.

No âmbito do direito estrangeiro, a preocupação com o contraditório dinâmico, evitando-se as decisões-surpresa, não é recente. A doutrina italiana, desde os idos de 1958, passou a reconhecer o contraditório como uma garantia de simétrica paridade de armas (FAZZALARI, 1958). Pouco mais tarde, Denti (1968, p. 229) já afirmava que o fenômeno não era estranho a vários ordenamentos de diversas tradições e pressupostos ideológicos, mesmo naqueles em que havia ocorrido um notável aumento dos poderes do juiz na direção do processo e na obtenção dos materiais para a decisão. O aumento dos poderes dos juízes não significou a redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser levados em conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes.

Para Picardi (2006, p. 212), “o processo não vem construído sobre uma posição de supremacia do juiz, sobre uma ordem assimétrica”. O contraditório, em sentido forte, possui uma função compensadora das desigualdades que, pela natureza das coisas, existe entre as partes (por ex.: governantes e governados, ricos e pobres). Ele permite que o processo assegure reciprocidade e igualdade e, então, seja assentado sobre a base de relações paritárias, sobre aquilo que foi chamado ordem isonômica.

Ainda na Itália, contemporaneamente, Marco de Cristofaro (2014) defende que a decisão-surpresa deveria ser declarada nula, por desatender o princípio do contraditório. Assim, toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, e a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constitui necessária premissa ou fundamento para a decisão. Ressalta-se a modificação do art. 101 do Código de Processo Civil Italiano, levada a cabo em 2009.

Na França, o art. 16 *do Nouveau Code de Procédure Civile* impede o juiz de fundamentar sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a se manifestarem acerca de suas observações. Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também em um dever-ônus para o juiz, que passa a ter de provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda (COMOGLIO, 1998, p. 114).

Na Alemanha, após o segundo pós-guerra, o conteúdo da cláusula estabelecida no texto do art. 103, § 1º, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha como “pretensão de audição jurídica” (*Anspruch auf Rechtliches Gehör*) foi interpretado de modo a garantir um alcance maior que a simples literalidade. O Tribunal Constitucional Federal passou a afirmar que o dispositivo não só operava seus efeitos no confronto entre as partes, mas, sim, convertia-se em um dever para o magistrado, de modo que se atribuía às partes a possibilidade de posicionar-se sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder influir sobre o resultado dos provimentos. Ao magistrado é imposto o dever de provocar o debate preventivo com as partes sobre todas as questões a serem levadas em consideração nos provimentos (WALTER, 2001, p. 734-735).

A divisão de papéis e de funções a serem desenvolvidas dentro do processo já era objeto de preocupação da doutrina alemã há algum tempo (teoria dos papéis - *Rollentheoretische*) (Vide WASSERMAN, 1978, p. 129 *et seq.*) e mereceu desenvolvimento dogmático dentro de uma visão constitucional que garantiria, ao mesmo tempo, a busca, dentro dos limites legais, do desenvolvimento do processo em tempo razoável e de um debate processual que gere a formação do pronunciamento judicial seguindo os ditames do processo democrático (*giusto processo*) (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 245).

Na Áustria, um dos pontos da reforma do Processo Civil de 2002 (*Zivilverfahrens-Novelle 2002*) foi a proibição, no “§ 182 a”, de decisões de surpresa, impondo ao juiz o dever de discutir com as partes alegações de fato e de direito, evitando a obtenção de decisões decorrentes dos próprios convencimentos solitários do magistrado não submetidos à necessária discussão preventiva acerca dos elementos alegados, dos meios probatórios deduzidos e das atividades desenvolvidas pelas partes ou por ele próprio (HENKE, 2003, p. 818).

Em Portugal, além dos já mencionados ensinamentos da lavra de Lebre de Freitas, a visão do contraditório como garantia de influência e de não surpresa também recebeu a chancela dos Tribunais Superiores.¹⁰ O Código de Processo Civil Português, em seu texto atual, dispõe que

[...] o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem (art. 3º, nº 3).

¹⁰ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso 10.361/01. Relator Conselheiro Ferreira Ramos. No mesmo sentido: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Revista 8.802/02. Relator Conselheiro Araújo Barros.

Regra equivalente se encontra no art. 16 do renovado Código de Processo Civil Francês, bem como no art. 101 do Código Italiano reformado (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 82, em nota de rodapé de nº 58).

Há de se pontuar que a não surpresa é uma garantia até mesmo nos sistemas do *common law*, como o inglês. Andrews (2014) afirma que, se o tribunal decidir tomar um caminho legal não indicado pela parte, ele deve respeitar o princípio da devida notificação e dar às partes a oportunidade de comentar sobre a nova linha de argumento. Assim, o diálogo entre o tribunal e as partes é importante.

Toda essa perspectiva serviu de fundamento também para o novo art. 10 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, o qual compreende uma leitura dinâmica e substancial do contraditório, que não pode ser vislumbrado como um objetivo protelatório e formalista pela parte que sucumbiu nas decisões, pois sua análise há muito deixou de possibilitar uma mera enunciação formal. Ao contrário, a referida perspectiva demonstra que a indicação preventiva dos pontos relevantes da controvérsia constitui instrumento insubstituível para uma decisão correta.

O disposto no art. 10¹¹ constitui norma fundamental do processo, manifestando um dever imposto ao juiz de evitar a prolação das chamadas decisões-surpresa.¹² Tais são as decisões que se valem de algum fundamento, inclusive os cognoscíveis de ofício, a respeito do qual não foi conferida às partes a oportunidade de se manifestar a respeito. Decisões-surpresa violam o contraditório porque fazem menoscabo da participação das partes no processo. Admitir a aplicação de um fundamento não debatido revela que a participação das partes não é relevante para o magistrado e cria um estado de incerteza jurídica, já

¹¹ “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.”

¹² Sobre a vedação à decisão-surpresa, vide Lucon (2015, p. 119-122).

que, em um sistema em que tais decisões proliferam, não se pode antever o resultado de qualquer decisão. Afinal, se o juiz pode se valer de qualquer fundamento, sem que as partes o conheçam, não poderiam elas minimamente antever o resultado da decisão e assim orientarem suas condutas. Evidente que resta assim violado também o princípio da segurança jurídica, encarado aqui sob a ótica da previsibilidade.

Ainda sobre o art. 10, ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 109-110) que, por força da compreensão do contraditório como direito de influência, a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelos litigantes. Daí que a colaboração judicial e o contraditório como direito de influência alteraram a tradicional solução outorgada à divisão do trabalho processual — que destinava às partes tão somente o papel de narrar os fatos e ao juiz o de aplicar o direito. O novo diploma processual civil reconhece que as partes têm direito de se pronunciar sobre o material jurídico de forma prévia à sua aplicação judicial. Afirma-se ainda que o contraditório deixou de ser diálogo entre os litigantes, já que nele se inseriu também o juiz, que ficou impedido de resolver questões que não tivessem passado pelo crivo da audiência dos principais interessados no conflito, ainda que se trate de matérias apreciáveis de ofício. Inclui-se no conceito de contraditório a garantia de não surpresa, como resguardo do direito de todos os sujeitos do procedimento em contraditório de influir, efetivamente, no resultado da prestação jurisdicional.

Contemporaneamente, portanto, na doutrina brasileira, consoante os ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 1), o princípio do contraditório passa a ser formado por três elementos: informação, reação e poder de influência. O juiz deve informar as partes dos atos praticados no processo, podendo estas reagirem. Significa que a informação é um dever judicial, e a reação é um ônus proces-

sual das partes. Assim, a surpresa para as partes no que tange à decisão deve ser evitada em homenagem ao princípio do contraditório; mesmo nas matérias e questões que deva conhecer de ofício, o juiz tem o dever de intimar as partes para manifestação prévia antes de proferir sua decisão, conforme anteriormente consagrado nas legislações francesa e portuguesa (NEVES, 2015, p. 1) e, hoje, também, na brasileira.

5 Considerações finais

A democracia não se limita mais à representatividade dos cidadãos no Legislativo e no Executivo. O reconhecimento do direito fundamental à participação do cidadão vai além. Assim como se faculta ao cidadão a participação no processo legislativo, a democracia deliberativa — apoiada na ideia de que toda decisão estatal é objeto de uma discussão argumentativa pluralista, retirando o indivíduo da condição de súdito e conferindo-lhe o *status* de sujeito ativo da vida do Estado — exige que se dê às partes a condição e a oportunidade de influenciarem a formação da decisão judicial, prestigiando-se o consenso e a comunicação entre os sujeitos processuais.

Por consequência, da leitura do Código de Processo Civil de 2015 é possível constatar que, corroborando as recentes alterações pontuais, o novo diploma traz em seu bojo a queda de diversos paradigmas e, de consequência, uma verdadeira reformulação conceitual de todo o sistema processual, ancorado em normas constitucionais. Pela análise de seu art. 6º, é possível afirmar que suas intenções são boas, pois visam implementar um modelo cooperativo no processo e fazer com que as partes auxiliem o magistrado na condução da demanda, o que certamente tornaria o trâmite do processo mais organizado, célere e não conturbado.

Analisando a perspectiva do contraditório no sistema processual cooperativo, pode-se dizer que o principal fundamento da

comparticipação é o contraditório como garantia de influência e não surpresa. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, sobretudo em razão do disposto nos arts. 1º, *caput*, 5º, incisos II, XXXV, LIV, LV, e 93, inciso IX, ficou evidenciada a adoção de um novo paradigma no Brasil, o Estado Democrático de Direito, além do estabelecimento de bases estruturantes (direitos e garantias fundamentais) para uma constitucionalização do processo. Essa mudança paradigmática permitiu o aprofundamento de estudos em teoria do processo que buscam ofertar uma releitura constitucionalizada das matrizes teóricas que influenciaram (e ainda influenciam) a doutrina, a jurisprudência, como também o próprio legislador (FARIA, 2016, p. 261-262).

Em síntese, pode-se afirmar que o Modelo Constitucional de Processo (LEAL, 2012, p. 88), após a “Constituição Cidadã”, toma como regra principiológica a supremacia da Constituição sobre as demais normas processuais. Destarte, considera-se o processo uma garantia constitucionalizada, assegurando o direito do povo a obter a prestação da função jurisdicional pelo Estado segundo as bases metodológicas do processo insculpidas no texto constitucional, sendo qualquer entendimento ou posicionamento difuso, contrário aos ditames constitucionais, grave afronta aos direitos fundamentais do homem e do cidadão, o que se mostra inaceitável no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, realça Gilmar Ferreira Mendes a indissociável vinculação da função jurisdicional do Estado com os direitos e garantias fundamentais, da qual resulta para o Estado-Jurisdição,

não só o dever de resguardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos fundamentais, seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares (MENDES, 2007, p. 118).

O processo, nesse aspecto, não pode ser tido como instrumento de fácil manejo nas mãos do julgador, mas, sim, como garantia constitucional-democrática capaz de assegurar a atuação coparticipativa das partes na formação do provimento regulador do caso concreto.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, assim, parte da premissa da cooperação/comparticipação¹³ entre juiz e partes (e seus advogados), concebida pela doutrina tedesca (NUNES, 2008, p. 213) e que, levada a sério, conduziu a idealização de uma nova forma de implementação da cognição, ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões mais bem construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos. Tem-se, portanto, um contraditório não apenas fundado no binômio informação-reação, mas, sim, como uma garantia de influência e não surpresa (NUNES *et al.*, 2016, p. 213-240).

6 Referências

ANDREWS, Neil. The Supreme Court of the United Kingdom and English Court Judgments. *Legal Studies Research Paper Series*, Cambridge, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies, feb. 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 29, jan./mar. 2000.

¹³ Chamada pela doutrina alemã de “comunidade de trabalho” – *Arbeitsgemeinschaft*, conforme Nunes (2008, p. 212 *et seq.*).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 111-146.

BOBBIO, Norberto. *Principi generali di diritto*. Novíssimo digesto italiano. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957. v. 13.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1984.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1 e 2.

CHIAVARIO, Mário. *Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria*. Associazione tra gli studiosi del processo penale. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho processual civil*. Tradução de José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1922. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução de José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1925. v. 2.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004a.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, jul./ago. 2004b.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). In: ENCICLOPEDIA giuridica. Roma: Instituto dela Enciclopedia Italiana, 1997. v. XXV.

CRISTOFARO, Marco de. La motivación de las decisiones judiciales. *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, n. 2, dez. 2014. Disponível em: www.ijeditores.com.ar. Acesso em: 20 jan. 2017.

DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In: _____. *Direito processual civil: artigos e pareceres*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 29-80.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando F. Juiz contraditor? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 443-463.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, v. XXIII.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. Contraditório substancial e fundamentação das decisões no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Normas fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 261-299. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, n. 3, 1958.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.

FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil*. Conceitos e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FRIAS, Jorge Eustácio da Silva. Confronto entre alguns princípios no novo Código de Processo Civil. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de (Coords.). *Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Campo Grande: Editora Contemplar, 2015. v. 1, p. 156-183.

GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Princípio da cooperação: dever de consulta e a proibição das decisões-surpresa*. Dissertação de mestrado. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2.

HENKE, Albert. Prime osservazioni sulla riforma del diritto processuale austriaco. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa e identificação das decisões imotivadas. *In: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de (Coords.). Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Campo Grande: Contemplar, 2015. v. 1, p. 114-134.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. *Ação declarativa à luz do Código revisto*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho *et al.* Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Normas fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 213-240. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milão: Giuffrè, 2006.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Bases jurídico-documentais*. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 20 jan. 2017.

SILVA, Beclaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório e suas feições no novo CPC. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). Normas fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 241-260. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

THAMAY, Rennan Faria Kruger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Fundamentos e princípios do novo Código de Processo Civil. *In: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de (Coords.). Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Campo Grande: Contemplar, 2015. v. 1, p. 61-78.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel (Coords.)*.

Constituição e processo: da constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC fundamentos e sistematização.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VARELA, V. Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio E. *Manual de processo civil.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, jul./set. 2001.

WASSERMAN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat.* Neuwied: Luchterhand, 1978.



CAPÍTULO

III

**Tutela jurisdiccional e
procedimento**

10. Adaptabilidade judicial no CPC e no sistema dos Juizados Especiais Cíveis: uma releitura do art. 2º da Lei nº 9.099/1995 a partir dos aportes do novo CPC

André Ladeira da Rocha Leão

Juiz de Direito do TJMG.

1 Adaptabilidade procedimental e gerenciamento do processo no CPC de 1973: o paradigma liberal

Não é recente a preocupação da dogmática jurídica em formular proposições que atenuem a rigidez do procedimento ordinário diante de particularidades do caso concreto e que, muitas vezes, recomendam a alteração do rito a fim de realizar, de maneira mais adequada, o direito material objeto do processo.

A teorização da adaptabilidade procedimental não é nova e já vinha sendo vislumbrada na vigência do CPC de 1973. A doutrina já destacava elementos normativos que ensejavam certa flexibilização dos procedimentos, em atenção às particularidades das demandas.

Para além da antecipação de tutela, constante do revogado art. 273, merece destaque especial doutrina que ressaltava outras disposições:

Trata-se de visão já apregoada por Calamandrei, a partir da reforma processual civil italiana da metade do século passado, e que vem ganhando muita força no direito brasileiro. De fato, criam-se técnicas que permitem ao magistrado adaptar o procedimento, iniciado o feito. Podem ser citadas, apenas como exemplos: a) possibilidade de inversão da regra do ônus da prova, em causas de consumo (a regra do procedimento é alterada no caso concreto, *ope iudicis*, preenchidos certos requisitos), de acordo com o art. 6º, VIII, CDC; b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§ 4º e 5º, CPC); c) o julgamento antecipado da lide, em que se pode abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (art. 330 do CPC); d) a determinação ou não de audiência preliminar, a depender da disponibilidade do direito em jogo (art. 331 do CPC); e) as variantes procedimentais previstas na Lei de Ação Popular (LF 4.717/1965, art. 7º e segs.); f) a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar o prazo de resposta, dentro de certos parâmetros (art. 491 do CPC); g) as mutações permitidas ao agravo de instrumento do art. 544 do CPC, previstas em seus parágrafos etc. (DIDIER JÚNIOR, [s.d.]).

Assim, ainda que timidamente, o Código de Processo Civil de 1973 previa mecanismos que procuravam mitigar o rigor formal ante a necessidade concreta de adaptação do procedimento, visando a uma tutela mais adequada para o direito pleiteado.

Considerando os elementos normativos até então vigentes, prestigiosa doutrina passou a formular o esboço do princípio da adaptabilidade do procedimento. Nesse sentido, Galeno Lacerda (1976) publicou artigo tratando de clarificar o conceito de adaptabilidade do procedimento em três planos: subjetivo, objetivo e teleológico.

Ao que parece, o eminente autor dirigiu sua preocupação ao legislador e à necessidade de que fossem consideradas na elaboração

dos diversos procedimentos a legitimação e a competência (aspectos subjetivos), a disponibilidade do objeto do processo (aspecto objetivo) e, por fim, a necessidade de adaptação do procedimento às diversas funções da jurisdição (aspecto teleológico).

Nessa formulação inicial, o legislador deveria estabelecer procedimentos diferenciados tendo em vista os aspectos que o autor reputou determinantes para a adaptação do rito às particularidades concretas das demandas. Nessa formulação inicial, ainda vigia o modelo legicêntrico decorrente do paradigma do estado liberal.

Sobre o referido paradigma liberal e o modelo legicêntrico, destaco:

[...] Crear normas y aplicar normas son operaciones conceptualmente opuestas. Crear normas es una actividad centralmente política y/o moral, es decir, extra-jurídica o para-jurídica. Es una cuestión de voluntad. Aplicar normas, por el contrario, es una actividad fundamentalmente técnica y estrictamente jurídica. No es una cuestión de voluntad, sino de conocimiento. El legislador (el soberano) crea ex novo el Derecho (gobierno per leges) y los jueces (profesionales) aplican el Derecho (gobierno sub lege). Si quienes están llamados a aplicar el Derecho (los jueces, por ejemplo) enfrentan un caso no regulado, es decir, un caso en el que no hay una regla que lo resuelva, entonces actúan como legisladores, crean solución [...] (REGLA, 2007).

2 Adaptabilidade “judicial” do procedimento, a discussão contemporânea: paradigma do Estado Constitucional

Um passo além e percebeu-se a necessidade de uma adaptação judicial do processo tendo em vista uma melhor prestação jurisdicional e a máxima eficácia da garantia de tutela adequada à demanda concreta posta em juízo.

Já sob a égide do art. 5º, XXXV, da CRFB/1988, uma preocupação com a tutela efetiva dos direitos e uma duração razoável do processo começou a ser bosquejada pela doutrina.

Caberia aqui destacar o papel do magistrado como um construtor que agrega sentido ao plano inicial traçado pelo constituinte e mediado pelo legislador, tanto no que se refere a normas materiais, quanto no que se refere às normas processuais, adicionando um capítulo ao romance (DWORKIN, 2014) ou um tijolo à catedral (NINO, 2003). Em outras palavras:

[...] O menosprezo à atividade judicial foi sendo superado à medida que o Direito passou a ser concebido como uma obra coletiva ou trabalho de equipe, iniciado pelo constituinte, mediado pelo legislador e concluído pelo juiz, que, conciliando as normas jurídicas com a realidade, confere soluções para os problemas concretos [...] (PEREIRA, 2018).

No mesmo sentido, mas destacando a diluição dos limites entre criação e aplicação da norma no paradigma constitucionalista do direito, cumpre destacar:

[...] *no hay una separación tajante entre razonamiento político o moral y razonamiento jurídico. El razonamiento político del legislador se juridifica (es sub constituitone), pues la ley no es creación ex novo, sino desarrollo o concreción de principios constitucionales; y el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza (adquiere una dimensión práctica de la que carecía), pues incorpora un compromiso con los principios y/o derechos constitucionales). Esta modificación de las relaciones entre razonamiento político y razonamiento jurídico (el razonamiento político se juridifica y el razonamiento jurídico se politiza) se muestra muy claramente en el cambio que supone la sustitución del canon interpretativo de “Interpretación de la Constitución conforme a la ley” al canon “Interpretación de la ley conforme a la Constitución [...] (REGLA, 2007).*

Superado o paradigma do Estado Liberal e da concepção legicêntrica do direito, a atividade jurisdicional ganhou corpo e as normas da CRFB/1988 passaram a ocupar posição de destaque no sistema normativo, ensejando uma releitura das normas infralegais a partir dos diversos princípios constitucionais, sejam eles materiais ou processuais.

Sobre o papel central da Carta Magna e o novo paradigma constitucionalista, destaco:

[...] A principal mudança refere-se ao papel desempenhado pelo texto constitucional em nações da tradição continental — Alemanha, Itália, Espanha e Portugal (e *ipso facto* nos países de tradição romano-germânica na América Latina). Não mais um texto que sirva como um esboço orientativo que deve ser simplesmente “respeitado” pelo “legislador”, mas sim um “programa positivo de valores que deve ser ‘atuado’ pelo legislador”. Assim, como esclarece também Salte Ariza sobre esta mudança do papel desempenhado por certos textos legais contemporâneos, “as constituições atuais são limite e direção ao mesmo tempo”. Dessa forma, o constitucionalismo europeu contemporâneo reconhece por um lado a tradição liberal que entende a ordem constitucional como instrumento para excelência de garantia da esfera mínima intangível de liberdade dos cidadãos e, por outro, incorpora as modificações consagradas no perfil do constitucionalismo a partir do modelo das Constituições alemã e italiana do pós-guerra. Com efeito, como sintetiza Pietro Sanchis, “A constituição já não é mais uma norma *normarum* à moda de Kelsen, encarregada somente de distribuir e organizar o poder entre os órgãos estatais, mas é uma norma com amplo e denso conteúdo substantivo que os juízes ordinários devem conhecer e aplicar a todo conflito jurídico [...]” (MAIA, 2011).

A partir do novo modelo e no plano do gerenciamento judicial do procedimento, são formuladas doutrinas que destacam a possibilidade de flexibilização do rigor formal visando à realização concreta

do direito material pleiteado, em atenção a uma máxima garantia de tutela jurisdicional adequada à demanda posta em juízo.

Surgem então elaborações dogmáticas acerca da adaptabilidade judicial. Destaco:

[...] É preciso que o processo seja adequado também *in concreto*. A adequação, nesse caso, é dever do órgão jurisdicional, que deve observar os mesmos critérios de adequação. Eis que aparece o princípio da *adaptabilidade*, elasticidade ou adequação judicial do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso [...]

[...] a adequação do procedimento é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto, que impede, por exemplo, a efetivação do direito fundamental (à defesa, à prova, à efetividade) [...] (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Com o fito de ampliar e melhorar a governança do processo e adaptá-lo às circunstâncias do direito postulado, o projeto do novo CPC pretendia conferir ao magistrado um amplo poder de alteração das formas e ritos procedimentais. Confira-se:

No anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas responsável pelo CPC/2015, pretendia-se substituir tal modelo rígido do CPC/73 (flexibilização legal alternativa) pelo sistema da flexibilização legal genérica. O art. 107, V, do anteprojeto, estabelecia que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições da lei, incumbindo-lhe “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”. E o art. 151, § 1º, do mesmo anteprojeto, dispunha que “quando o procedimento ou os atos a serem realizados

se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste” (GAJARDONI, 2016).

Entretanto, durante os debates, optou-se por uma adaptabilidade judicial menos abrangente, porém mais ambiciosa em relação ao sistema anterior, conferindo ao magistrado, além dos instrumentos tradicionais constantes do código revogado, novas possibilidades.

É certo que o novo CPC, ao minudenciar formas e rotinas processuais, procura conferir um rito amplo e seguro, que propicie um aprofundado conhecimento da controvérsia. E, mesmo no sistema comum e também visando a certa adaptabilidade procedimental, os arts. 139 e 190 permitem, ainda que timidamente, a adequação do rito à máxima eficácia da tutela a ser prestada tendo em vista o direito material envolvido. Destaco:

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;

[...]

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular;

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da

causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (grifos nossos).

Tratando da flexibilização procedimental no rito comum do novo CPC, colhe-se interessante passagem doutrinária, *verbis*:

[...] a nova legislação autoriza a flexibilização do processo pelo juiz, adequando o procedimento e estabelecendo como será o curso processual. O conceito de adequação “consiste exatamente na ideia de rompimento com a obrigatoriedade de uma forma rígida legal, idêntica para todos os casos, permitindo que o juiz modifique os atos e fases do processo, para que atendam especificamente um caso”. Essa prerrogativa pode ser exercida pelo magistrado de ofício ou a requerimento, como ocorre na hipótese do art. 190 do novo CPC, que permite às partes estipular mudanças no procedimento para atender às especificidades da causa, sempre que versar sobre direitos que admitem autocomposição [...] (THEODORO JÚNIOR, 2016).

O novo CPC retrata a valorização das normas constitucionais e impõe uma necessária releitura dos textos legais, preferindo a substância à forma, proscrevendo o entendimento até então dominante de um aferrado apego ao formalismo em matéria processual.

3 A correta dimensão normativa do art. 2º da Lei nº 9.099/1995 a partir dos aportes trazidos pelo novo CPC

O novo CPC inspira-se em uma oralidade mitigada e prevê dispositivos em tudo compatíveis com o rito sumariíssimo. Assim, além dos já citados arts. 139 (adaptabilidade judicial) e 190 (adaptabilidade

voluntária), há inúmeros exemplos de normas procedimentais absolutamente compatíveis com o sistema dos juizados, especialmente: o art. 70 (auxílio direto, especialmente em demandas de Fazenda Pública), o art. 212 (intimação eletrônica), art. 322 (julgamento liminar de improcedência), o art. 455 (intimação realizada pelo advogado, nos casos em que há assistência deste) e outros que se mostrarem compatíveis com o rito 9.099/1995, desde que devidamente filtrados e adaptados pelos princípios informadores do microsistema.

O novo CPC tem a aptidão para fornecer importantes subsídios para o rito sumariíssimo. Entretanto, a euforia que uma nova norma provoca e o inevitável bacharelismo dos operadores do direito não devem limitar o potencial adaptativo do art. 2º da Lei nº 9.099/1995. O legislador do microsistema já trouxera uma norma adequada para as causas pouco complexas.

Assentado que há diversos elementos de adaptabilidade judicial no rito ordinário, há que se repensar o rito sumariíssimo e refletir sobre o impacto que a flexibilização do rito comum terá no rito sumariíssimo.

Como efeito, não é razoável supor que, no rito comum, haja ampla adaptabilidade judicial, e, no sistema dos juizados, as normas de flexibilização só incidam quando expressamente previstas nos diversos dispositivos expressos no texto.

Os princípios da simplicidade e da informalidade não se limitam ao que está expresso na lei. A doutrina costuma exemplificar a incidência dos referidos princípios nas demais disposições da lei. Nesse sentido, o princípio da oralidade incidiria nos art. 13, § 3º, art. 14, § 3º, art. 30, art. 36. O princípio da simplicidade, no art. 14, § 1º, o princípio da informalidade, nos art. 13, art. 14, § 1º, art. 18, III, e assim por diante.

Dessa forma, o entendimento dominante, na doutrina dos Juizados Especiais, aparentemente, parte da ideia de que princípios reitores do procedimento são apenas vetores de interpretação das de-

mais normas previstas no texto, sem se atentar para a normatividade e a enorme carga valorativa deles.

A leitura dos dispositivos da Lei nº 9.099/1995 até então vigente tratava os princípios do microsistema como normas de maior abstração e não levava em conta a diferença qualitativa entre princípios e regras.

Sobre o ponto, colho passagem doutrinária que defende uma distinção qualitativa entre princípios e regras, tal com a sustentada no presente texto:

[...] Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...] (ALEXY, 2009).

Se princípio é norma e vincula tal qual a regra, urge que, na colmatação de eventuais lacunas, seja feita uma filtragem axiológica das normas de fora do microsistema. Para isso, já há no rito do juizado norma que merece uma releitura a fim de que o microsistema não acabe com um procedimento mais complexo do que o rito comum.

Informalidade, simplicidade, oralidade, celeridade e economia processual são princípios que devem ser otimizados da melhor maneira possível diante das particularidades fáticas e jurídicas da demanda.

A ausência de enunciado normativo expresso pode implicar a incidência da norma geral do CPC, tal como a literalidade do texto sugere, ou na sua aplicação adaptada ao ambiente normativo dos Juizados Especiais.

O art. 2º da Lei nº 9.099/1995 deve ser lido no mesmo sentido das inovadoras normas do CPC, é dizer, na perspectiva de que eventual aplicação da norma geral, que não é inspirada nos critérios do sistema, deve incidir aqui de maneira compatível com as demais normas do mi-

crossistema que preconizam oralidade, simplicidade e informalidade e economia processual.

Para ilustrar o argumento, um caso prático: no dia a dia dos Juizados, são colhidos informações e esclarecimentos de parentes próximos das partes que são analisados com os demais elementos de prova. Assim, as regras sobre suspeição e contradita das testemunhas devem ser integradas ao sistema sem maiores formalismos, bastando ressaltar no depoimento a ligação com a parte e atribuir a ele a credibilidade que possa merecer.

Deve ser refutada a perspectiva formalista de aplicar o CPC da mesma forma que a justiça comum o aplica em suas demandas, reduzindo o potencial emancipador consubstanciado nos princípios referidos.

Como já foi destacado em boa doutrina, a regra hermenêutica que afasta normas do rito ordinário não é o princípio da especialidade, mas o da compatibilidade teleológica. De maneira mais clara:

[...] o que ocorre é que os princípios arrolados no art. 2º formam um filtro que, envolvendo o sistema, permitem somente a passagem do que é compatível com seus institutos, dentro de uma lógica de ponderação de valores. A estrutura dos Juizados, portanto, não é simplesmente preenchida pelas demais normas processuais, mas por elas integrada. A regra hermenêutica aplicável, neste caso, não é apenas a especialidade, mas também a compatibilidade teleológica (ROCHA, 2009).

4 Críticas à adaptabilidade

A adoção ampla de uma adaptabilidade judicial nos Juizados Especiais a partir de uma releitura do art. 2º da Lei nº 9099/1995 dentro do paradigma pós-positivista ensejará as mesmas críticas relativas a uma postura mais ativista do magistrado, tal como em outros domínios do direito.

A questão da segurança jurídica, da violação do princípio da separação de Poderes e da erosão das regras processuais em favor de princípios será a crítica mais comezinha.

4.1 Segurança jurídica

Nas democracias contemporâneas, não obstante uma enorme pluralidade de valores, dois se destacam. Com efeito, em direito e também em matéria processual, há dois tipos de abordagens, cada uma inspirada em um valor. Assim, em um sistema no qual predominam princípios, as exigências morais e de algum tipo de equidade prevalecem sobre o valor segurança. Naqueles em que as regras são predominantes, almeja-se uma maior segurança jurídica.

Com relação à segurança jurídica, cumpre ressaltar que o micro-sistema trata de questões de baixa complexidade e inspirado em uma concepção de procedimento célere, simples e informal, dito sumariíssimo, em razão de um comando constitucional.

Tais princípios são decorrências da norma magna que optou por atribuir a causas menos complexas um tratamento diferenciado. Eis o texto:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juizes 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 juizes de primeiro grau; [...].

Assim, o tratamento das causas de menor complexidade se dará mediante procedimento oral e sumariíssimo. A informalidade, a cele-

ridade e a dificuldade impostas a quem pretende recorrer e a vedação de ação rescisória traduzem uma opção do legislador pelo valor justiça, como, aliás, consta expressamente do art. 6º da Lei nº 9.099/1995.

O legislador conferiu conteúdo normativo ao rito sumariíssimo, estabelecendo princípios que desdobram o comando constitucional e regulam causas menos complexas.

A imposição de um tratamento mais célere e simples para causas menos complexas dirige-se não só ao legislador, quando este realiza o desenho geral e abstrato do procedimento, mas dirige-se principalmente ao magistrado, que não pode transladar solenidades e ritos para os referidos feitos.

Não é dado ao magistrado aplicar normas do CPC em caso de ausência de texto legal sem que faça a devida adaptação da norma a partir dos princípios do art. 2º da Lei nº 9.099/1995. E, ao realizar a devida adaptação, estará o intérprete afastando formalidades e incidentes processuais incompatíveis com o microsistema, cumprindo o comando constitucional.

Contra o risco de certo decisionismo por parte dos magistrados pode-se contrapor uma exigência de fundamentação limitada pela racionalidade institucional decorrente dos textos, dos precedentes e da dogmática jurídica. As decisões devem ser coerentes e universalizáveis para casos idênticos. Informalidade e simplicidade não são o mesmo que julgamento por equidade, que só é admitido nos casos em que se opta pela solução arbitral, art. 25 da Lei nº 9.099.

A decisão exigirá fundamentação objetiva, coerente com o ordenamento jurídico. Deverá, ainda, levar em consideração o que vai ao processo. Trata-se de legitimação a partir da argumentação jurídica produzida em condições ideais de diálogo, com observância dos princípios constitucionais, bem como dos princípios gerais do microsistema.

4.2 Separação de Poderes

Sobre a separação de Poderes, releva notar que a concepção pós-positivista de direito sistematizou a normatividade dos princípios, agregando elementos substantivos ao texto proveniente do legislador.

A separação de Poderes, traçada de forma estática por Montesquieu, inspirou-se no paradigma do Estado Liberal e na superada visão legicêntrica fundada na tese de que o juiz era um mero aplicador da lei.

Tratava-se de uma divisão estanque e idealizada, que não explica satisfatoriamente as complexas relações entre as diversas funções do Estado, agora vistas de forma dinâmica a partir das capacidades institucionais de cada órgão.

No paradigma pós-positivista, preconiza-se uma separação de funções dinâmica que leve em consideração as capacidades institucionais de cada ente para fazer face às atribuições constitucionais que lhe foram determinadas pela CRFB/1988. Ao passo que o legislador está mais capacitado para formular os contornos gerais do procedimento, o magistrado possui mais capacidade institucional para definir, a partir das normas, dos precedentes e da dogmática jurídica, a tutela mais adequada ao caso concreto, gerenciando os feitos e adaptando o procedimento.

Sobre o perfil atual do princípio da separação de poderes cumpre trazer à colação relevante passagem doutrinária:

No constitucionalismo contemporâneo, a significativa mudança no papel do Estado, que passou a intervir de forma muito mais intensa nas relações sociais e econômicas, leva a uma crise no princípio da separação de poderes. Afinal, conter ao máximo o Estado pode não ser a melhor estratégia, se o que se pretende não é o Estado mínimo e absenteísta, mas sim poderes públicos que atuem energeticamente em prol dos direitos fundamentais e

interesses sociais relevantes. Porém, ao invés de simplesmente abandoná-lo, o novo constitucionalismo adotou leitura renovada do princípio da separação de poderes, exigindo arranjos institucionais alternativos, desde que compatíveis com os valores que justificam tal princípio. Tais valores, por outro lado, foram enriquecidos por novas preocupações, que vão além da contenção do poder, envolvendo a legitimação democrática do governo, a eficiência da ação estatal e a sua aptidão para a proteção efetiva dos direitos fundamentais... Diante desse contexto, a cláusula pétreia da separação de poderes deve ser pensada sem fetichismos institucionais que inibam qualquer possibilidade de experimentalismo democrático na busca de arranjos estruturais mais adequados aos desafios do Estado contemporâneo. Tais arranjos não devem ser banidos apenas por não se espelham em visão tradicional e ortodoxa da separação de poderes, desde que não importem em concentração excessiva de poderes nas mãos de qualquer órgão ou autoridade estatal, e se mostrem compatíveis com os valores referidos no parágrafo anterior [...] (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013).

4.3 Erosão da eficácia normativa das regras

A atividade interpretativa é limitada pelos enunciados textuais, pelos precedentes e pela dogmática jurídica. Assim, a argumentação utilizada para construir o significado das normas, sejam elas processuais ou materiais, deve ser uma argumentação jurídica.

Não é dado ao intérprete criar a solução mais razoável a partir de suas convicções religiosas ou morais. Nesse sentido, os limites da interpretação do direito incidem também aqui.

É certo que não se pode ignorar o texto do CPC para estabelecer outro rito ou uma nova formalidade. Mas é lícito, a partir do texto do CPC, construir uma norma mais simples e informal que realize o comando constitucional, que impõe seja o procedimento sumariíssimo o pertinente às causas menos complexas.

5 Conclusão

O novo CPC trouxe inovações alvissareiras no sentido da realização concreta de uma tutela jurisdicional mais adequada ao direito vindicado. Para além das tutelas diferenciadas, trouxe a previsão de alguma adaptabilidade judicial procedimental e uma ampla possibilidade de adaptabilidade negocial.

Os feitos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis, além de questões simples e de baixa complexidade, envolvem direitos disponíveis que permitiriam uma ampla margem de adaptabilidade, fosse a demanda ajuizada na Justiça Comum.

Bem mais vantajoso adaptar as disposições do CPC aos critérios da oralidade, informalidade e simplicidade. Assim, desde que o rito observe tais critérios, descortina-se um espaço de conformação para o magistrado com enormes vantagens para as partes e para o sistema dos juizados.

Tal orientação reflete a direção normativa no sentido de empoderar os intérpretes das normas para a necessária deformalização dos ritos processuais e a pretendida celeridade.

Ao colmatar uma lacuna normativa e diante de variados significados normativos, deverá o magistrado que atua nos juizados perguntar-se: qual o conteúdo normativo se mostra mais oral, informal e simples?

Se todos escolherem esse caminho, certamente haverá diversas perspectivas, (como sói acontecer em todos os ramos do direito, na medida em que as palavras, ao serem interpretadas e cotejadas com a realidade, atraem diversos significados), mas haverá a desejada “sumarização” do rito ordinário e não uma “ordinarização” do rito sumariíssimo.

Não se pretende aqui valorar os princípios em detrimento das regras, erodindo o poder conformador dos legisladores. Desde que observado o devido processo legislativo, deve o intérprete guardar deferência à opção feita pelo legislador ordinário.

Nessa toada, se houver norma expressa alterando a lei e se a norma for minimamente compatível com a Constituição e com o resto do sistema, deve prevalecer a regra. Nesse sentido e para exemplificar, a norma do art. 12-A da Lei nº 9.099/1995, acrescentada pela Lei nº 13.728/2018, que preferiu a contagem em dias úteis no rito sumariíssimo.

O direito é uma obra coletiva que não se esgota com o texto proveniente das fontes formais, mas a ele ajuntando-se reflexões argumentativas decorrentes de uma moral crítica que leva em consideração o contexto e os princípios compartilhados pela comunidade jurídica no momento em que é aplicado.

Por mais que se acredite no mito do legislador onisciente (NINO, 2010), há que se compreender a limitação do texto proveniente das fontes formais do direito, insuficiente para abarcar a complexidade dos problemas que são postos pelo contexto que circunda a demanda. E, quando falta o texto no sistema dos juizados, por mais clara que seja a norma do sistema comum, sua incidência não pode importar em violação da norma constitucional, densificada pelos princípios constantes do art. 2º da Lei nº 9.099/1995.

Referências

ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. São Paulo: Escolar Editora, 2014.

ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*. São Paulo: Escolar Editora, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, p. 299-325, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, [s.d.]. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf. Acesso em: 4 out. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora WMF/Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Editora WMF/Martins Fontes, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz do Novo CPC. *Revista TST*, Brasília, n. 3, v. 82, jul./set. 2016.

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.

MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti. Sobre a teoria constitucional brasileira e a Carta Cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, n. 1, v. 4, p. 1-86, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparoto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editora Gedisa, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2018.

REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Revista Doxa*, Araraquara, n. 30, 2007. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/positivismo-y-postpositivismo-dos-paradigmas-juridicos-en-pocas-palabras--0/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://www.cervantesvirtual.com/download/pdf/positivismo-y-postpositivismo-dos-paradigmas-juridicos-en-pocas-palabras--0/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acesso em: 4 out. 2019.

ROCHA, Felipe Borring. *Juizados Especiais Cíveis: aspectos polêmicos da Lei 9.099/95*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

11. Procedimento especial das ações de família no novo CPC

Carlos José Cordeiro

Juiz de Direito do TJMG.
Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Josiane Araújo Gomes

Assessora Judicial do TJMG.
Mestre em Direito Público e Especialista em Direito das Famílias pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduanda em Gestão Pública em Saúde pela Faculdade de Gestão e Negócios da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

1 Introdução

A Lei nº 13.105, que institui o novo Código de Processo Civil brasileiro (nCPC), foi publicada no *Diário Oficial da União* na data de 16 de março de 2015, entrando em vigor um ano após a sua publicação (art. 1.045).¹ Nesses cinco anos, contados desde a publicação, inúmeros questionamentos e discussões surgiram, tanto no âmbito doutrinário quanto no judicial, com o objetivo de buscar a adequada interpretação e aplicação das alterações promovidas pela nova legislação, cabendo aos juristas considerar, em suas análises, os fundamentos que orientaram a elaboração do texto legal.

Com efeito, o novo Código de Processo Civil tem por origem anteprojeto elaborado por Comissão de Juristas nomeada no ano de 2009, presidida pelo Ministro Luiz Fux, atual Ministro do Supremo

¹ Enunciado administrativo nº 1 do STJ: “O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei nº 13.105/2015 entrará em vigor no dia 18 de março de 2016”.

Tribunal Federal, sendo suas diretrizes fundamentais os princípios da celeridade processual, da adequada duração do processo, da efetividade, da instrumentalidade, do contraditório e, em suma, do devido processo legal, buscando, assim, instituir procedimentos orientados pela simplicidade da linguagem e da ação processual, promovendo o concreto e efetivo acesso à Justiça.

De fato, verifica-se, no corpo do novo Código de Processo Civil, verdadeira preocupação em se assegurar efetividade aos princípios fundamentais do processo. Aliás, o Capítulo I de seu Título I é denominado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, reunindo grande parte dos princípios processuais que, inclusive, encontram assento constitucional. Dentre os dispositivos que compõem referido capítulo, destaca-se o art. 8º, o qual dispõe, *in verbis*:

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.

Nesse contexto, impende reconhecer que a nova legislação processual civil é responsável por promover inúmeros reflexos em todos os ramos da ciência jurídica, não sendo diferente com o Direito das Famílias. Assim, buscar-se-á, nas próximas linhas, traçar as principais influências que o nCPC provocou na análise e na resolução dos litígios familiares, principalmente a previsão expressa do procedimento especial denominado de “ações de família”.

2 Do procedimento especial para as ações de família

O Código de Processo Civil de 1973 não previa, dentre as suas disposições, procedimento próprio para os processos litigiosos envolvendo questões de Direito de Família, existindo apenas legislações es-

parsas sobre temas específicos — por exemplo, a Lei nº 5.478/1968, que trata da ação de alimentos, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Tal cenário é alterado com o novo Código de Processo Civil, que dedica, dentro do Título III — “Dos Procedimentos Especiais” —, capítulo específico para disciplinar as “Ações de Família”, em que são traçadas especificidades relevantes para a adequada resolução dos litígios familiares. Com efeito, assim dispõem os arts. 693 a 699, *in verbis*:

Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

§ 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

§ 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.

§ 3º A citação será feita na pessoa do réu.

§ 4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.

Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

Da leitura do art. 693, verifica-se que o estatuto processual arrola espécies de ações que deverão seguir o procedimento especial, sendo referido rol exemplificativo, de acordo com a doutrina majoritária, devendo ser observado, portanto, em todos os processos contenciosos — ou seja, não consensuais — cujo objeto e/ou a causa de pedir envolva conflitos familiares, ressalvada a existência de legislação específica.²

Ultrapassada referida questão, observa-se que o primeiro ponto de destaque no procedimento especial para as ações de família, que, aliás, também será objeto de análise no próximo item deste estudo, diz respeito à adoção expressa da mediação como método de resolução consensual de conflitos, a qual é orientada para a busca da adequada

² Nesse sentido lecionam El Bacha e Maekava, *in verbis*: “Defendemos pelo rol exemplificativo do *caput* do art. 693 do CPC (LGL/2015/1656), já que não há razões para aplicação de procedimentos distintos em ações que envolvam discussões vinculadas ao direito de família apenas pelo fundamento de não estar previsto em lei, até porque o legislador estabeleceu o tratamento próprio às ações de família em razão do direito material envolvido, do vínculo de afetividade e parentesco que geralmente existe entre as partes nessas ações. Nessa linha, aplica-se o procedimento especial aqui estudado a todas as ações de competência da Vara de Família” (EL BACHA; MAEKAVA, 2018). Da mesma forma, é o texto no Enunciado n° 72 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “O rol do art. 693 não é exaustivo, sendo aplicáveis os dispositivos previstos no Capítulo X a outras ações de caráter contencioso envolvendo o Direito de Família”.

e efetiva resolução dos litígios familiares, possibilitando, por consequência, o célere alcance da pacificação social.

Nesse contexto, destaca-se a previsão legal no sentido de que o instrumento de citação do réu não deve ser instruído por cópia da petição inicial (art. 695, § 1º), cujo objetivo consiste em conferir maior possibilidade de êxito na mediação e na conciliação do conflito familiar, em audiência judicial própria.³ Todavia, está expressamente ressalvado ser assegurado ao réu o direito de examinar o conteúdo da exordial a qualquer tempo.

Entrementes, cumpre consignar que a previsão legal de que a citação não deve ser acompanhada por cópia da petição inicial é alvo de críticas por parte da doutrina, por considerá-la verdadeira ofensa ao direito à informação, na medida em que a parte ré se vê compelida a comparecer a uma audiência judicial sem ter pleno conhecimento das alegações realizadas em seu desfavor pela parte contrária, fato este que, inclusive, pode prejudicar a resolução consensual do conflito.⁴

Ainda sobre a audiência de conciliação ou mediação, cumpre consignar que, de acordo com o art. 697, caso não logre êxito a tentativa de resolução consensual do conflito, o processo prosseguirá sob o

³ Nesse sentido, leciona Bueno, *in verbis*: “De acordo com o § 1º do art. 695, a citação deve ser desacompanhada de cópia da inicial, iniciativa que deve ser aplaudida porque quer evitar que, de antemão, se tenha ciência do teor da inicial, o que, a prática mostra, poderá, por si só, dificultar a tomada de solução consensual para o caso. Nenhuma violação à ampla defesa há, na regra, na medida em que ela expressamente franqueia o acesso aos autos para os interessados e, preferencialmente, aos seus advogados ou defensores públicos a qualquer tempo” (BUENO, 2016, p. 502).

⁴ Nesse sentido, leciona Neves, *in verbis*: “Ainda que se entenda o objetivo do legislador, a especialidade criada para as ações de família é criticável porque não permite ao réu conhecer as razões do autor, contrariando, desse modo, o princípio fundamental das formas consensuais de solução do conflito: a ampla ciência das pretensões e resistências. Como, exatamente, o legislador pretende que o réu vá à audiência preparado para uma mediação ou conciliação, se não tem conhecimento do alegado pelo autor na petição inicial?” (NEVES, 2016, p. 1.682). Da mesma forma, manifestam Vincenzi e Oliveira, *in verbis*: “Apesar de ser assegurado ao réu acesso ‘a qualquer tempo’ aos autos, o fato de não ser entregue uma cópia da petição junto com a citação pode gerar efeitos extremamente negativos. Exemplo disso poderá ser observado quando o requerido comparecer à audiência de mediação sem saber o objeto da demanda. Outro efeito a ser ressaltado está no fato de o demandado, por não ter tido acesso à petição inicial, ficar sujeito a confiar no que for dito pelo demandante ou pelo mediador no momento da primeira audiência” (VINCENZI; OLIVEIRA, 2015).

rito do procedimento comum, o que torna duvidosa a previsão de um procedimento especial para as ações de família, pois, conforme será visto no próximo item, também é prevista audiência de conciliação e/ou mediação no procedimento comum.

Outrossim, ponto de destaque no procedimento especial das ações de família diz respeito à previsão expressa da figura do atendimento multidisciplinar dos litigantes, o qual exige a participação de profissionais de outras áreas de conhecimento — por exemplo, psicólogos, psicoterapeutas, pedagogos, assistentes sociais, etc. —, cuja atuação se mostra de extrema importância para o real conhecimento dos motivos do conflito levado a Juízo, bem como para a sua justa e razoável resolução. Assim, cabe ao magistrado, nas hipóteses em que se mostrar necessário ou conveniente, suspender o andamento processual, a fim de que as partes se submetam a atendimento multidisciplinar, o qual, aliás, poderá ser responsável por promover, em momento seguinte, a resolução consensual do litígio.

Ademais, pela primeira vez, há a previsão expressa, na legislação processual civil, da alienação parental,⁵ situação em que caberá ao magistrado tomar o depoimento do incapaz acompanhado por especialista. Ressalta-se, contudo, ser necessário diferenciar duas hipóteses processuais: em sendo a alienação parental causa de pedir da

⁵ A definição de alienação parental está disposta no art. 2º da Lei nº 12.318/2010, *in verbis*: “Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós”.

demanda, a oitiva do incapaz ocorrerá no bojo do processo principal; todavia, caso a arguição da alienação parental ocorra em ação judicial que tenha causa de pedir diversa, é recomendável que a oitiva do incapaz seja realizada em incidente processual, a fim de possibilitar a ampliação da investigação probatória — notadamente em razão da gravidade da questão —, bem como impedir o tumulto no andamento da ação principal.

Por fim, merece especial destaque a racionalização da atuação do Ministério Público na qualidade de *custos legis*, haja vista que, conforme previsto no art. 698, o *Parquet* apenas intervirá nas ações de família nas hipóteses de interesses de incapazes,⁶ o que, sem dúvida alguma, tornará mais eficaz a sua atuação processual nessas demandas que têm por objeto interesses indisponíveis.

3 Da adoção expressa da mediação como método de solução consensual de conflitos

De acordo com o art. 3º, § 3º, do nCPC: “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”.

Diante do dispositivo legal supratranscrito, verifica-se que a nova legislação processual civil prevê, expressamente, a adoção de meios alternativos de resolução dos conflitos, com o desiderato de impedir o desgastante e prejudicial trâmite processual e, ainda, permitir o alcance da efetiva e concreta solução dos litígios. Destarte, disciplina que toda a estrutura jurisdicional deve empreender esforços a fim de

⁶ As hipóteses de intervenção do Ministério Público nas ações de família, quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, estavam previstas no art. 82, incisos I e II, *in verbis*: “Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; [...]”.

se obter a solução consensual das controvérsias, cabendo ao magistrado, inclusive, utilizar o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e a conciliação dos litigantes.

Nesse contexto, destaca-se a relevância atribuída pelo nCPC à mediação, que pode ser definida como o procedimento por meio do qual, em vista da atuação técnica promovida por terceiro imparcial, neutro e capacitado, é facilitado o autoconhecimento, o diálogo e a comunicação entre pessoas em situação de conflito, de modo que, a partir de sua releitura positiva, fomenta-se a atuação prospectiva das partes, tendente a ventilar possibilidades de solução da controvérsia, a fim de que a relação havida entre as partes e, então, enfraquecida, prossiga existindo.⁷

Com efeito, o nCPC dedica a Seção V — “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais” —, integrante do capítulo referente aos “Auxiliares da Justiça”, para a disciplina da mediação, em seus arts. 165 a 175, sendo relevante destacar o inteiro teor dos arts. 165 e 166, *in verbis*:

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

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

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

⁷ Cumpre consignar que o Conselho Nacional de Justiça, em 29/11/2010, editou a Resolução nº 125, dispondo, de forma audaciosa e abrangente, sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, tendo como premissa a necessidade de assegurar, além do acesso formal aos órgãos judiciários, o acesso à ordem jurídica justa, e, para tanto, estabeleceu como incumbência do Poder Judiciário a efetivação de política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e conflitos de interesses, inclusive por meio dos mecanismos consensuais como a mediação e a conciliação.

tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

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

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.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Assim, observa-se que a mediação corresponderá, primeiramente, a uma etapa pré-processual, exercida nos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, em que o mediador — que deverá contar com capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (art. 167, § 1º) — será responsável por identificar os reais interesses das partes e traduzi-los, de forma positiva, aos envolvidos, atuando como facilitador da comunicação entre eles estabelecida, de modo que possam, autonomamente, encontrar novas formas de se relacionar, colo-

cando, eventualmente, fim ao conflito e idealizando a maneira como manterão os elos que os vinculam.

Entrementes, a medição não ficará restrita ao estágio pré-processual, pois também haverá a sua adoção ao longo do trâmite do processo judicial. Com efeito, dispõe o art. 334 do nCPC, *in verbis*:

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.

A previsão expressa, pelo nCPC, da mediação como método de solução consensual de conflitos traduz-se como ponto positivo para a resolução dos litígios familiares.⁸ De fato, a mediação possui dentre seus objetivos a facilitação do diálogo entre pessoas em situação de conflito, de modo que elas possam, de forma prospectiva, idealizar e efetivar novas formas de relacionamento, buscando, assim, a continuidade dos vínculos. Tal desiderato é de extrema relevância para os conflitos que surgem no âmbito das relações familiares, na medida em que, além de existirem sentimentos envolvidos entre os litigantes, os vínculos e as relações existentes entre as partes são, em sua maioria, de existência eterna.

Dessa forma, a complexidade das relações familiares, que, em muitos casos, impede o reconhecimento do conflito já instalado, pode ser melhor compreendida e desvendada por meio da mediação, em que, para além de investigar qual o pedido que se faz em relação ao outro (posição), permite-se identificar qual o verdadeiro interesse que move a situação de discórdia. Ademais, a mediação revela sua relevância ao permitir que, em se tratando de questões tão íntimas e afetas ao âmbito privado, os conflitos de família sejam solucionados exatamente por aqueles que neles se envolvem.

Por isso que, no procedimento especial das ações de família, há a previsão de que, recebida a petição inicial, o juiz ordenará a citação

⁸ Sobre o tema da mediação no âmbito do Direito das Famílias, consultar: Cordeiro (2013).

do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação (art. 695, *caput*). Ocorre que, em razão da adoção da forma verbal imperativa — “ordenará” — e da ausência de previsão semelhante à disposta no art. 334, § 4º, I, pode-se chegar à conclusão de que a audiência de conciliação e/ou mediação é obrigatória nas ações de família, o que contraria a natureza facultativa do instituto da mediação. Com efeito, de acordo com Vincenzi e Oliveira, *in verbis*:

Vale lembrar que esse instituto depende invariavelmente da disposição das partes para seu funcionamento. Logo, se as partes não conhecem suas vantagens e o *modus operandi* da mediação, possivelmente não estarão dispostas a mediar seus conflitos. Como consequência, a instauração da mediação, apesar de obrigatória, restará infrutífera. Além disso, a questão será submetida ao Judiciário de qualquer forma, porém, com dispêndio de tempo, de recurso e eventuais danos psicológicos dos envolvidos (VINCENZI; OLIVEIRA, 2015).

Portanto, a disciplina da mediação pelo nCPC é responsável por, em um primeiro momento, consagrar a possibilidade de sua adoção para a solução dos conflitos advindos das relações familiares e, principalmente, atribuir a real importância que referido método de solução de controvérsias possui para o alcance da efetiva pacificação social, desde que, é claro, seja respeitada a consensualidade e a autonomia da vontade, características inerentes ao instituto da mediação.

4 Do procedimento de execução de alimentos

O novo Código de Processo Civil traz capítulo específico sobre o “cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos”, que compreende os arts. 528 a 533. Em referidos dispositivos, destaca-se, além da manutenção da prisão civil do devedor de alimentos e da possibilidade de desconto na folha de pa-

gamento, a possibilidade de protesto de dívidas alimentares no caso de inadimplência do alimentante, bem como a inclusão de seu nome nos sistemas de bases de dados de proteção ao crédito.

Especificamente, quanto à execução das obrigações alimentares afetas ao direito das famílias, cumpre transcrever os arts. 528 a 532, *in verbis*:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no *caput*, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a con-

cessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

§ 9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio.

Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

§ 1º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

§ 2º O ofício conterá o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.

§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do *caput* deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Art. 530. Não cumprida a obrigação, observar-se-á o disposto nos arts. 831 e seguintes.

Art. 531. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.

§ 1º A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados.

§ 2º O cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença.

Art. 532. Verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material.

Pelos dispositivos legais supratranscritos, observa-se que a prisão civil pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obriga-

ção alimentícia permanece como meio coercitivo imposto ao devedor a fim de se obter o pagamento dos alimentos devidos, possibilidade esta, aliás, que encontra expresso assento constitucional (art. 5º, inciso LXVII). Todavia, conforme previsão já existente do Diploma Processual Civil de 1973, o nCPC mantém a ideia de que a prisão civil não constitui mecanismo executivo autônomo, mas sim específica técnica que se conjuga à ordem de pagamento disposta no art. 528, *caput*, tendo, pois, como finalidade única, compelir o executado, por ato seu, ao pagamento do que é devido. Não adimplindo o débito, como também não justificando devidamente a ausência de pagamento, consuma-se a prisão, promove-se o protesto do pronunciamento judicial e penhoram-se bens do patrimônio do devedor para que, uma vez avaliados e alienados, satisfaçam o crédito do exequente.

Ademais, o nCPC consagra, em seu art. 528, § 7º, entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, na Súmula nº 309, *in verbis*: “O débito alimentar que autoriza prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo”. Dessa forma, a prisão civil do devedor de prestação alimentícia não é cabível nas hipóteses de “alimentos pretéritos” — com a ressalva feita com relação às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução —, pois, em tais situações, em regra — ou seja, é possível a produção de prova em contrário —, os alimentos não detêm, em razão do decurso do tempo, a marca de imprescindibilidade.

Ainda sobre a prisão civil do devedor de alimentos, o nCPC encerra a discussão sobre o prazo de sua duração, ao prever, em seu art. 528, § 3º, que a prisão será decretada pelo prazo de um a três meses. Com efeito, aplicando-se a regra do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), o contido na nova legislação processual civil deve prevalecer sobre a previsão do art. 19 da Lei nº

5.478/1968 — que veda a prisão superior a sessenta dias —, pois ambas as leis tratam da mesma questão.

Por fim, denota-se que o novo diploma processual civil está orientado a buscar a satisfatividade da execução da obrigação alimentícia, pois, conforme se observa da prática processual, a modalidade de execução por expropriação de bens carece de efetividade na busca do adimplemento do débito, haja vista que os devedores, em inúmeros casos, não possuem créditos depositados em instituições financeiras ou mesmo bens passíveis de penhora. Assim, o nCPC alia a execução alimentar a outros instrumentos de coercibilidade, ao determinar que, em não sendo paga a dívida alimentícia, o magistrado mandará protestar o provimento jurisdicional — sendo o protesto poderoso instrumento que possui o credor para compelir o devedor ao adimplemento da obrigação —, situação esta que não exclui a possibilidade de, em seguida, ser decretada a prisão civil do devedor, pelo prazo de um a três meses, em regime fechado, nem mesmo a possibilidade de expropriação de seus bens, nos exatos limites do débito exequendo.

5 Da expressa previsão da separação judicial

Da análise do novo Código de Processo Civil constata-se que referido diploma legal mantém a previsão do sistema dual de dissolução da entidade conjugal, fazendo menção expressa à separação judicial. Tal constatação decorre, notadamente, do seu art. 693, que prevê que as normas dos procedimentos das ações de família são aplicadas aos processos contenciosos de separação.

Outrossim, nos arts. 731 a 734, o nCPC traz seção específica acerca “Do Divórcio e da Separação Consensuais, da Extinção Consensual de União Estável e da Alteração do Regime de Bens do Matrimônio”, *in verbis*:

Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

I- as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;

II- as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;

III- o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e

IV- o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658.

Art. 732. As disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação consensuais aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável.

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros.

§ 1º Ao receber a petição inicial, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, somente podendo decidir depois de decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital.

§ 2º Os cônjuges, na petição inicial ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direitos de terceiros.

§ 3º Após o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

Em vista de tais dispositivos, é imperioso o reconhecimento de retrocesso, na nova legislação processual civil, quanto ao tratamento conferido à dissolução da sociedade conjugal.

Com efeito, o primeiro ponto de destaque diz respeito à ausência de previsão expressa de que a dissolução da sociedade conjugal possa se dar no âmbito extrajudicial. De fato, a Lei nº 11.441/2007 foi responsável por acrescentar ao texto do Código de Processo Civil ainda vigente (Lei nº 5.869/1973) o art. 1.124-A, que disciplina a possibilidade de que a separação e o divórcio consensuais ocorram em Cartório Extrajudicial, independentemente de procedimento judicial. Tal previsão legal não foi reproduzida no nCPC, o que, contudo, não significa a sua revogação, pois, além de inexistir proibição legal para que a dissolução do casamento ocorra pela via extrajudicial, a sua adoção já se encontra devidamente regulamentada e em plena execução em todo o país.

Por sua vez, o segundo ponto de destaque diz respeito à manutenção da previsão legal acerca da separação como uma das possibilidades para a dissolução da sociedade conjugal.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 66, de 14 de julho de 2010, alterou o texto do § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, suprimindo-lhe a menção quanto à separação judicial e ao prazo de separação de fato para a decretação do divórcio. Sua nova redação preceitua: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Inferem-se, de imediato, duas conclusões: manteve-se o princípio de que o casamento é dissolúvel e que a dissolubilidade do vínculo matrimonial se dá pelo divórcio. Mas, quanto ao instituto da separação, há a sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro?

Quanto à referida questão, três posicionamentos surgiram na doutrina e na jurisprudência.

O primeiro deles, ao afirmar que o art. 226, § 6º, é dotado de eficácia imediata e plena, defende a ocorrência da revogação dos dispositivos infraconstitucionais que disciplinam a separação judicial e extrajudicial, pelo que subsistiria apenas o instituto do divórcio, o qual não mais estaria submetido a qualquer prazo de separação de fato para a sua decretação.⁹ Tal posicionamento já era defendido mesmo antes da aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, conforme se verifica nos dizeres de Câmara e Simão, *in verbis*:

A Proposta de Emenda à Constituição nº 413/2005 propõe exatamente o fim dessa pluralidade procedimental, que se mostra inadequada ao atual contexto jurídico, que tende à simplificação dos procedimentos e principalmente ao fim da discussão de culpa nas ações de dissolução da sociedade conjugal (CÂMARA; SIMÃO, 2008, p. 572).

O segundo posicionamento defende que a exclusão, no texto constitucional, da menção à separação judicial e ao prazo para decretação do divórcio apenas produz como efeito a permissão, dada ao legislador infraconstitucional, de alterar as normas até então vigentes acerca dos institutos da separação e do divórcio,¹⁰ motivo pelo qual,

⁹ Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado, *in verbis*: “Apelação cível. Conversão de separação judicial em divórcio. Emenda Constitucional 66/10. Abolição do instituto da separação. Divórcio decretado. Partilha de bem. Jazigo. Cemitério particular. Possibilidade. Recurso provido em parte. - Com a sobrevinda da Emenda Constitucional n. 66/10, a conferir nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição, o instituto da separação foi abolido da ordem jurídica brasileira, passando o divórcio a figurar como única ação para dissolução do casamento. No caso dos autos, já identificado, com clareza, o patrimônio do casal, e havendo elementos suficientes à pronta resolução da partilha de somente um bem, não se justifica relegar a sua partilha. Jazigo adquirido na constância do casamento de cemitério particular deve ser incluído na partilha, e dividido igualmente entre as partes, por ser considerado bem particular. - Recurso provido em parte” (TJMG - Apelação Cível nº 1.0382.14.001648-8/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, j. em 3/2/2015, p. em 10/2/2015).

¹⁰ Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado, *in verbis*: “Apelação cível. Divórcio direto. Emenda constitucional nº 66/2010. Abolição do instituto da separação. Inocorrência. Desconstitucional-

com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, as legislações infraconstitucionais permaneceram intactas e em plena vigência.¹¹

Por sua vez, o terceiro posicionamento acaba por ficar no meio do caminho entre os dois anteriores. De fato, apesar de afirmar que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não foi capaz de suprimir o instituto da separação da ordem jurídica pátria, defende, ao mesmo tempo, a extinção de qualquer requisito ou prazo para a decretação do divórcio. Assim, cabe ao casal que pretende pôr fim à união escolher entre a separação ou o divórcio, não sendo aquele pré-requisito deste.¹² Nesse sentido, afirmou Fuhrer, *in verbis*:

lização do tema. Liberdade de regulamentação pelo legislador ordinário. Art. 1.580 do CC/02. Lapso temporal. Inobservância. Sentença reformada. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não aboliu a separação judicial do ordenamento jurídico pátrio, limitando-se à desconstitucionalização do tema, conferindo ao legislador ordinário liberdade para sua regulamentação, em consonância com os reclamos da sociedade pós-moderna. Deve ser reformada a sentença que julga procedente pedido de divórcio direto, sem observância do lapso temporal exigido pelo art. 1.580 do Código Civil. V.v.: Apelação cível. Divórcio. Emenda Constitucional 66, de 2010. Nova redação dada ao art. 226, § 6º, da Constituição da República. Supressão do requisito temporal. Direito potestativo. Recurso ao qual se nega provimento. - A dissolução do casamento pelo divórcio independe de prazo de separação prévia do casal. - Se as partes não possuem mais interesse em se manter casadas, não há por que impedir o divórcio. Direito potestativo extintivo. - Precedentes jurisprudenciais (Des. Marcelo Rodrigues)” (TJMG - Apelação Cível nº 1.0701.13.005944-0/001, Rel. Des. Afrânio Vilela, 2ª Câmara Cível, j. em 5/11/2014, p. em 21/11/2014).

¹¹ Nesse sentido afirmou Villela, *in verbis*: “A legislação continua, sim, intacta, porque é perfeitamente compatível com a Constituição da República e não foi modificada segundo forma prescrita em lei. Para que seja tida por modificada impõe-se observar os cânones da Lei de Introdução ao Código Civil. É ela que estabelece as hipóteses de revogação. A mudança radical a que me refiro não está no conteúdo, na extensão ou no alcance das leis, mas nos poderes de que foi investido o legislador ordinário. Agora, não estando mais sujeito às imposições que a Constituição lhe mandava observar, o legislador ordinário poderá, se o quiser, também dispensá-las do Código Civil ou do Código de Processo Civil, onde elas se acham ancoradas. Isto tem uma significação política enorme, mas não revoga qualquer lei. Confere o poder de revogar, mas não revoga” (VILLELA, [s.d]).

¹² Cabe ressaltar que, na V Jornada de Direito Civil, realizada entre os dias 8 a 11 de novembro de 2011, pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 514, nos seguintes termos, *in verbis*: “Art. 1.571. A EC 66/2010 não extinguiu a separação judicial e extrajudicial”. Dessa forma, leciona Leite: “Sem adentrar no mérito de uma discussão árida (antes ideológica do que científica), o que o legislador deixou assente é que a separação judicial subsiste no ordenamento jurídico brasileiro e apenas deixou de ser uma etapa prévia e obrigatória da ação de divórcio. Isto é, as espécies de separação, seja de natureza consensual, seja de natureza litigiosa, passaram a integrar o gênero maior de ruptura da sociedade conjugal, que, agora, pode se dar por meio da separação ou do divórcio. O resgate das duas figuras — que sempre fizeram parte da organização social/jurídica brasileira — deixa claro que eventuais emendas não têm o condão (nem poderiam ter) de anular,

Como não houve revogação expressa, nem tácita, sobrevive a possibilidade de separação judicial, para aqueles que, por razões filosóficas ou religiosas, cujo respeito é garantido constitucionalmente, desejarem apenas romper a relação matrimonial sem extinguir o casamento. Entretanto, como o *divórcio potestativo* é desvinculado de qualquer termo ou condição, e como quem pode o mais (divórcio), pode o menos (separação), a interpretação lógica indica que também a separação passou a ser puramente potestativa, livrando-se de toda estrutura legal regulatória e restritiva antiga (FUHRER, 2010, grifo do autor).

Sem querer esgotar o mérito de referida discussão — que exige, para sua adequada elucidação, análise, inclusive, sobre a hermenêutica constitucional — tem-se que a exigência de prévia separação de direito ou de fato, para que se busque a dissolução do vínculo matrimonial pela decretação do divórcio, traz consigo várias problematizações, tanto de ordem pessoal — desgaste emocional do casal, além da possibilidade de constituição de novos relacionamentos amorosos antes do término jurídico do casamento — quanto de ordem patrimonial — haja vista o estado de comunhão de bens que surge pela união matrimonial.

Dessa forma, a melhor opção a ser adotada pelo legislador infraconstitucional, em face da atual disposição do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, corresponde à revogação dos dispositivos concernentes ao instituto da separação, bem como pela extinção dos requisitos para a concessão do divórcio, o qual deve ter por único fundamento o fim do afeto. Contudo, conforme acima já indicado, o nCPC não seguiu tal orientação, ao manter a previsão expressa acerca da separação judicial, o que, sem sombra de dúvidas, contraria as diretrizes traçadas pela legislação constitucional.

Entrementes, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Quarta Turma, no ano de 2017, em julgamen-

ou apagar, a estrutura de um povo, ou de uma Nação” (LEITE, 2015).

to de Recurso Especial interposto por um casal que, em ação de separação, buscava a homologação pelo Juízo das condições pactuadas (recebimento de pensão, regulação de visitas ao filho, partilha de bens e alteração de sobrenome), firmou entendimento no sentido de que a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66 não aboliu a figura da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas facilitou aos cônjuges o exercício pleno de sua autonomia privada.¹³ Contudo, conforme exposto, referida conclusão se mostra ofensiva à supremacia da Constituição, por condicionar a interpretação do texto constitucional à previsão da legislação ordinária. Por isso, impõe-se, na verdade, o reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos do nCPC que disciplinam a separação judicial e extrajudicial, na medida em que, quando de sua entrada em vigor, o instituto da separação de direito encontrava-se revogado na ordem jurídica pátria, revogação esta promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010.¹⁴

¹³ A ementa do julgado restou assim redigida, *in verbis*: “Recurso especial. Direito civil. Família. Emenda Constitucional nº 66/10. Divórcio direto. Separação judicial. Subsistência. - A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1.571, III, e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1.571, IV, e 1.580). São institutos diversos, com consequências e regramentos jurídicos distintos. - A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. - Recurso especial provido” (REsp nº 1.247.098/MS, Rel.^a Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 14/3/2017, DJe de 16/5/2017).

¹⁴ Segundo Tartuce: “Uma grande infelicidade, um total retrocesso. Com essas fortes palavras pode ser resumida a manutenção da separação judicial e extrajudicial no novo Código de Processo Civil Brasileiro. Vários dispositivos da norma instrumental emergente continuam a tratar das categorias, o que não deveria ocorrer, em hipótese alguma. [...] deve-se entender que estão revogados tacitamente os dispositivos infraconstitucionais que tratam dos institutos da separação judicial e extrajudicial, caso dos arts. 1.571, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.578 e 1.580 do Código Civil; além dos arts. 1.120 a 1.124-A do Código de Processo Civil de 1973. Tais comandos estão revogados de forma tácita por uma incompatibilidade constitucional superveniente, como sustentam os doutrinadores anteriormente citados. A mesma dedução vale para todas as regras do novo Código de Processo Civil que mencionam a separação de direito”. Ao final, o autor arremata afirmando que: “Infelizmente, o legislador não se atentou a isso. O trabalho não será só do Supremo Tribunal Federal, mas de toda a doutrina e jurisprudência nacionais. Já começamos a desempenhá-lo, condenando essa triste opção constante do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que será por nós duramente combatida nos próximos anos” (TARTUCE, [s.d.]).

6 Do reconhecimento da união estável como estado civil

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por promover profundas alterações no conceito de entidade familiar. Com efeito, ao prever, como princípio fundamental da República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o Texto Maior impede a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, razão pela qual se tem que:

O centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros [...] (TEPEDINO, 1997, p. 48-49).

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988, ao adotar o princípio do pluralismo das entidades familiares, reconheceu, ao lado da família conjugal, a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).¹⁵ Ademais, estabeleceu plena igualdade entre homem e mulher no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, § 5º), além de garantir iguais direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º).

¹⁵ Ressalte-se o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que defende que as modalidades de entidades familiares previstas no texto constitucional não encerram *numerus clausus*. De acordo com Netto Lôbo, *in verbis*: “Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade” (NETTO LÔBO, 2002, p. 95).

Dessa forma, a Carta Magna de 1988 foi responsável por promover importante transformação no conceito de família, a qual deixou de ser um organismo preordenado a fins externos, para se tornar “um núcleo de companheirismo a serviço das próprias pessoas que a constituem” (VILLELA, 1997, p. 71). De fato, não cabe ao Estado-legislador criar o fenômeno familiar, mas apenas tutelar as famílias que se formam naturalmente, de modo a proteger a dignidade de seus membros. Portanto, a família representa o ambiente em que cada pessoa busca a sua própria realização, por meio do relacionamento com outra, ou outras, pessoas, não se restringindo apenas ao casamento, estrutura familiar instituída pelo Estado.

Especificamente quanto à união estável, é inquestionável que a união afetiva livre e informal sempre esteve presente na sociedade, não sendo a ausência de regulamentação legal capaz de impedir a sua constituição. E isso porque a família corresponde a um fato natural, enquanto o casamento se resume a uma convenção social que, por consequência, não abrange todas as espécies de manifestações afetivas. Por isso, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, a Carta Magna deixa indene de dúvidas a noção de que “toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece especial proteção, não se justificando tratamento desigual e discriminatório que, em última análise, implicará em negar proteção à pessoa humana — violando a *ratio* constitucional” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 429).

Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil reconhece, expressamente, a união estável como entidade familiar, na medida em que dispõe, em seu art. 319, inciso II, que a petição inicial indicará “os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu”.

Ademais, no art. 693 do nCPC, está expressamente previsto que os processos contenciosos de reconhecimento e extinção de união estável deverão seguir o procedimento especial das ações de família, atribuindo a referidos processos, portanto, o mesmo tratamento conferido pela legislação processual aos processos de divórcio. Vale dizer, o nCPC promove, no âmbito processual, a aproximação dos institutos do casamento e da união estável, fato este que constitui

prova incontestada que a união livre é, a partir de agora, vivenciada como uma escolha de modo de vida, uma alternativa ao casamento que não sofre mais a reprovação social. E, à medida que a união livre se banaliza, sua importância crescente na sociedade não mais permite que o direito a ignore (LEITE, 2015).

Outrossim, o nCPC menciona, expressamente, a figura do companheiro, em diversas outras passagens, dentre as quais se destacam: a previsão de impedimento do juiz quando “nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro”, quando “for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro” ou quando “figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro” (art. 144, III, IV e VIII); a previsão de suspeição do juiz quando “qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro” (art. 145, III); a previsão de que não se fará a citação, salvo para evitar o perecimento do direito “de cônjuge, de companheiro ou de qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos 7 (sete) dias seguintes” (art. 244, II); a previsão de que a parte não é obrigada a depor sobre fatos “acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível” (art. 388, III); a previsão de que nas “ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, a confissão

de um cônjuge ou companheiro não valerá sem a do outro, salvo se o regime de casamento for o de separação absoluta de bens” (art. 391, parágrafo único); a previsão de que o companheiro supérstite possui legitimidade concorrente para requerer o inventário e a partilha dos bens do *de cujus* (art. 616, I); a previsão de que, na ordem para nomeação de inventariante, está, em primeiro lugar, “o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste” (art. 617, I); e a previsão de que a interdição pode ser promovida pelo cônjuge ou companheiro (art. 747, I).

Assim, a nova legislação processual civil, ao fazer expressa menção à união estável, consagra-a como uma espécie de estado civil, concretizando, pois, o ditame constitucional.

7 Considerações finais

Dos breves apontamentos traçados ao longo deste estudo, constata-se que o novo Código de Processo Civil está orientado ao alcance da máxima efetividade da atividade jurisdicional, ao buscar promover o devido processo legal de modo concomitante à razoável duração do processo. Por decorrência, verifica-se a presença de reflexos da nova legislação processual civil no tratamento das ações judiciais relativas a conflitos de direito das famílias, os quais, indiscutivelmente, em razão de sua alta carga pessoal e sentimental, necessitam, para a sua adequada e efetiva resolução, da abordagem multidisciplinar dos litígios e da aproximação das partes, além de se assegurar a eficácia dos provimentos jurisdicionais.

Entrementes, é importante consignar que a alteração legislativa, por si só, não é capaz de concretizar o desiderato legal, qual seja a efetividade do provimento jurisdicional. Vale dizer, o novo Código de Processo Civil exige de todos os atores processuais — magistrados, advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, as-

sistentes sociais, psicólogos, etc. — atuação voltada para a consecução desse fim, sendo necessário que tenham consciência de que a família constitui instrumento essencial para a realização pessoal dos seus membros, devendo ser ambiente democrático e marcado pelo afeto e confiança mútua, características estas cuja promoção e preservação devem ser asseguradas no âmbito do processo judicial.

Referências

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Marcelo de Faria; SIMÃO, Sônia de Almeida Magalhães. A Proposta de Emenda à Constituição nº 413/2005: uma análise crítica da proposta de unificação das hipóteses de dissolução do vínculo conjugal no divórcio. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey e Mandamentos, 2008. p. 565-580.

CORDEIRO, Carlos José; DINIZ, Priscila Aparecida Lamana. A mediação no Direito das Famílias e a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas da mediação enquanto política judiciária. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). *Temas contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Pillares, 2013. v. 1, p. 483-503.

EL BACHA, Ahmad Jamal Ahmad; MAEKAVA, Georgia Sonoe. O procedimento especial das ações de família de acordo com o CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 280, p. 463-484, jun. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. O novo divórcio potestativo: leitura estritamente constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2.590, 4 ago. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17102>. Acesso em: ago. 2019.

GOMES, Josiane Araújo; GOMES, Sanyla Araújo. Separação de direito: análise crítica do posicionamento adotado pelo STJ acerca da manutenção do instituto na ordem jurídica pátria. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coords.). *Temas contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Pillares, 2018. v. 3, p. 413-434.

LEITE, Eduardo de Oliveira. As “ações de família” no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, v. 5, p. 83-102, jul./set. 2015.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 89-107.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Da infeliz manutenção da separação de direito no novo Código de Processo Civil*. [s.d.]. Disponível em: <http://www.flavio-tartuce.adv.br/artigos/2>. Acesso em: ago. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47-69.

VILLELA, João Batista. Emenda Constitucional nº 66 - Outras Impressões. *Carta Forense*, [s.d.]. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6075>. Acesso em: ago. 2019.

VILLELA, João Baptista. Família hoje. *In*: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 71-86.

VINCENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pompermayer Almeida de. A cláusula geral da boa-fé e a mediação no bloco das ações de família no novo Código de Processo Civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 46, p. 197-208, jul./set. 2015.

12. A estabilização da tutela antecipada e a Fazenda Pública

Felipe Galego

Servidor efetivo do TJMG.
Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho.

Sérgio Henriques Zandona Freitas

Assessor Judiciário do TJMG.
Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas.

1 Introdução

A Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015), que entrou em vigor em 17 de março de 2016, instituiu, no ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015 — CPC/2015.

Dentre as inúmeras alterações e novidades trazidas pela nova legislação ao Direito Processual Civil, destaca-se a completa reformulação do instituto das tutelas provisórias.

O CPC/2015 dividiu a tutela provisória em duas espécies: tutela de urgência e tutela de evidência (art. 294, *caput*). A tutela de evidência é regulada no art. 311 do CPC/2015, e a de urgência, de natureza cautelar e antecipada, nos arts. 300 a 310 do CPC/2015. O novel diploma processual também inovou na possibilidade de as tutelas provisórias serem requeridas em dois momentos processuais diferentes, denominados antecedente e incidental.

A tutela provisória assumirá caráter incidental quando pleiteada, mediante petição simples, no bojo de um processo de conhecimento ou execução que já estiverem em curso. Também será inciden-

tal a tutela provisória requerida na petição inicial, juntamente com o pedido principal.

Na hipótese de a urgência anteceder a ação principal (ou o pedido principal), o CPC/2015 prevê a possibilidade de requerimento da tutela de urgência em caráter antecedente, criando, para tanto, dois procedimentos próprios: o procedimento antecedente para a tutela antecipada (arts. 303 e 304 do CPC/2015) e o procedimento antecedente para a tutela cautelar (arts. 305 a 310 do CPC/2015).

No procedimento previsto para a tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente, o legislador criou, no art. 304 do CPC/2015, a possibilidade de estabilização da medida eventualmente concedida e a consequente extinção do feito, na hipótese de não interposição de recurso em face da respectiva decisão.

Por não ter previsão expressa no CPC/2015 sobre o cabimento da estabilização da tutela antecipada concedida em desfavor da Fazenda Pública, essa questão tem gerado discussão na doutrina e nos tribunais. Portanto, a justificativa deste trabalho consiste na necessidade de analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto em desfavor da Fazenda Pública, diante de suas prerrogativas/privilégios.

Para tanto, será realizado estudo sobre os contornos e regras especiais de atuação da Fazenda Pública em juízo. Em um segundo momento, será estudada a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, bem como as hipóteses nas quais a concessão da tutela antecipatória é vedada.

2 Fazenda Pública em juízo: considerações relevantes

O termo “Fazenda Pública”, no âmbito do Direito Processual Civil, abrange todas as pessoas jurídicas de direito público que figuram como parte no polo ativo ou passivo de demanda judicial, sejam elas da Administração Pública direta ou indireta (GUERRA, 2016, p. 389).

Logo, além dos entes federados, incluem-se também as autarquias, as agências reguladoras e as fundações públicas de direito público.

Marco Antônio Rodrigues (2016) ressalta que as empresas públicas e sociedades de economia mista, embora não se enquadrem no conceito de Fazenda Pública, excepcionalmente também podem se beneficiar de faculdades, benefícios e regras especialmente previstas às pessoas jurídicas de direito público, se forem prestadoras de serviço público, como forma de proteção à continuidade do serviço que desenvolvem.

Segundo os ensinamentos de Bandeira de Mello (2009), o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais, não havendo como desequiparar pessoas e situações, quando nelas não se encontram fatores desiguais.

Sob a justificativa de alcançar essa igualdade material, no âmbito processual, entre a Fazenda Pública e os que litigam em face dela, bem como visando garantir e preservar a efetiva defesa do interesse público, o legislador, tanto no CPC/2015 como na legislação extravagante, atribuiu à Fazenda Pública algumas prerrogativas processuais.

Rodrigues enumera algumas dessas prerrogativas:

Como exemplo do primeiro grupo de hipóteses, tem-se a previsão do art. 183 do Código de Processo Civil de 2015, que institui prazo em dobro para as manifestações processuais da Fazenda Pública, o que também é instituído em favor do Ministério Público e da Defensoria Pública, respectivamente nos arts. 180 e 186, e que se opõe ao regime incidente sobre os particulares, que em geral gozam de prazo simples para a prática de tais atos processuais. Já exemplificando o segundo tipo de previsões diferenciadas, pode-se elencar a previsão de procedimentos especiais típicos da Fazenda Pública em juízo, instituídos por leis específicas, como é o caso do procedimento do mandado de se-

gurança, regulado pela Lei nº 12.016/2009, e o da ação popular, estabelecido pela Lei nº 4.717/1965 (RODRIGUES, 2016).

José Roberto de Moraes assim justifica e defende as prerrogativas processuais dos entes públicos:

[...] quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. [...] Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade, a autoridade pública é mera administradora (MORAES, 2000, p. 69).

Sobre esse tratamento processual diferenciado atribuído ao Poder Público em relação aos particulares, Gustavo Binbenbojm enumera as seguintes condições imprescindíveis para que a concessão de prerrogativas à Fazenda seja constitucionalmente legítima:

- (I) a compressão do princípio da isonomia (isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares) seja apta a viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;
- (II) o grau ou medida da compressão da isonomia (isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares) deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;
- (III) por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo (BINENBOJM, 2006, p. 114).

Por outro lado, alguns autores tecem severas críticas a esses privilégios, sustentando, inclusive, inconstitucionalidade. Entre eles, Rosemiro Pereira Leal afirma que,

Processualmente, na democracia, é inconcebível uma desigualdade jurídica fundamental, porque, se tal ocorresse, romper-se-ia com as garantias constitucionais do processo em seus princípios enunciativos do contraditório, isonomia, ampla defesa na produção, correição e aplicação do direito, inclusive do próprio direito constitucional. Daí, também, a inconstitucionalidade de diversos trechos do ordenamento jurídico brasileiro que estabelecem prazos diferentes, foros diferentes, tratamentos pessoais e funcionais diferentes, para os sujeitos do processo (LEAL, 2005, p. 80).

De qualquer forma, é de se observar que o Direito Processual Civil brasileiro possui uma verdadeira subespécie, dentre as diversas apontadas na doutrina, qual seja o Direito Processual da Fazenda Pública, com as inúmeras regras processuais específicas para situações nas quais pessoas jurídicas de direito público figuram como sujeitos em demandas judiciais.

3 A tutela antecipada e a Fazenda Pública

Com a evolução das tutelas provisórias no Direito brasileiro e do advento da possibilidade da tutela antecipada em qualquer procedimento, como já foi visto em capítulo próprio,¹ iniciou-se pequena discussão sobre a aplicação do instituto em face da Fazenda Pública. Marco Antônio Rodrigues destaca a divergência que surgiu entre os estudiosos:

¹ A tutela antecipada “é instituto que foi trazido em caráter geral para o CPC de 1973 com a Lei nº 8.952/94, que alterou o art. 273 daquele, como forma de antecipação dos efeitos da sentença de mérito” (RODRIGUES, 2016).

No entanto, mesmo na vigência do CPC de 1973, o legislador não mencionou expressamente se esse instituto poderia ser aplicado em face da Fazenda Pública, uma vez que regra geral do processo de conhecimento, ou se somente seria admissível em ações de procedimento especial nas quais houvesse previsão própria em face das pessoas jurídicas de direito público, como é o caso do mandado de segurança - art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016. Diante desse quadro, alguns autores defendiam a impossibilidade de aplicar a tutela antecipada de forma genérica, com base no art. 273 do CPC, à Fazenda Pública (RODRIGUES, 2016).

O referido autor apresenta os dois principais argumentos daqueles que defenderam que a tutela antecipada não poderia ser aplicada contra a Fazenda Pública:

Em primeiro lugar, o reexame necessário das sentenças, previsto no art. 475 do CPC, atuaria como obstáculo em face da tutela antecipada. Isso porque, se a sentença, que, em regra, possui cognição exauriente, está sujeita à confirmação pelo Tribunal, para que produza eficácia plena, a tutela antecipada, que é tomada em cognição sumária — ou seja, mero juízo de probabilidade —, não poderia ser cabível em face das pessoas jurídicas de direito público. Caso contrário, a antecipação dos efeitos da sentença, que é decisão de cunho provisório, teria mais força sobre a Fazenda do que a própria sentença, uma vez que não tem previsão de sujeição ao reexame necessário. Ademais, um segundo fundamento seria o regime do precatório para satisfação de condenações judiciais pela Fazenda Pública, previsto no art. 100 da Constituição da República. Na forma do art. 100, *caput* e parágrafo 5º, a inclusão de verba no orçamento da entidade de direito público para pagamento da condenação depende de trânsito em julgado da decisão exequenda, e a satisfação do precatório se dará na ordem cronológica de sua apresentação. Assim, não seria possível falar-se em antecipação de tutela em face da Fazenda com consequências pecuniárias, pois isso significaria uma indireta violação ao aludido dispositivo constitucional, em virtude do dispêndio de verbas orçamentárias em decorrên-

cia de decisão judicial e sem observância da ordem cronológica para pagamentos (RODRIGUES, 2016).

A despeito de tais argumentos, pacificou-se o entendimento no sentido de ser possível conceder tutelas provisórias satisfativas em face dos entes públicos.

A regra de expedição de precatórios, prevista no art. 100 da Constituição da República (BRASIL, 1988) não pode justificar a completa impossibilidade de concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda, visto que o referido regime se restringe à hipótese de condenação da Administração Pública ao pagamento de quantia certa. Dessa forma, perfeitamente possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando a medida pleiteada tiver natureza de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa.

Sobre a alegada necessidade de reexame necessário, a rejeição desse argumento é ainda mais simples. A remessa necessária não pode ser óbice para a concessão da tutela antecipada contra o ente público, tendo em vista tratar-se de provimento emergencial e de natureza interlocutória, e a legislação somente exige o indispensável duplo grau de jurisdição para eficácia das sentenças de mérito proferidas contra a Fazenda (SILVA, 199, p. 146).

Nessa esteira, Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2009) defendem que, se é possível a tutela antecipada em desfavor de um particular, nada impede a concessão da mesma medida em face da Fazenda Pública, já que, se o particular não tivesse direito a tal medida de urgência contra os entes públicos, seria o mesmo que afirmar que o jurisdicionado poderia ser lesado pela Fazenda, quando esta figurar no polo passivo de uma demanda.

Leonardo Carneiro da Cunha arremata:

A tutela de urgência, seja a cautelar, seja a satisfativa, é cabível contra a Fazenda Pública. É bem verdade que a legislação veda a tutela de urgência contra a Fazenda Pública em várias hipóteses, tal como será examinado no subitem seguinte. Significa que, nas hipóteses não alcançadas pelas vedações legais, é plenamente possível a concessão de tutela de urgência contra a Fazenda Pública. Cabível, portanto, com as ressalvas das hipóteses previstas em diversos dispositivos legais, a tutela de urgência contra a Fazenda Pública (CUNHA, 2017, p. 306).

Na linha desses fundamentos, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de admitir antecipação de tutela em face da Fazenda Pública.² Destaca-se o seguinte julgado:

Direito administrativo. Processual civil. Recurso especial. Servidor público. Mandado de segurança. Execução provisória da sentença. Art. 475, II, do CPC. Inaplicabilidade. Liminar determinando o bloqueio de verbas públicas. Possibilidade. Precedentes. Recurso especial conhecido e improvido. - É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a regra prevista no art. 475, II, do CPC não constitui óbice à execução de sentença proferida em mandado de segurança. - É possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses não vedadas pelo art. 1º-B da Lei 9.494/97 e 1º, § 4º, da Lei 5.021/66, como na hipótese dos autos, em que a liminar concedida pelo Juízo *a quo* foi no sentido de determinar o bloqueio de verbas públicas para garantir o pagamento dos vencimentos cobrados pelos recorridos, e não o pagamento propriamente dito (BRASIL, 2007).

Portanto, a despeito de uma inicial controvérsia à época de sua positivação, a possibilidade de aplicação da antecipação dos efeitos da

² Nesse sentido: AgRg no REsp 1.120.170/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 3/11/2009; RMS 25.828/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/8/2009, DJU de 13/10/2009; AgRg no Ag 1.161.985/ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 22/6/2010, DJU de 2/8/2010.

tutela em face da Fazenda Pública é hoje questão pacificada, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

4 Limitações à antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública

A despeito, em regra, da possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, existem normas especiais, vedando, em certas hipóteses, a concessão de medidas de urgência em face das pessoas jurídicas de direito público.

A Lei nº 12.016/2009 (BRASIL, 2009), que regula o mandado de segurança, prevê, no § 2º do art. 7º, diversas vedações à concessão de medidas de urgência em sede daquele remédio constitucional. Além disso, a referida Lei, em seu § 5º, estendeu tais proibições à tutela antecipada. Confrimam-se os aludidos dispositivos:

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. [...]

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil (BRASIL, 2009).

Outro diploma legal que se destaca no assunto é a Lei nº 8.437/1992 (BRASIL, 1992), que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares em face do Poder Público, que, em seu art. 1º, *caput*, e §§ 1º e 3º, veda a concessão de providências liminares em algumas hipóteses:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação (BRASIL, 1992).

Essas regras impeditivas de liminares contra a Fazenda Pública restaram estendidas às hipóteses de antecipação de tutela, em razão da edição da Lei nº 9.494/1997 (BRASIL, 1997), consoante se observa do seu art. 1º, que estabelece:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992 (BRASIL, 1997).

Por sua vez, o art. 1.059 do CPC/2015, ratificando as vedações previstas na legislação esparsa, aplicou às tutelas provisórias, ou seja, tanto à de urgência, cautelar e antecipada, como à de evidência, as previsões do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009 (BRASIL, 2009) e dos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437/1992 (BRASIL, 1992). “Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009” (BRASIL, 2015).

Conforme Leonardo Carneiro da Cunha (2017), parte significativa da doutrina brasileira entende que as vedações legais à conces-

são de tutela de urgência são inconstitucionais, por atentarem contra a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Por outro lado, há autores que defendem inexistir inconstitucionalidade, porque essas regras não estariam a vedar ou restringir a concessão da tutela de urgência, mas sim a retratar hipóteses em que não se fariam presentes os requisitos para a sua concessão, ou porque esta seria irreversível, ou porque ausente o risco de dano. Segundo Francisco Cavalcanti:

Inconstitucional seria a criação de limitações, restringindo o princípio da plenitude da tutela jurisdicional. Tal ocorreria, caso a restrição na concessão de liminares atingisse, inclusive, aquelas representadas por medidas conservativas e assecuratórias, ensejando o perecimento de direito (CAVALCANTI, 2009, p. 115-116).

Nesse sentido, cumpre notar que o Supremo Tribunal Federal já foi provocado a analisar vedações à concessão de liminares em face da Fazenda Pública, instituídas pela Medida Provisória nº 173, de 1990, e reconheceu sua constitucionalidade³ (BRASIL, 1990). Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal analisou, em sede cautelar, a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/1997, que regulava, antes do art. 7º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, muitas proibições à antecipação da tutela em face das pessoas jurídicas de direito público. De igual modo, a Corte Suprema posicionou-se no sentido de que as restrições não representam inconstitucionalidade⁴ (BRASIL, 1998).

Sobre as restrições legais e a discussão sobre sua constitucionalidade, Cunha muito bem sintetiza:

³ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223, Rel. Min. Paulo Brossard, Rel. do Acórdão Min. Sepúlveda Pertence.

⁴ Ação Direta de Constitucionalidade nº 4, Rel. Min. Sydney Sanches.

Não há inconstitucionalidade na vedação. Nas hipóteses previstas em lei, não é possível, em princípio, haver a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. Pode, porém, o juiz, demonstrando fundamentadamente, que a hipótese reclama uma regra de exceção, afastar a norma e conceder a medida. O certo, e enfim, é que tais restrições reclamam exegese restritiva, somente sendo vedada a concessão da tutela de urgência nos casos expressamente indicados no dispositivo legal (CUNHA, 2017, p. 313).

Dessa forma, conclui-se que a simples previsão abstrata de proibição ao deferimento de medidas liminares não representa ofensa à Constituição, e, mesmo nas hipóteses de vedação legalmente previstas, as tutelas podem ser concedidas, desde que se configure, na espécie, uma hipótese excepcional de extremo perigo.

5 A estabilização da tutela antecipada antecedente concedida em face da Fazenda Pública

Sendo, portanto, possível a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, surge importante questão relacionada à possibilidade ou não de estabilização dessa tutela, quando concedida em caráter antecedente.

Um dos fortes argumentos para a defesa da impossibilidade de estabilização em desfavor da Fazenda Pública é a impossibilidade de aplicação do efeito material da revelia, quando são indisponíveis os interesses, conforme art. 345, inciso II, do CPC/2015.

Marco Antônio Rodrigues assevera:

Diante desse mecanismo de obtenção de tutela antecipada e de sua possível estabilização, surge a dúvida se é possível manejá-lo em face das pessoas jurídicas de direito público. A resposta a tanto parece ser negativa. Recorde-se que a ausência de contestação a uma demanda leva, via de regra, à revelia, com seu consequente efeito de presunção de veracidade das

afirmações autorais, na forma do art. 344 do CPC. Ocorre que a Fazenda Pública não fica sujeita a tal efeito material, considerando que este não incide quando estiverem em jogo direitos indisponíveis, consoante prevê o art. 345, II, do CPC (RODRIGUES, 2016).

Contudo, esse não é o mais correto entendimento.

Primeiro, importante pontuar que a estabilização da tutela consiste em mais uma técnica de monitoria, agora generalizada e possível para defesa de qualquer direito material. É o que nos ensina Didier Júnior, Braga e Oliveira:

A estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu. [...] Sucede que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a ação monitoria, o legislador vai além e generaliza a técnica monitoria, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo, que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente. O modelo da ação monitoria (arts. 700 a 702, CPC) deve ser considerado o geral — é possível, inclusive, pensar em um microsistema de técnica monitoria, formado pelas regras da ação monitoria e pelos arts. 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 604-605).

Em uma interpretação sistemática do CPC/2015, é possível verificar a expressa possibilidade das técnicas de monitorização do processo contra o poder público. Tornando positivado o que já estava sedimentado no Superior Tribunal de Justiça,⁵ o CPC/2015, em seu art. 701, § 4º,⁶ expressamente prevê a possibilidade de ação monitoria em face do ente público.

⁵“Súmula 339: É cabível ação monitoria contra a Fazenda Pública.”

⁶ “[...] § 4º Sendo a ré Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, apli-

Logo, se a inércia do Estado permite, na ação monitoria, constituição do título executivo judicial, não há motivos para impedir que essa mesma inércia do ente público provoque a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente.

Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou o Enunciado nº 582, prevendo que “cabe estabilização da tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se posicionou pelo cabimento da estabilização da tutela em face da Fazenda Pública, nos termos do seguinte julgado:

Agravo de instrumento. Ato judicial impugnado. Deferimento de tutela de urgência. Medicamentos. Tutela antecipada em caráter antecedente. Antecipada em caráter antecedente. Estabilização da decisão. Cabimento em face da Fazenda Pública. - Matéria devolvida em sede de agravo. Impugnação da Fazenda considera as limitações para concessão da tutela antecipada em caráter antecedente. Inteligência do art. 304 do CPC. A estabilização não qualifica a formação da coisa julgada. A estabilização da decisão estende a chamada técnica monitoria para as tutelas de urgência, porque condiciona o resultado do processo ao comportamento do réu (*secundum eventus defensionis*). Realidade compatível com o regime jurídico que rege os atos do Estado em juízo, a exemplo do que ocorre com a ação monitoria, na qual a formação do título executivo é decorrência da inércia do réu (Súmula 339 do STJ). Possibilidade de demandar o autor para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Inexistência de óbices para requerer tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública. Prazo para cumprimento e multa fixada. Ausência de elementos que justifiquem a fixação e prazo exíguo para fornecimento de medicamento não contido na lista de dispensação obrigatória por parte do Estado. Prazo majorado para 30 dias e multa diária reduzida para R\$200,00,

car-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.

§ 5º Aplica-se à ação monitoria, no que couber, o art. 916.”

limitada a R\$60.000,00. Recurso parcialmente provido (SÃO PAULO, 2016).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também já sinalizou pela possibilidade de aplicação do instituto contra a administração pública:

Apelação cível. Procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Ausência de recurso. Interpretação literal do art. 304 do NCPC. Estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória. Aplicabilidade à Fazenda Pública. - O art. 304 apresenta uma redação clara em relação ao requisito para se tornar estável a tutela de urgência na modalidade antecipada, isto é, a não interposição de recurso contra a decisão que a conceder. - O legislador optou por utilizar o termo 'recurso' contra a decisão que conceder a tutela de urgência, na modalidade antecipada, não cabendo ao intérprete sua ampliação, no sentido de admitir qualquer impugnação para obstaculizar a estabilização da tutela concedida, com a consequente extinção do processo. - Lecionam os Professores Érico Andrade (UFMG) e Dierle Nunes (PUC Minas) que, se obtida a tutela de urgência, no procedimento preparatório da tutela antecipatória (satisfativa), e o réu não impugnar a tutela concedida, mediante recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, I, novo CPC), o juiz vai extinguir o processo e a medida liminar antecipatória da tutela vai continuar produzindo seus efeitos concretos mesmo na ausência de apresentação do pedido principal (art. 304, §§ 1º e 3º, novo CPC). - A Fazenda Pública se submete ao regime de estabilização da tutela antecipada, por não se tratar de cognição exauriente sujeita a remessa necessária (Enunciado 21 sobre o NCPC do TJMG). Recurso improvido (MINAS GERAIS, 2016).

Ultrapassada a questão da possibilidade, passa-se a outro questionamento: aplica-se a remessa necessária à hipótese de decisão que extingue o processo e declara a estabilização da tutela antecipada antecedente não recorrida contra a Fazenda Pública?

Há quem diga que, estabilizada a tutela de urgência, é preciso proceder à remessa necessária, a fim de que o tribunal confirme a decisão e se possa, efetivamente, ter a estabilização prevista no art. 304 do CPC/2015.

Segundo Marcos Antônio Rodrigues, o pronunciamento que extingue o processo e declara estabilizada a tutela é uma verdadeira sentença, que encerra a fase de conhecimento, logo, deve ser objeto de reexame necessário, considerando a estabilização que gerará, apesar de não ter decidido definitivamente o mérito (RODRIGUES, 2016).

Por outro lado, o art. 496⁷ do CPC/2015, ratificando o que está previsto no código anterior, estabelece que as sentenças na oportunidade especificadas estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmadas. Logo, inadequado interpretar o dispositivo de forma tão ampla, para também alcançar as sentenças que declaram estabilizadas as tutelas antecipadas, pois que estas extinguem o processo sem análise do mérito, logo, não fazem coisa julgada material.

Nesse sentido, leciona Leonardo Carneiro da Cunha:

Não é, porém, passível de remessa necessária a decisão que concede a tutela de urgência contra a Fazenda Pública. A estabilização, para ocorrer, não depende de remessa necessária. Isso porque a estabilização, como se viu, não se confunde com a coisa julgada. A remessa necessária é imprescindível para que se produza a coisa julgada (CUNHA, 2017, p. 323).

Vê-se, portanto, que é possível a estabilização da tutela antecipada concedida em desfavor da Fazenda Pública e que a sentença que

⁷ “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal” (BRASIL, 2015).

extingue o feito e declara a tutela estabilizada não se sujeita ao reexame necessário.

6 Conclusão

A Fazenda Pública, quando em juízo, goza de diversos privilégios processuais, também chamados de regras especiais, dentre as quais sobressaem a prerrogativa de prazos diferenciados e a impossibilidade de aplicação do efeito material da revelia.

Muitas dessas prerrogativas são justificadas em virtude da existência do interesse público, sendo, portanto, imprescindíveis para assim evitar condenações absurdas ou prejuízos exorbitantes para o erário.

A despeito de tais prerrogativas, entende-se que a tutela de urgência satisfativa antecedente pode ser concedida contra a Fazenda Pública, estando a decisão apta a estabilizar-se. Em outras palavras, é possível que haja a estabilização da tutela provisória contra a Fazenda Pública, ressalvadas, por óbvio, as restrições legalmente previstas à concessão da tutela antecipada em desfavor dos entes públicos.

Assim, nos casos em que se permite a tutela de urgência contra o Poder Público, são possíveis a concessão da tutela satisfativa antecedente e sua consequente estabilização em caso de inércia da Fazenda, sendo certo que a sentença que declara a estabilização e extingue o feito não se sujeita ao reexame necessário.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 1º jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 24 dez. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm. Acesso em: 16 set. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 10 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 845.645/MG. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 8 nov. 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 7 fev. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/>

processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601044074&dt_publicacao=07/02/2008. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 339. É cabível ação monitória contra a Fazenda Pública. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 30 maio 2007. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27339%27\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27339%27).sub). Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de constitucionalidade nº 4. Relator: Min. Sydney Sanches. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 11 fev. 1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4&classe=ADCMC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 223. Relator: Min. Paulo Brossard, Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 5 abr. 1990. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-Consolidada.asp?classe=ADI&numero=223&origem=AP>. Acesso em: 16 set. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *O novo regime jurídico do mandado de segurança*. São Paulo: MP, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciado nº 582*. Cabe estabilização da tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública. Disponível em: <https://www.novocpcbrasileiro.com.br/enunciados-interpretativos-sobre-o-novo-cpc-do-fppc/>. Acesso em: 16 set. 2019.

GUERRA, Patrícia Moreira. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional contra a Fazenda Pública. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (Org.) *Direito processual*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de direito processual civil*. Processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 4.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0004894-49.2016.8.13.0348. Relatora: Des.^a Heloísa Combat. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 8 nov. 2016. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10348160004894001. Acesso em: 16 set. 2019.

MORAES, José Roberto de. *Prerrogativas processuais da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2000.

RODRIGUES, Marco Antônio. *A Fazenda Pública no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2129259-58.2016.8.26.0000. Relator: Des. José Maria Câmara Junior. *Diário de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, 28 set. 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9852262&cd-Foro=0>. Acesso em: 16 set. 2019.

SILVA, Ricardo Pelegrino Mendes. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

13. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e sua repercussão na efetivação do contraditório

Gleice Leila Barral

Advogada.

Mestra em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva.

Elias Oliveira Vargas

Servidor do TJMG.

Especialista em Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Direito do Consumidor pela Universidade Cândido Mendes.

1 Introdução

A desconsideração da personalidade jurídica tem sido um tema amplamente debatido. A polêmica está na sua aplicabilidade no direito brasileiro. Apesar da previsão em lei material, o instituto carecia de procedimento específico, sendo a sua aplicação, não raro, feita sem as devidas garantias processuais às partes envolvidas. Para a satisfação do crédito, a personalidade da pessoa jurídica era desconsiderada sem que os sócios fossem citados, sem fundamentação adequada e sem instrução probatória específica, sendo a oportunidade de defesa deixada apenas para a fase recursal.

Atendendo ao clamor doutrinário, o novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, passou a

tratar de maneira específica o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, que se tornou procedimentalizado. O novel processual passou a regular o procedimento a ser seguido, contudo, sua instituição tem gerado inúmeras indagações referentes às mudanças trazidas no processo, sobretudo, em relação à efetivação do contraditório.

Nesse sentido, o objetivo central do presente trabalho consiste em analisar e discutir as normas processuais relativas ao incidente de descon sideração da personalidade jurídica e sua repercussão na efetivação do contraditório.

Para tanto, partiu-se da hipótese de que o contraditório só terá efetividade a partir do momento em que ambas as partes estejam cientes do curso do processo e tenham oportunizada sua participação. A instituição do incidente com a oportunidade de defesa logo no início do processo torna mais ampla e efetiva a garantia do contraditório entre os envolvidos e, conseqüentemente, com decisões mais bem elaboradas a partir daí.

Para a verificação da hipótese apresentada, a partir da leitura apurada e crítica da bibliografia selecionada, serão abordados conceitos iniciais ligados à pessoa jurídica e à descon sideração da personalidade jurídica, a importância do contraditório no processo, as regras procedimentais do incidente e suas influências.

Tendo em vista a nova uniformização, é de suma importância uma análise acerca das alterações procedidas, especificamente, com relação ao contraditório, uma vez que os sócios ou a pessoa jurídica passarão a ser citados após a instauração do incidente, que contará com instrução probatória a ele dedicada. O debate prévio parece valorizar, beneficiar e legitimar o processo, na medida em que propicia a comunicação, participação e influência na decisão final.

2 A desconsideração da personalidade jurídica

O estudo da desconsideração da personalidade jurídica exige a análise prévia de alguns conceitos, em especial os relacionados à pessoa jurídica em si, sua constituição, independência em relação aos sócios, bem como aqueles ligados aos aspectos processuais do instituto. O conhecimento prévio dos conceitos que serão analisados, ainda que de forma panorâmica, é exigência para a abordagem do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que são institutos interacionados e dependentes entre si.

2.1 Conceitos iniciais

O conceito de pessoa jurídica é tratado por vários autores, apresentando entre si termos comuns como: a união de pessoas ou patrimônios, uma finalidade específica e o reconhecimento da pessoa jurídica como sujeito de direitos e obrigações.

Maria Helena Diniz, por exemplo, sintetiza esses pontos comuns ao afirmar que “pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações” (DINIZ, 2015, p. 270).

Na definição de César Fiúza, também estão presentes os pontos comuns citados. Nas palavras do autor, a pessoa jurídica pode ser definida como: “entidades criadas para a realização de um fim e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direitos e deveres” (FIÚZA, 1999, p. 127).

Fábio Ulhôa Coelho apresenta um conceito abrangente, uma vez que busca logo trazer a noção de separação da pessoa jurídica, pessoa moral, da pessoa humana. Nesse sentido, lembra o autor que, apesar de ter aptidão para titularizar direitos e obrigações, apesar de estar

autorizada a praticar os atos em geral da vida, a pessoa jurídica não se confunde com uma pessoa humana (COELHO, 2012). Nas palavras do autor:

Pessoa jurídica é o sujeito de direito personificado não humano. É também chamada de pessoa moral. Como sujeito de direito, tem aptidão para titularizar direitos e obrigações. Por ser personificada, está autorizada a praticar os atos em geral da vida civil – comprar, vender, tomar emprestado, dar em locação etc. – independentemente de específicas autorizações da lei. Finalmente, como entidade não humana, está excluída da prática dos atos para os quais o atributo da humanidade é pressuposto, como casar, adotar, doar órgãos e outros (COELHO, 2012, p. 532).

O momento da personificação¹ marca o começo da existência da pessoa jurídica, em outras palavras, o início jurídico da pessoa não humana. É na sua constituição que está o marco inicial dos seus direitos, deveres, obrigações e ações de forma independente dos sócios ou administradores.

Tomada a iniciativa de constituição de uma pessoa jurídica, cabem aos seus sócios, associados, fundadores, etc., as devidas providências referentes ao registro dos atos constitutivos, marco da sua existência legal. O registro dos atos constitutivos tem razão de ser. Com essa exigência ficam garantidos os interesses de terceiros e é delimitada uma data para o início da independência da pessoa jurídica como ente personificado.

Pode ocorrer que, apesar de funcional, ou seja, já em operação, a sociedade seja, no caso, um mero ente ainda sem o registro do ato constitutivo. Nesse caso, os seus sócios passam a ter responsabilidade pessoal pelos débitos sociais porventura contraídos.

¹ No Brasil, para o começo da existência legal, nos termos do art. 45 do Código Civil brasileiro, há a exigência do registro dos atos constitutivos no órgão competente.

A partir da sua constituição, a pessoa jurídica pode comprar, vender, tomar emprestado, dar em locação, etc., diga-se, em nome próprio, apenas representada por quem de direito. Deixando de lado possíveis divergências doutrinárias acerca da explicação de como se dá a existência da pessoa jurídica, é inegável a sua existência como ente dissociado da pessoa dos sócios, fundadores, administradores e das pessoas em geral.

Considerada aqui a pessoa jurídica legalmente constituída, cumpridas as formalidades do registro legalmente exigido, passa a existir independência patrimonial e de responsabilidades em relação aos sócios, na medida em que a pessoa jurídica adquire direitos e deveres de forma autônoma, como pessoas diferentes que são. Assim, em regra, não se pode responsabilizar o sócio por dívidas da sociedade.² Nesse sentido, Coelho ensina que:

[...] respondem pelas obrigações da sociedade, em princípio, apenas os bens sociais. Sócio e sociedade não são a mesma pessoa, e, como não cabe, em regra, responsabilizar alguém (o sócio) por dívida de outrem (a pessoa jurídica da sociedade), a responsabilidade patrimonial pelas obrigações da sociedade empresária não é dos sócios (COELHO, 2012, p. 33-34).

É o princípio da autonomia patrimonial que garante à pessoa jurídica sua autonomia e, em última análise, sua própria existência. Todavia, toda proteção patrimonial garantida legalmente à pessoa jurídica pode fazer com que os sócios, utilizando de má-fé, pratiquem fraudes e abusos, com o objetivo de lesar credores, terceiros ou a própria sociedade.

² Importante salientar que, de forma subsidiária e em determinadas situações específicas, pode ocorrer a responsabilização dos sócios. Nesse caso, a responsabilização tem ligação direta com o tipo social escolhido e com a integralização do capital social. Assim, a responsabilização dos sócios pelas obrigações sociais é subsidiária, podendo ser limitada ou ilimitada.

De acordo com Coelho, o ilícito praticado pela pessoa humana, nesse caso, pode ficar encoberto pela licitude dos atos da pessoa jurídica. Nessas situações, fica evidente a necessidade de uma forma de separar o ilícito do lícito, o regente do regido, a aparência do ato do ato real praticado (COELHO, 2012, p. 35).

Ante as considerações, pode-se afirmar que a limitação da responsabilidade dos sócios não é regra absoluta, mas pode ser relativizada. Isso porque há situações excepcionais nas quais é necessário que seja desconsiderada a personalidade jurídica, em especial, para reprimir abusos e fraudes por parte dos sócios.

Nesse aspecto, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica surge como mecanismo de repressão a condutas fraudulentas, e não como forma de redução da consagrada autonomia patrimonial. Seu uso pontual é um meio de tornar menos densa a personalidade jurídica, preservar a transparência e permitir uma visão de atos ilegais encobertos.

Os requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica são apresentados pela legislação, ou seja, o afastamento da autonomia patrimonial tem como pressuposto o uso fraudulento ou abusivo do instituto, formulação objetiva e subjetiva da teoria: “Pela formulação subjetiva, os elementos autorizadores da desconsideração são a fraude e o abuso de direito; pela objetiva, a confusão patrimonial. A importância dessa diferença está ligada à facilitação da prova em juízo” (COELHO, 2012, p. 67).

Importante ressaltar que, no uso da desconsideração da personalidade jurídica, a exigência apenas dos requisitos acima indicados não tem se mostrado suficiente para impedir a ocorrência de abusos processuais, uma vez que nem sempre têm sido respeitados os requisitos que autorizam o seu cabimento. Os credores solicitam sua aplicação com a mera demonstração da insolvência da pessoa jurídica e ela é deferida. Assim, o que tem ocorrido é o uso equivocado da desconsi-

deração da personalidade jurídica. Ponto amplamente criticado pela doutrina, o que configura verdadeira sanção (GRINOVER, 1997, p. 15).

Somado à ausência dos referidos requisitos, o que ocorria antes da vigência do novo Código de Processo Civil é que, não havendo um procedimento padrão para a desconsideração, em regra, esta era feita sem a citação dos sócios, sob a justificativa da aplicação do contraditório diferido.³

Na visão de Didier Júnior, não se pode admitir a aplicação de sanção, destacada aqui a constrição de bens, sem contraditório. De forma contrária ao que ocorria no Código de Processo Civil de 1973, a ampliação da efetivação do contraditório no novo Código de Processo Civil sinaliza-se como um avanço e pode ficar evidenciado no novo incidente estudado (DIDIER JÚNIOR, 2010).

2.2 Aspectos históricos do instituto

De acordo com Oliveira, a origem do instituto da desconsideração da personalidade jurídica encontra-se no direito anglo-saxão, a partir da primeira constatação de desvio de finalidade da pessoa jurídica, em 1897, na Inglaterra, com o caso pioneiro Salomon x Salomon Co., em que se aplicou a *disregard doctrine* (OLIVEIRA, 2011, p. 91).

No Brasil, o Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, foi a primeira legislação a tratar do assunto. De acordo com o art. 10 do referido Decreto,⁴ fica clara a distinção entre as pessoas jurídicas e seus

³ “Agravo Regimental no Recurso Especial 1.459.831/MS. Desconsideração da personalidade jurídica. Citação. Desnecessidade. - Requisitos. Reexame. Súmula nº 7 do STJ. - Agravo improvido. - Esta Corte firmou entendimento de que é prescindível a citação prévia dos sócios para a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, sendo forçosa a demonstração do efetivo prejuízo advindo do contraditório diferido” (BRASIL, 2014).

⁴ “Art. 10. Os sócios-gerentes ou que derem nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei” (BRASIL, 1919).

sócios, e coloca-se a hipótese de responsabilização dos sócios por atos praticados com violação do contrato ou da lei (OLIVEIRA, 2011, p. 91).

Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 2º, § 2º, fez referência às empresas coligadas, como uma forma de identificar quem causou prejuízos aos trabalhadores por atos de administração ou gerência. Assim, buscou-se separar o ato da respectiva empresa causadora das demais, para a correta responsabilização e redução dos possíveis prejuízos aos trabalhadores.

Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor trouxe a descon sideração da personalidade jurídica no seu art. 28, prevendo a auto rização legal para se desconsiderar a personalidade jurídica, quando houvesse, pela sociedade: a) abuso de direito, desvio ou excesso de poder, lesando o consumidor; b) infração legal ou estatutária, por ação ou omissão, em detrimento do consumidor; e c) falência, insolvência, encerramento ou inatividade em razão de sua má administração (DINIZ, 2015, p. 355).

Analisando as disposições do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que as possibilidades de aplicação da descon sideração são amplas, uma vez que se busca proteger o consumidor hipossuficiente, frente à pessoa jurídica. Contudo, essa amplitude, por vezes, pode fazer com que o instituto seja aplicado para além da sua verdadeira função, bastando apenas a inadimplência da pessoa jurídica.⁵

Em 1998, a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998) trouxe também a preocupação com o uso do “escudo empresarial” para encobrir ilícitos ao prescrever que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressar-

⁵ “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A descon sideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (BRASIL, 1990).

cimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente” (BRASIL, 1998).

O Código Civil brasileiro, instituído em 2002, trouxe a previsão do instituto em seu art. 50,⁶ com a delimitação de requisitos mais diretos e objetivos. Há, nesse dispositivo, critérios mais delimitados para a aplicação da desconsideração, como o desvio de finalidade ou confusão patrimonial, caracterizadores do abuso da personalidade jurídica.

Em 2011, a Lei nº 12.529, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ao dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, preceituou a desconsideração da personalidade jurídica no art. 34.⁷ Por fim, previsão mais recente é a trazida no art. 14 da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

Chama a atenção a parte final do referido artigo ao destacar que a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada nas hipóteses elencadas, contudo, deve ser observado o contraditório e a ampla defesa.⁸ Após a análise de aspectos materiais e históricos da desconsideração da personalidade jurídica, fundamental o estudo do incidente previsto no novo Código de Processo Civil.

⁶ “Art. 50. Em caso de abuso da 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” (BRASIL, 2002).

⁷ “Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada, quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.
Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” (BRASIL, 2011).

⁸ “Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa” (BRASIL, 2013).

3 O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, no novo Código de Processo Civil, recebeu título próprio no Capítulo IV, localizado no Título III, que trata da intervenção de terceiros no processo. A singela alteração, porém, com grandes impactos, corresponde aos arts. 133 a 137.

O conceito de intervenção de terceiros está logicamente vinculado ao conceito de terceiro, e este decorre do conceito de parte. De acordo com Fredie Didier Júnior: “O conceito de parte deve restringir-se àquele que participa (ao menos potencialmente) do processo com parcialidade, tendo interesse em determinado resultado do julgamento. [...] Parte é o sujeito parcial do contraditório” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 475).

De acordo com entendimento amplamente consolidado na doutrina, a posição de parte no processo pode ser assumida de três maneiras distintas: quando se toma a iniciativa de instaurar o processo; quando se é chamado a juízo para ver-se processar; e quando intervém em processo existente entre outras pessoas (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Já a conceituação de terceiro pode ser determinada por exclusão à definição de parte. Para Barbosa Moreira, “é terceiro quem não seja parte, que nunca o tenha sido, quer haja deixado de sê-lo em momento anterior àquele que se profira a decisão” (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 55). Como decorrência lógica dos conceitos de parte e de terceiro, na intervenção de terceiro, há a transformação de terceiro em parte. Há uma ampliação ou alteração subjetiva da demanda em curso. Dessa forma, o terceiro passa a fazer parte do processo (DINAMARCO, 2009, p. 39).

Para Dinamarco, na intervenção de terceiro, há um incidente de processo e não um processo incidente. Nesse aspecto, assim dife-

reenciam-se: no processo incidente, instaura-se um processo novo em razão de outro já existente, neste produzindo efeitos. Apesar de relacionados, há certa independência. Já no incidente do processo, há dependência e uma incorporação, agregando-se mais complexidade a processo já existente (DINAMARCO, 2009, p. 39).

Fredie Didier Júnior apresenta uma nova concepção para o “incidente processual”. Ao analisar o aumento da complexidade processual, o referido autor faz uma analogia à *ramificação*, um *galho novo* do processo:

Incidente do processo é processo novo, que de modo não necessário surge de um processo já existente, e a ele se incorpora, tornando-o mais complexo. O incidente do processo é um *galho novo*, que o processo, como árvore, passa a ter. Por isso se diz que o incidente do processo é uma *ramificação* do processo originário (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 476-477).

O processo pode tornar-se mais complexo de várias formas, como é o caso do incidente processual, em que há uma ampliação subjetiva dos interessados na lide. Nesse sentido, a superação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, mesmo que feita apenas em situações específicas e restritas, em muito aumenta a complexidade processual. Por isso, pode-se dizer que é muito bem-vinda a criação de um incidente específico para a desconsideração.

Além disso, é inadmissível que um movimento processual tão significativo, como é a desconsideração, seja realizado sem que os principais interessados sejam citados, ou mesmo sem que haja uma instrução a ele dedicada, como vinha ocorrendo.

Com a instituição do incidente, a lei processual previu duas oportunidades para se requerer a desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, juntamente com a inicial ou em petição autônoma, como incidente, protocolada no curso da ação. Em qualquer caso, o pedido pode ser feito pela parte ou pelo Ministério Público, quando lhe

couber intervir. O pedido observará os pressupostos previstos em lei, ou seja, na lei material,⁹ cabendo ao requerente demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 399).

O incidente é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título extrajudicial, podendo ser adotado em processos em trâmite perante os juizados especiais, por força do art. 1.062 do nCPC (CARNEIRO; BERNARDINA DE PINHO, 2015, p. 138).

Com o incidente, para que os sócios ou administradores possam sofrer os efeitos de uma condenação, como é a constrição de bens, é necessário que eles passem a integrar a relação jurídico-processual, sendo, pois, imprescindível a realização da citação do sócio ou da pessoa jurídica, desta última, no caso de desconsideração inversa.¹⁰

Na visão de Tartuce, instaurado o incidente, a citação do sócio ou pessoa jurídica para manifestar-se e requerer provas cabíveis “evidencia a instauração de um louvável contraditório, sempre defendido pela doutrina” (TARTUCE, 2015, p. 80). Tamanha a importância da citação, que, processualmente, não há como contrapor a falta da citação com os efeitos da citação simplesmente. A falta da citação tem como diâmetro oposto a importância dela no processo, e sua falta gera sérios efeitos. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Sem a citação do réu, não se aperfeiçoa a relação processual e torna-se inútil e inoperante a sentença. [...]. Tão importante é a citação, como elemento instaurador do indispensável contraditório no processo, que, sem ela, todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade, que impede a sentença de fazer coisa julgada. Em qualquer época, independentemente de ação rescisória, será lícito ao réu arguir a nulidade de semelhante de-

⁹ Disposições tratadas no item “2.2 Aspectos históricos do instituto”.

¹⁰ “Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias” (BRASIL, 2015).

cisório. [...] Na verdade, será nenhuma a sentença assim irregularmente prolatada (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 538).

A ligação entre a citação e o contraditório decorre da ciência, primeiro dos elementos formadores do contraditório de acordo com moderna doutrina: *ciência, manifestação, influência*, elementos também integrantes da noção de processo constitucional (ALVIM, 2008, p. 244).

4 Contraditório: participação democrática e legitimação

A Constituição da República recepcionou, no art. 5º, inciso LV, o princípio do contraditório, ao estabelecer que: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Além da Constituição da República, doutrinariamente, desde sempre a importância fundamental desse princípio é reafirmada como uma regra essencial no processo. Na visão de Liebman:

O princípio do contraditório é a garantia fundamental da justiça, é regra essencial do processo. Segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões, antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias. Qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e, por isso, inválida (LIEBMAN *apud* MARCATO, 1980, p. 111).

Objeto dos mais diversos estudos doutrinários, o princípio do contraditório sempre ocupou posição de destaque na ciência processual. De acordo com Alexandre Freitas Câmara, para a análise do con-

ceito do contraditório, é necessário um estudo do seu aspecto político e processual (CÂMARA, 2010).

Na visão política do contraditório, trazida por Câmara, o processo reflete um microcosmo do estado democrático de direito ou estado de direito democrático, na medida em que há um exercício de poder que se manifesta na decisão judicial. Para que haja exercício legítimo de poder, nesse estado, toda manifestação de poder deve obrigatoriamente ser antecedida pela manifestação dos interessados. O que legitima a decisão final no processo é a manifestação prévia dos interessados que serão por ela diretamente afetados. A oportunidade de participação forma a base de legitimação do próprio Estado (CÂMARA, 2010).

Câmara esclarece que, na função legislativa, é assegurado o direito de participação dos interessados de diversas formas, como na eleição dos membros dos órgãos legislativos, o plebiscito, o referendo, ou a iniciativa popular no processo legislativo. Na função administrativa, o direito de participação dos interessados também é assegurado através da eleição para os cargos do executivo ou por meio de instrumentos, como a ação popular (CÂMARA, 2010).

Nessa concepção, o exercício de poder, no Estado Democrático de Direito, não é apenas legal, deve ser também legítimo, deve envolver processo de legitimação cotidiana. Da mesma forma que nas demais funções estatais, a função jurisdicional também exige legitimação. Nas palavras do autor:

O exercício da função jurisdicional, como várias outras manifestações de exercício do poder soberano do Estado, se dá através de um procedimento destinado à elaboração de um provimento. Tais procedimentos só se legitimam pela participação dos interessados no provimento que se vai formar. Isso significa dizer o seguinte: qualquer que seja a função exercida pelo Estado, só se terá exercício legítimo de poder quando houver participação no procedimento (ao menos potencial) de todos aqueles que po-

dem ser alcançados pelos efeitos do ato estatal produzido. Tal participação deve ser garantida, pois, em todas as três funções classicamente atribuídas ao Estado: legislativa, administrativa e jurisdicional (CÂMARA, 2010, p. 56).

Nesse sentido, pode-se afirmar que, na função jurisdicional do Estado, deve ser assegurada a participação efetiva dos envolvidos e futuros afetados pela decisão. O provimento jurisdicional só será legítimo se for possibilitada a participação de todos aqueles que serão atingidos pelo provimento, não bastando sua legalidade. E é o respeito ao contraditório que vai garantir essa participação.

A noção processual de participação das partes no processo tem mudado e o contraditório reflete essa mudança. Darci Guimarães Ribeiro identifica três fases do contraditório, de acordo com sua evolução através dos tempos: “a fase formal, a fase material e a fase constitucional” (RIBEIRO, 2014, p. 20).

A fase formal do contraditório é caracterizada pela necessidade de informar. Nesse sentido, os atos de comunicação no processo satisfazem a essa fase; a parte deve ser comunicada de todos os atos, e é assim que é exercido o contraditório. A fase material do contraditório é caracterizada pela possibilidade de participação, sendo agregado novo componente à primeira fase. Não basta tão somente a comunicação, mas deve ser aberta chance de manifestação. Atreladas as duas primeiras fases, estaria satisfeito o contraditório (RIBEIRO, 2014).

A terceira fase de evolução do contraditório, denominada *constitucional*, decorre do princípio de participação e reflete as mudanças pelas quais o próprio processo tem passado contemporaneamente. Nessa fase, além da comunicação e da oportunidade de participação, exige-se a garantia do direito de influência pelas partes. Assim, a decisão judicial corresponderia a uma construção dialógica na qual é garantido o poder de influência das partes (RIBEIRO, 2014).

De acordo com o entendimento de Ronaldo Bretas de Carvalho Dias, “o contraditório não é apenas ciência bilateral e contrariedade dos atos e termos processuais e possibilidade que as partes têm de contrariá-los, perspectiva técnica e cientificamente tacanha” (DIAS, 2012, p. 98). O contraditório na visão atual traz a noção de participação democrática e de legitimação das decisões judiciais, sendo um exercício de influência na decisão.

Na concepção participativa e legitimadora das decisões, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira sintetizava que “o contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional” (OLIVEIRA, 2001, p. 198). Na mesma linha de raciocínio, o referido autor conclui que o processo “é procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de decisão participada” (OLIVEIRA, 2001, p. 198).

De acordo com essa noção mais moderna, na constitucionalização do processo, o contraditório passou a ser visto não mais como um mero princípio garantidor do binômio informação-reação. Além disso, através dele, busca-se efetivar a participação das partes como forma de construção de um diálogo construtivo da decisão (NUNES, 2008).

Para Dierle José Coelho Nunes, pelo contraditório, “permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (potencialidade ofensiva) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para a sua formação” (NUNES, 2008, p. 227). Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “o contraditório é um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz” (OLIVEIRA, 2009, p. 133). Nesse sentido, as mudanças procedimentais no novo Código de Processo Civil, desejadas pela doutrina desde sempre, na medida em que acenam em direção à ampliação do contraditório, servem também como fator de redução de arbitrariedades.

Tânia Bahia Carvalho Siqueira explica que o novo incidente deixa clara a garantia do contraditório considerado em sua moderna noção e atende aos anseios jurisprudenciais e doutrinários. Nas palavras da referida autora:

[...] o respeito ao devido processo legal e ao contraditório, como princípios constitucionais, há de ser observado, oportunizando aos sócios ou administradores o exercício da ampla defesa, inclusive no que tange à efetiva demonstração de fraude como pressuposto para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (SIQUEIRA, 2015, p. 208).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a demonstração de fraude como pressuposto para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica deve ser submetida ao contraditório e à ampla defesa como fatores de legitimação processual. A desconsideração da personalidade jurídica apenas em atendimento ao pedido feito pelo autor, sem a citação prévia dos interessados, foge logo no início do próprio sentido do contraditório, uma vez que o réu nem sequer sabe ou tem oportunidade de saber dos atos praticados por seu adversário.

O contraditório só terá efetividade a partir do momento em que ambas as partes estejam cientes do curso do processo e têm oportunizada sua participação. Sua formação depende dos atos de comunicação processual, como a citação, intimação, notificação. A manifestação das partes só é possível a partir desses atos de comunicação e dela depende o exercício do poder de influência. Partindo desse ponto, as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil, em especial com relação ao novo incidente de desconsideração da personalidade jurídica, têm ligação íntima com a efetivação do contraditório.

5 O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e sua repercussão na efetivação do contraditório

Voltando a atenção para o procedimento, verifica-se que a desconconsideração da personalidade jurídica, como já mencionado, não contava com um rito padrão no Código de Processo Civil de 1973. Havia uma lacuna em relação ao procedimento a ser seguido para a desconconsideração da personalidade jurídica, e essa falta abria espaço para decisões baseadas unicamente no pedido do credor e na interpretação fática feita pelo juiz.

Nada impedia que os sócios ou a pessoa jurídica fossem citados ou mesmo que tivessem a chance de exercer o contraditório, mas, por padrão, isso não ocorria. No choque entre a garantia dos interesses de credores e o direito ao devido processo legal, ocorria que a personalidade da pessoa jurídica era desconconsiderada sem que os sócios tivessem chance de exigir pelo menos o cumprimento dos requisitos legais mínimos para a desconconsideração, sendo ferido claramente o contraditório e a ampla defesa, garantia constitucional. Isso se refletia em decisões não devidamente fundamentadas ou com fundamentos vagos e frágeis.

A desconconsideração não se alinhava com a concepção constitucional de processo, na qual as decisões decorrem de uma construção compartilhada e influenciada pelo modo de pensar de todos os envolvidos, e não apenas do autor ou do juiz.

De acordo com a doutrina de Dierle José Coelho Nunes, a legitimação das leis é independente da legitimação processual. A fundamentação das decisões num processo não deve se restringir à lei; deve refletir a construção dialógica ocorrida. Dessa forma é que se legitima (NUNES, 2008). Por isso, pode-se afirmar que a desconconsideração da personalidade jurídica, da forma como vinha sendo tratada, não se alinhava com o sentido de legitimação do procedimento e do processo.

O novo Código de Processo Civil então supriu essa lacuna, e o incidente criado visa potencializar o contraditório. Natália Lima Nogueira comenta o avanço ocasionado pela mudança trazida pelo novo Código de Processo Civil e sobre o objetivo do legislador:

O novo Código promoveu avanço significativo ao disciplinar o instituto pela ótica procedimental, definindo a forma a ser seguida quando a parte pretende desconsiderar a personalidade jurídica do adversário, de modo a garantir a observância do *devido processo legal*. De fato, ao tratar o requerimento da desconsideração como verdadeiro incidente do processo, em que a parte pretende incluir na relação jurídica um terceiro estranho à lide inicialmente instaurada, o legislador o fez com o objetivo primordial de garantir que eventual extensão das obrigações assumidas pelo réu primitivo (sociedade ou sócio) se dê com observância dos direitos ao *contraditório* e à *ampla defesa*, constitucionalmente garantidos a todos os litigantes em processo judicial (NOGUEIRA, 2015, p. 121).

Com a regulamentação do procedimento, o incidente passa a ser obrigatório. Conclui-se que a clara intenção do legislador é que só mediante contraditório efetivo e prévio com terceiro é que se constituirá um ato decisório que legitime a presença do terceiro na fase do cumprimento da sentença ou no processo de execução.

Dentre os princípios processuais, o contraditório destaca-se como aquele que não pode ser mero orientador de decisões. Isso o colocaria como algo distante. O processo exige a observância desse princípio e dele é dependente; deve estar presente e integrar cada ato; deve fomentá-lo, causar ações e reações das partes.

O juiz, em atenção ao dever de ser imparcial, não pode julgar sem ouvir autor e réu. Contudo, nem sempre isso é possível. Por isso, importante reafirmar aqui que o contraditório está ligado à oportunidade de manifestação, e não à manifestação em si. Segundo Darci Guimarães Ribeiro:

Esse princípio confere o direito subjetivo às partes de serem ouvidas em juízo. Se, por negligência da parte, ela não comparecer a juízo, em hipótese alguma fica violado o dito princípio, pois o contraditório se estabelece pela oportunidade da defesa, e não pela defesa em si (RIBEIRO, 2014, p.19).

O novo incidente, assim, reflete a tendência de valorização do contraditório no Código de Processo Civil, como constatado pelo mesmo autor quando analisava o Projeto do Novo Código, segundo o qual: “o princípio constitucional mais valorizado dentro do projeto do novo CPC foi o contraditório” (RIBEIRO, 2014, p. 23).

A desconsideração da personalidade jurídica deve ser medida excepcional e, como tal, só deve ser utilizada após o devido processo legal. Por isso, o pedido deve estar conectado aos pressupostos do direito material e, quando fundamentado apenas na impossibilidade de satisfação do crédito, não pode ser admitido. Na concepção trazida por Natália Lima Nogueira:

Admitido sob esse viés, o instituto não apenas se afastava de sua verdadeira *ratio* (coibir a fraude ou o abuso), como propiciava a interferência patrimonial na esfera de terceiros não integrantes da lide (sócios ou sociedade) em hipóteses não previstas na lei e, não raras vezes, sem que lhes houvesse possibilitado o exercício, ainda que precário, da ampla defesa e do contraditório (NOGUEIRA, 2015, p. 122).

A interferência patrimonial na esfera de terceiros não integrantes da lide, da forma que vinha sendo feita, fugia à lógica processual. Nesse aspecto, a doutrina tem comemorado a criação do incidente, em especial, com relação à exigência de citação e na direção da efetivação do contraditório.

Apesar do festejado destaque dado pela doutrina com relação à ampliação e efetivação do contraditório no novo Código de Processo Civil, das quais o incidente de desconsideração da personalidade jurí-

dica faz parte, contudo, há posicionamentos em sentido oposto. Darci Guimarães Ribeiro, por exemplo, ao analisar o Projeto do Novo Código de Processo Civil, vislumbrou um *paradoxo*, a saber:

[...] essa preocupação excessiva com o princípio do contraditório e da ampla defesa cria fatalmente um paradoxo, qual seja: o alongamento indevido do processo. Não se pode menosprezar o fato de que uma maior participação das partes no desenvolvimento do processo consome, indiscutivelmente, um tempo maior na resolução das questões processuais ou materiais. Por essa razão, o juiz deve sempre estar atento para eventuais abusos cometidos pelas partes na má utilização deste sagrado princípio, aplicando, sempre que necessário, as medidas coercitivas e sancionatórias ofertadas pelo CPC (RIBEIRO, 2014, p. 48).

Guilherme Guimarães Feliciano, também, ao analisar o contraditório no novo Código de Processo Civil, dessa vez em relação às tutelas de urgência e de evidência, coloca-o como inflexível e dogmático para além do razoável. Nas palavras do autor:

[...] veja-se, no novo texto legislativo, autorização para diferimento do contraditório, chama a atenção o fato de que, em vários outros contextos (que podem envolver similar grau de urgência ou evidência, ainda que não deduzidas nesses termos), a opção legal tenha sido pelo resguardo dogmático e inflexível do contraditório para além do razoável, retrocedendo em relação ao padrão de instrumentalidade do próprio Código Buzaid [...] (FELICIANO, 2015, p. 32).

Para o mesmo autor, o uso indiscriminado do contraditório obrigatório, prévio e pleno faz sentido em sede de tutela de direitos humanos fundamentais, “[...], mas torná-lo regra quase absoluta, ao ensejo de qualquer ato judicial decisório — ainda que sobre matéria processual — parece conter desproporcionalidades” (FELICIANO, 2015, p. 33).

Partindo dos posicionamentos diversos, pode-se afirmar que as alterações procedimentais, quando ligadas a princípio de tamanha relevância, têm na discussão doutrinária consequências naturais e desejáveis. O contraditório é tão importante para o processo, que sua ampliação sinaliza alterações profundas no processo. Pela doutrina majoritária, a efetivação do contraditório é necessária e benéfica por inúmeros motivos, entre eles a necessária legitimação das decisões. O respeito ao contraditório é inegável e, se negligenciado, pode trazer tanto danos diretos, quanto prejuízos processuais futuros.

Os danos diretos estão ligados aos afetados pela decisão. Relevante destacar que, no caso da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica sem que seja apurada adequadamente a situação, não são simples as decorrências, uma vez que estas, possivelmente, implicarão constrição de bens. Nesse aspecto, não se pode admitir que alguém que não tenha a chance de defesa sofra verdadeira punição.

Os prejuízos processuais futuros estão também ligados às decisões não fundamentadas adequadamente. Como ocorria na prática anteriormente utilizada, uma vez desconsiderada a personalidade jurídica, sem o contraditório prévio, tudo aquilo não alegado no momento adequado era feito em grau recursal. Assim, decisões não adequadamente fundamentadas abriam a possibilidade de mais recursos, como consequência, gerando a morosidade processual. Nesse sentido, o não atendimento à duração razoável do processo, prevista no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República, era também decorrência de uma desconsideração privada do efetivo contraditório.

O incidente representa uma evolução, uma vez que, conforme exposto, a ampliação do contraditório encontra várias justificativas, dependendo da situação analisada. Além disso, o incidente criado vai ao encontro da moderna noção de devido processo constitucional e busca atender a exigência de legitimação das decisões. Evita abusos no uso da desconsideração. Nas palavras de Natália Lima Nogueira:

A criação do incidente representa importante avanço promovido pelo legislador no intuito de evitar a utilização do instituto de forma abusiva, criando balizas para a aplicação, consentâneas com a ideia do processo justo, sem, no entanto, abrir mão da efetividade e da celeridade que as partes litigantes esperam no processo (NOGUEIRA, 2015, p. 122).

O novo incidente traz efetividade ao contraditório, na medida em que o aproxima da dinâmica processual. Afinal, como princípio vivo que é, deve ser, antes de tudo, efetivo, concreto. A mudança procedimental traz consequências ainda mais significativas, quando se analisa o que de fato é acarretado pela desconsideração: uma constrição de bens.

Assim, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, em atendimento à falta de previsão procedimental e à expectativa doutrinária, inova e reflete o destaque dado ao contraditório no novo Código de Processo Civil, como enfatizado. Reforça também a visão do princípio como algo integrante da noção de processo, elemento vivo, presente e efetivo.

6 Considerações finais

Considerando a pesquisa desenvolvida ao longo do presente trabalho, é possível apresentar algumas considerações finais decorrentes de questões suscitadas.

A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, baseada na falta de previsão do Código de Processo Civil de 1973, como abordado, gerava decisões que se baseavam apenas no pedido do autor e no atendimento a requisitos mínimos. Contudo, o atendimento aos requisitos mínimos constantes em legislação material (consumerista, civil, trabalhista, ambiental e outras) dependia tão somente do julgador. Assim, não raras vezes, a desconsideração da

personalidade jurídica era aplicada baseada simplesmente no inadimplemento da empresa; fugindo da sua natureza de medida de exceção, tornava-se regra.

Como consequências: a constrição imediata dos bens de quem nem sequer teve chance de defesa e decisões não adequadamente fundamentadas. Além disso, havia um prolongamento inevitável do processo. Afinal, quem sofria a constrição tinha na via recursal a única chance de exigir pelo menos o cumprimento dos requisitos mínimos para a descon sideração, ainda que posterior a ela. O contraditório diferido era utilizado mais como forma de se tentar corrigir abusos praticados previamente do que como princípio efetivo como deve ser.

A efetividade do contraditório, no caso da descon sideração, varia então de acordo com sua posição no processo. Quando ofertado previamente, há a chance de defesa, o que legitima uma futura decisão. Quando diferido, há apenas a chance de se restringir os efeitos de uma decisão já em curso.

O contraditório envolve comunicação, manifestação e poder de influência. Nesse sentido, contemporaneamente, decisões devidamente fundamentadas superam a noção de aplicação da lei pelo julgador. Decorrem de uma construção compartilhada por todas as partes afetadas por elas e assim se legitimam. O processo judicial, assim como o processo legislativo, exige legitimação, e essa moderna concepção legitimadora exige decisões no contexto do devido processo constitucional. Daí a exigência de efetividade do contraditório prévio e pleno.

A criação do novo incidente vai nesse sentido. Há nele a previsão de citação prévia do(s) sócio(s), administrador(es) ou da pessoa jurídica. A citação prévia garante a chance de defesa, mesmo que sejam exigidos os requisitos mínimos para se superar a personalidade jurídica. O momento aqui representa profunda mudança e gera importantes consequências.

Como constatado, as garantias processuais não se colocam como meio de fortalecer determinada parte ou atribuir superdireitos. Garantias processuais como a ampla defesa e o contraditório trabalham no processo para o processo e, na medida em que aumentam o grau de legitimidade das decisões, tendem a diminuir recursos e asseguram sua duração razoável.

Uma instrução probatória específica, a ampla defesa e, em especial, a efetivação do contraditório, da forma como previstas no novo incidente instaurado, trabalham nesse sentido. Todavia, as alterações no procedimento implicam nova postura por parte dos operadores do direito, que, afinal, deve ser exigida. No caso da desconsideração, não se trata de simples mudanças de passos procedimentais, mas de mudanças profundas que ligam o direito material, a principiologia processual/constitucional e o processo em si.

Ressalva-se que a alteração procedimental é questão que demanda maior análise jurisprudencial, todavia, não disponível, ainda, nos tribunais, em função do prazo exíguo. De todo modo, conclui-se que a aplicação do novo procedimento sinaliza uma maior efetivação das garantias processuais aos envolvidos, colocados, assim, cada vez mais, na posição de coparticipantes efetivos do provimento judicial.

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diá-*

rio Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990 - Edição extra e retificada em 10 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 fev. 1998 e retificado em 17 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º nov. 2011 e retificado em 2 dez. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas ju-

rídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o novo Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.459.831/MS. Relator: Marco Aurélio Bellizze. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 28 out. 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153368858/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1459831-ms-2014-0143118-6>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Vice-Presidência da República dos Estados Unidos do Brasil. Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 15 jan. 1919.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro; BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla (Coords.). *Novo Código de Processo Civil*. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Anotado e comparado. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. Direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil - introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O princípio do contraditório no novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas. *Revista Jurídica*, Brasília, ano XIX, n. 438, 2015.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da personalidade jurídica: aspectos de direito material e processual. *Revista Forense*, v. 371, p. 3-15, maio 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 5, n. 17, 1980.

NOGUEIRA, Natália Lima. O litisconsórcio. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coords.). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. De acordo com o novo Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 85-106.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, José do Carmo Veiga de. A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro. In: MEIRA, José Boanerges; MOTA, Lindomar Rocha (Orgs.). *Teoria do direito e conflitos jurídicos*. Belo Horizonte: O Lutador, 2011. v. 1, p. 87-107.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, v. 232, p. 13-35, jun. 2014.

SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. Imputação de responsabilidade ao ex-sócio como efeito da desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 16, v. 63, p. 197-219, jul./set. 2015.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coords.). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. De acordo com o Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

14. A natureza da decisão proferida na primeira fase da ação de exigir contas e sua impugnação: divergência doutrinária e jurisprudencial

Jessica Sérgio Miranda

Assistente Judiciário do TJMG.
Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC.

Adriano da Silva Ribeiro

Assessor Judiciário do TJMG.
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA. Mestrando em
Direito Público pela Universidade FUMEC.

1 Introdução

O presente artigo tem como objeto a análise da natureza jurídica da decisão proferida na primeira fase da ação de exigir contas, reconhecendo o dever do réu de apresentar a prestação de contas exigida pelo autor.

A pesquisa se justifica diante da divergência doutrinária e jurisprudencial que se instaurou com a entrada em vigor do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (BRASIL, 2015), que alterou as disposições constantes dos arts. 914 a 919 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (CPC/1973), que definia o procedimento da “Ação de Prestação de Contas”, em especial a redação do § 2º do art. 915, que claramente determinava que a sentença a ser proferida condenaria o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (BRASIL, 1973).

Com a vigência do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (CPC/2015), o procedimento especial da (agora) “Ação de Exigir Con-

tas” passou a ser disciplinado nos arts. 550 a 553, estabelecendo o § 5º do art. 550 que a decisão que julgar procedente o pedido condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar (BRASIL, 2015).

Pretende-se, assim, responder ao seguinte questionamento: o provimento judicial que reconhece a existência do dever do réu de prestar contas tem natureza jurídica de decisão interlocutória de mérito ou é sentença?

Para tanto, principia-se, tratando dos aspectos gerais da ação de exigir contas, sua natureza e utilização, bem como esclarecendo a alteração promovida pelo CPC/2015 acerca do procedimento especial, em relação à previsão anteriormente posta no CPC/1973. Em sequência, tratar-se-á do procedimento previsto para a primeira fase da ação, até o momento da prolação do provimento judicial que busca encerrá-la. Assim, será retomada a previsão anterior contida no § 2º do art. 915, para contrapô-la à nova previsão inserida no § 5º do art. 550 do CPC/2015.

Feitas as considerações necessárias, no capítulo seguinte, demonstrar-se-á a divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da decisão e o recurso cabível para impugná-la e, no próximo capítulo, a divergência jurisprudencial percebida no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), destacado diante do elevado número de julgados divergentes sobre a matéria, ressaltando a importância da aplicação do princípio da fungibilidade para assegurar o direito da parte ao duplo grau de jurisdição.

Ao final, responder-se-á ao questionamento inicialmente posto, acerca da natureza jurídica da decisão e o recurso cabível para atacá-la, apresentando a síntese dos argumentos que corroboram a conclusão apresentada.

Quanto à metodologia empregada, o artigo foi desenvolvido com a utilização do método dedutivo, na primeira etapa, acionadas as

técnicas da pesquisa bibliográfica. Em um segundo momento, a partir da aplicação do método descritivo/compreensivo, buscou-se um diagnóstico voltado, em especial, para a divergência jurisprudencial do TJMG, no que se refere à admissão dos recursos interpostos em face da decisão de procedência do pedido, proferida pelo magistrado singular na primeira fase da ação de exigir contas.

2 A ação de exigir contas

A ação de exigir contas constitui procedimento especial previsto nos arts. 550 a 553 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (CPC/2015), que decorre de conflitos originados de relação jurídica na qual uma parte administra negócios ou interesses alheios, devendo, em razão disso, prestar contas à outra.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, sempre que a administração de bens, valores ou interesses de determinado sujeito seja confiada a outrem, haverá a necessidade de prestação de contas, ou seja, da relação pormenorizada das receitas e despesas no desenvolvimento da administração (NEVES, 2018b).

Assim, é possível indicar algumas situações previstas na legislação nas quais é exigida a prestação de contas, quais sejam: a obrigação do tutor e curador (art. 1.755, Código Civil brasileiro de 2002 - CC/2002), a do sucessor provisório (art. 33, CC/2002), a do testamenteiro (art. 1.980, CC/2002) e a do mandatário frente ao mandante, conforme art. 668, CC/2002 (BRASIL, 2002). O Código de Processo Civil brasileiro também traz previsões acerca dos casos do curador da herança jacente (art. 739, § 1º, inciso V, CPC/2015), do inventariante (art. 618, inciso VII, CPC/2015), dentre outros.

Anteriormente denominada “Ação de Prestação de Contas”, prevista nos arts. 914 a 919 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, englobava, em verdade, a ação de dar contas e a ação de exigir

contas, a depender de quem tomasse a iniciativa de ingressar com a demanda, buscando, no Poder Judiciário, a solução para o conflito de interesses surgido da relação de administração.

Contudo, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 suprimiu a previsão acerca da ação de dar contas, passando a constar do art. 550 do referido diploma legal que o titular do direito de exigir contas, isto é, aquele que possui bens ou interesses administrados por outrem, poderá requerer a citação do réu para prestar as contas ou oferecer contestação, no prazo de 15 dias, devendo especificar e comprovar, na peça exordial, as razões pelas quais exige as contas:

Art. 550. Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º Na petição inicial, o autor especificará, detalhadamente, as razões pelas quais exige as contas, instruindo-a com documentos comprobatórios dessa necessidade, se existirem (BRASIL, 2015).

Em que pese a alteração ocorrida no corpo do texto, Elpídio Donizetti esclarece que isso não significa que aquele que administra bens e valores de terceiros não possa prestar contas, mas que apenas não se utilizará o procedimento especial para fazê-lo, podendo, contudo, utilizar o procedimento comum, quando demonstrado o interesse consistente na recusa do destinatário das contas (DONIZETTI, 2018, p. 813).

Quanto ao referido dispositivo, é possível extrair que cabe ao autor demonstrar a existência do dever do réu de prestar as contas e, ainda, a recusa da prestação extrajudicial das contas, quando da própria lei não decorrer tal obrigação, sob pena de extinção do processo, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir.

Proposta a ação, a petição inicial trará dois pedidos cumulados: primeiramente, a condenação da parte contrária à prestação das con-

tas, ou seja, a uma obrigação de fazer; em segundo momento, a condenação da parte à obrigação de pagar o saldo residual apurado. Desse modo, pode-se afirmar que a demanda possui natureza eminentemente condenatória, tendo em vista a natureza dos pedidos, especialmente no que se refere à condenação do devedor ao pagamento do saldo final.

No tocante à pretensão condenatória a pagar o saldo devedor apurado pelas contas prestadas, Daniel Amorim Assumpção Neves diz ser inegável a natureza dúplice da prestação de contas, sendo reconhecida pela unanimidade da doutrina. E completa:

Significa dizer que o bem da vida objeto da demanda — dinheiro resultante do saldo devedor — irá obrigatoriamente ficar com uma das partes. Uma vez apurada a existência de saldo devedor em favor do autor da ação, será o réu condenado a pagar; mas verificado que o credor é o réu, o autor da demanda será condenado a pagar ao réu o saldo devedor (NEVES, 2018a, p. 929).

Examinada a natureza da ação de exigir contas, passa-se à análise do procedimento especial a ser adotado, ressaltando a alteração ocorrida com a entrada em vigor do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que gerou a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica da decisão proferida na primeira fase da demanda, a ser analisada no desenvolver deste artigo.

2.1 O procedimento previsto na primeira fase

O procedimento da ação de exigir contas está previsto nos arts. 550 a 553 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, possuindo como característica principal a existência de duas fases procedimentais sucessivas: a primeira, na qual se discute o dever de prestar contas, e a segunda, que envolve a discussão acerca da apuração do valor do saldo devedor.

Tendo em vista o objetivo traçado no presente artigo, a análise do procedimento especial da ação de exigir contas limitar-se-á à primeira fase da referida ação, para se perquirir acerca da natureza jurídica do provimento judicial a ser proferido para seu encerramento.

Conforme já destacado anteriormente, o art. 550 do CPC/2015 determina que o autor, após especificar as razões pelas quais exige as contas, apresentando os respectivos documentos comprobatórios de tal necessidade, caso existam, requererá a citação do réu para prestar as contas ou contestar, no prazo de 15 dias (BRASIL, 2015).

Nesse momento, regularmente citado, o réu poderá adotar diferentes reações, que determinarão a forma como se seguirá o procedimento. Assim, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves que o réu poderá: (i) apresentar voluntariamente as contas e não contestar, reconhecendo o pedido à prestação de contas e fazendo com que se passe à segunda fase do procedimento; (ii) apresentar as contas e contestar com relação ao conteúdo das contas prestadas; (iii) contestar e não apresentar as contas, alegando a inexistência do dever de presta-las; (iv) não contestar nem apresentar as contas, tornando-se revel e dando azo ao julgamento antecipado do mérito, na forma estabelecida no art. 355, caso o juiz presuma como verdadeiros os fatos referentes ao dever de prestar contas, conforme previsto no § 4º do art. 550 do CPC/2015 (NEVES, 2018a).

Na hipótese de o réu apresentar as contas no prazo legal determinado, deverá fazê-lo na forma adequada estabelecida no art. 551, *caput*, do CPC/2015, isto é, especificando-se as receitas, a aplicação das despesas e os investimentos, se houver (BRASIL, 2015).

Assim ocorrendo, ao autor caberá manifestar-se sobre elas, no prazo de 15 dias, devendo impugná-las, caso queira, de maneira fundamentada e específica, apontando expressamente o lançamento questionado, nos termos do que preceitua o art. 550, § 3º, do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Após eventual impugnação, deverá o juiz estabelecer prazo razoável para que o réu apresente os documentos justificativos dos lançamentos individualmente impugnados, conforme disciplina do art. 551, § 1º, do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

Por outro lado, caso o réu deixe de prestar as contas no prazo legal estabelecido, o julgador, estando convencido da existência do dever de prestar contas por parte do requerido, condenará este a prestá-las, no prazo de 15 dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que foram apresentadas pelo autor.

É exatamente acerca da previsão contida no § 5º do art. 550 o questionamento posto neste estudo, a fim de verificar qual a natureza jurídica da decisão a ser proferida nesse momento processual, tendo em vista a modificação da norma expressa no dispositivo legal, realizada no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, em relação à previsão anteriormente posta no art. 915, § 2º, do CPC/1973 (BRASIL, 1973).

2.1.1 A previsão no Código de Processo Civil de 1973

Para melhor compreensão da questão, importante resgatar o regramento previsto no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, cuja alteração ocasionou a divergência ora apresentada.

Estabeleciam os arts. 914 a 919 do diploma processual anterior o procedimento da ação de prestação de contas, constando do art. 915 a seguinte previsão:

Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação.

§ 1º Prestadas as contas, terá o autor 5 (cinco) dias para dizer sobre elas; havendo necessidade de produzir provas, o juiz de-

signará audiência de instrução e julgamento; em caso contrário, proferirá desde logo a sentença.

§ 2º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.

§ 3º Se o réu apresentar as contas dentro do prazo estabelecido no parágrafo anterior, seguir-se-á o procedimento do § 1º deste artigo; em caso contrário, apresentá-las-á o autor dentro em 10 (dez) dias, sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil (BRASIL, 1973).

A partir da simples leitura do texto legal, não havia dúvidas, portanto, de que a decisão a ser proferida ao final da primeira fase da ação seria uma sentença, sendo, portanto, impugnável por meio de recurso de apelação cível.

2.1.2 A previsão no Código de Processo Civil de 2015

Além da evidente ampliação dos prazos processuais concedidos ao réu para apresentar as contas ou contestar e ao autor para impugnar as contas apresentadas pela parte contrária, nota-se que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 promoveu alteração na redação do § 2º do art. 915 do CPC/1973, retirando o termo “sentença” e incluindo a previsão no sentido de que “decisão” julgará procedente o pedido inicial e condenará o réu a prestar as contas.

Dada a importância central do referido dispositivo legal para a elaboração deste artigo, julga-se válida sua transcrição:

Art. 550. Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias.

[...]

§ 5º A decisão que julgar procedente o pedido condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar (BRASIL, 2015).

A discussão, portanto, tem como cerne a necessidade de definir se o recurso cabível contra a decisão permanece sendo a apelação, a teor do antigo regramento, ou se passou a ser o agravo de instrumento, a partir da interpretação literal do novo dispositivo, o que, como se verá nos próximos tópicos, gerou divergências na doutrina e na jurisprudência.

3 Divergência doutrinária

A modificação da redação da referida norma fez surgir, na doutrina, séria divergência quanto à natureza jurídica do provimento judicial, de modo que parcela dos juristas entendem se tratar de sentença, recorrível por apelação, enquanto outros defendem possuir natureza de decisão interlocutória de mérito, impugnável por agravo de instrumento.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, a primeira fase da ação de exigir contas será decidida por uma sentença, conclusão a que chega a partir da seguinte análise: “compreendo que, à luz dos critérios de sentença e decisão interlocutória previstos nos §§ 1º e 2º do art. 203 do novo CPC e a admissão expressa da decisão interlocutória de mérito em nosso sistema, essa conclusão parece ser a mais racional” (NEVES, 2018a, p. 931).

O referido autor não olvida o fato de que o próprio art. 203, § 1º, do CPC/2015 prevê não ser o conceito legal de sentença aplicável aos procedimentos especiais, contudo, entende que tal previsão “somente se justifica se aceitarmos que, em alguns procedimentos, a decisão

que seria uma interlocutória é, na realidade, uma sentença” (NEVES, 2018a, p. 931).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que “contra a sentença proferida em qualquer fase da ação de prestação de contas cabe apelação” (NERY JÚNIOR; NERY, 2018, p. 1.391). Nesse sentido também entendem Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira (2017); Leonardo José Carneiro da Cunha (2016); Teresa Arruda Alvim Wambier e outros (2016).

Por outro lado, Cássio Scarpinella Bueno entende a decisão como interlocutória de mérito e, portanto, agravável de instrumento, com fundamento no inciso II do art. 1.015 do CPC/2015 (BUENO, 2018).

Nesse sentido também entende Elpídio Donizetti, ao estabelecer que “a primeira fase da ação de exigir contas encerra-se com um pronunciamento judicial (decisão interlocutória, porquanto não pôs fim à fase cognitiva do processo) acerca da existência ou não do direito de exigir contas” (DONIZETTI, 2018, p. 817). Filiam-se a essa posição Humberto Theodoro Júnior (2018), José Miguel Garcia Medina (2018), Evaristo Aragão Santos (2016) e Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017).

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015), o CPC/1973 denominava esse ato como sentença, o que destoava do contexto geral do Código, já que não encerrava a fase de conhecimento do processo, concluindo-se apenas uma das etapas em que o conhecimento de mérito se desdobrava nesse procedimento. Assim, prosseguem os autores quanto à alteração promovida no CPC/2015:

O Código de 2015, porém, optou por seguir outro caminho. Expressamente afirma que o ato do juiz que julga a primeira etapa do processo da ação de exigir contas é uma decisão, ou seja, uma decisão interlocutória (art. 550, § 5º, do CPC). Parece que a op-

ção legislativa do Código de 2015 é melhor. Em primeiro lugar, esta conclusão harmoniza-se melhor com a ideia que o Código faz de sentença (vinculando-a ao encerramento de uma das fases, ou de conhecimento ou de satisfação, do processo). Em segundo lugar, caracterizar esse ato como decisão interlocutória faz com que o recurso designado para atacá-lo seja o agravo, que, por subir em instrumento próprio, e por não ser dotado de efeito suspensivo, não impede, por si só, o prosseguimento do processo para a segunda fase (MARINONI; ARENHART; MITTIERO, 2015, p. 145).

Esse foi também o entendimento firmado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, por meio do Enunciado nº 177, aprovado no evento realizado no Rio de Janeiro, entre os dias 25 e 27 de abril de 2014, que dispõe que: “(arts. 550, § 5º, e 1.015, inc. II) A decisão interlocutória que julga procedente o pedido para condenar o réu a prestar contas, por ser de mérito, é recorrível por agravo de instrumento (Grupo: Procedimentos Especiais)” (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017).

Pode-se considerar que essa tese é reforçada pela distinção que o legislador estabeleceu ao utilizar o termo decisão na redação do § 5º do art. 550 do CPC/2015, quanto ao encerramento da primeira fase, e a utilização do termo sentença no *caput* do art. 552 do CPC/2015, que prevê que a sentença apurará o saldo devedor, constituindo título executivo judicial (BRASIL, 2015).

Quanto à alteração da redação do dispositivo, realizada pelo legislador, Humberto Theodoro Júnior esclarece:

A preocupação do legislador ao preferir, na espécie, falar em *decisão* em vez de *sentença* não se deveu a uma mera opção léxica, pois a diferença entre esses dois atos judiciais dentro do próprio Código produz efeitos relevantes, no tocante ao regime recursal. Se fosse mantida a sistemática de encerrar a primeira fase da ação por meio de sentença, como queria o Código velho, o recurso interponível seria a apelação, remédio que paralisaria a

marcha do processo em primeiro grau, subindo necessariamente os autos ao Tribunal de Justiça. Somente depois de julgado definitivamente o apelo é que se retomaria a movimentação do feito, iniciando a segunda fase. Tendo, porém, a nova lei adotado o encerramento da primeira fase por meio de decisão, o recurso contra esta será o agravo de instrumento, já que, embora não encerrando a atividade cognitiva do processo, teria sido julgado parte do mérito da causa, qual seja a relativa ao direito de exigir contas (art. 1.015, II). O recurso manejável, porém, não acarretará paralisação do processo em primeiro grau, nem sequer será processado nos autos da causa, mas em autuação apartada, formada diretamente no tribunal *ad quem* (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 92).

Havendo, pois, tamanha divergência doutrinária, entende Daniel Amorim Assumpção Neves que, no caso, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade recursal, até que a questão seja pacificada na jurisprudência (NEVES, 2018a, p. 931).

Se a doutrina parece não encontrar definição para a questão abordada, o mesmo ocorre com a jurisprudência, conforme fica demonstrado no próximo tópico, observando como modelo o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), destacado diante do elevado número de julgados divergentes sobre a matéria.

4 Divergência jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

A partir de pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, verifica-se a alta divergência instaurada entre as Câmaras Cíveis, quanto à natureza jurídica da decisão proferida na primeira fase da ação de exigir contas e, por consequência, quanto ao recurso cabível para impugná-la, após entrada em vigor do CPC/2015. É de se pontuar que a divergência jurisprudencial percebida no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

(TJMG) destaca-se diante do elevado número de julgados divergentes sobre a matéria.

Nesse sentido, a 17ª Câmara Cível, em 3/10/2019, no julgamento da Apelação Cível de nº 1.0000.19.003952-9/001, de Relatoria da Desembargadora Aparecida Grossi, entendeu, à unanimidade, que “em se tratando de decisão interlocutória condenando o réu a prestar contas e não encerra o processo, mas dá início à segunda fase deste, dito provimento é atacável por agravo de instrumento”. Considerou, nesse caso, ser manifestamente inadmissível a interposição de apelação contra decisão impugnável por agravo de instrumento, não se aplicando a fungibilidade recursal à luz do princípio da instrumentalidade das formas, “porquanto, nos termos do nCPC, inexistente dúvida acerca do recurso cabível contra a decisão que resolve a primeira fase da ação de exigir contas” (MINAS GERAIS, 4 out. 2019).

O mesmo entendimento foi aplicado pela 10ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível de nº 1.0480.14.006421-7/001, de Relatoria do Desembargador Vicente de Oliveira Silva, realizado em 4/6/2019, no qual se considerou que a referida decisão deve ser atacada por meio de agravo de instrumento, conforme se depreende do art. 1.015, inciso II, do atual CPC, configurando erro grosseiro a interposição de recurso de apelação e afastando-se, por conseguinte, a aplicação do princípio da fungibilidade (MINAS GERAIS, 14 jun. 2019).

Interessante observar também a existência de julgados cujas ementas refletem a discordância entre os julgadores integrantes do órgão fracionário, a saber:

Apelação cível. Procedimento especial. Prestação de contas. Primeira fase. CPC/2015. Pronunciamento judicial. Decisão interlocutória de mérito. Recurso cabível. Agravo. Fungibilidade recursal. Erro grosseiro. - O agravo de instrumento é o recurso adequado para combater a decisão interlocutória de mérito proferida na primeira fase da ação de exigir contas, que

condena o réu a prestar contas. Inteligência do art. 1.015, II, c/c art. 550, § 5º, do CPC/2015. - Inviável a aplicação da fungibilidade recursal, uma vez que a interposição de apelação contra a sentença que resolve a primeira fase do procedimento especial de exigir contas configura erro grosseiro. - Recurso não conhecido.

V.v. - A decisão que resolve a primeira fase da ação de prestação de contas tem natureza de sentença e não se encaixa em nenhum dos incisos do rol taxativo do art. 1.015 do NCPC, razão pela qual deve ser combatida através de apelação, nos termos do artigo 1.009 do NCPC (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.11.021447-6/001, Rel. Des. José Américo Martins da Costa, 15ª Câmara Cível, j. em 28/6/2018, p. em 10/7/2018) (MINAS GERAIS, 10 jul. 2018).

Cumprе esclarecer que a escolha da ementa supratranscrita não se faz de maneira aleatória dentre os diversos julgados que revelam a discordância entre os desembargadores componentes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ela se deu para revelar que a discrepância é tamanha, que se chega à absurda situação em que um magistrado considera erro grosseiro a própria interpretação dada por outro integrante da mesma turma julgadora.

No mesmo sentido, registram-se as seguintes ações: (TJMG, Ap. Cível nº 1.0434.14.002058-8/001, Rel. Des. Marco Aurélio Ferenzini, 14ª C. Cível, j. em 4/10/2018, p. em 16/10/2018 (MINAS GERAIS, 16 out. 2018); TJMG, Ap. Cível 1.0000.18.041965-7/001, Rel. Des. Ramom Tácio, 16ª C. Cível, j. em 28/11/2018, p. em 29/11/2018 (MINAS GERAIS, 29 nov. 2018).

Não há dúvidas, embora seja salutar ressaltar, que as divergências causam enorme insegurança jurídica às partes e seus patrocinadores, que, por vezes, se veem tolhidos de seu direito de acesso ao duplo grau de jurisdição, em razão do não conhecimento do recurso

interposto, conforme seja o entendimento aplicado pela câmara julgadora à qual for distribuída a irresignação recursal.

4.1 O princípio da fungibilidade recursal

O princípio da fungibilidade recursal se funda no princípio da instrumentalidade das formas, que traduz a ideia de que, não havendo prejuízo, o equívoco quanto à forma legal não deve gerar nulidade processual. Assim, o princípio da fungibilidade possibilita o recebimento de um recurso pelo outro, ou seja, “receber o recurso que não se entende como cabível para o caso concreto por aquele que teria cabimento” (NEVES, 2018a, p. 1.591).

Para que seja possível sua aplicação, fora das hipóteses legais que admitem sua utilização, são necessários que estejam presentes dois requisitos: que exista dúvida fundada a respeito do recurso cabível e que inexistam erro grosseiro.

Atenta a esses critérios, evidentemente preenchidos na situação ora tratada neste artigo, entendeu a 19ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.18.144993-5/001, de Relatoria do Desembargador Versiani Penna, pela aplicabilidade do referido princípio recursal, conforme se verifica da ementa do julgado:

Recurso de apelação. Primeira fase. Ação de prestação de contas. Não cabimento. Fungibilidade recursal. Aplicação. Possibilidade. Recurso conhecido. Preliminar de ausência de interesse de agir do herdeiro. Rejeição. Direito de exigir contas do inventariante. Decisão que reconhece o direito do autor de exigir contas e condena o réu a prestá-las. Cassação. Contas prestadas na contestação. Inobservância aos §§ 2º e 3º do art. 551 do CPC. Recurso provido. - Diante da divergência existente na doutrina e na jurisprudência no tocante ao recurso cabível, na atual sistemática processual (CPC 2015), contra

a decisão proferida na primeira fase de prestação de contas, entendendo passível de aplicação do princípio da fungibilidade recursal na espécie, mormente porque interposto o apelo dentro do prazo recursal do agravo de instrumento. - Correta a sentença que rejeita preliminar de ausência de interesse de agir do herdeiro em ação de exigir contas, uma vez que nessa qualidade tem o direito de exigir contas do inventariante que se encontra na administração dos bens do falecido. - Tendo as contas sido apresentadas, na forma do disposto no art. 551, *caput*, do CPC, juntamente com a contestação, e inclusive impugnadas pela parte autora, o processo de prestação de contas deveria ter seguido a segunda fase, tal como previsto nos §§ 2º e 3º do art. 550 do CPC, e não ter sido proferida sentença condenando o réu a apresentá-las (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.18.144993-5/001, Rel. Des. Versiani Penna, 19ª Câmara Cível, j. em 28/3/2019, p. em 4/4/2019) (MINAS GERAIS, 4 abr. 2019).

Esse foi, também, o entendimento adotado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.746.337/RS, de Relatoria da Ministra Nancy Andrichi, que, considerando decisão interlocutória o ato judicial que julga procedente a primeira fase da ação de exigir contas e sentença o ato judicial que a julga improcedente ou que extingue o processo sem a resolução de seu mérito, ressaltou a existência de dúvida objetiva acerca do cabimento do agravo de instrumento ou da apelação, consubstanciada em sólida divergência doutrinária e em reiterado dissídio jurisprudencial no âmbito do 2º grau de jurisdição, devendo ser afastada a existência de erro grosseiro, a fim de que se aplique o princípio da fungibilidade recursal (BRASIL, 2019).

Não obstante se reconheça a importância de se aplicar o princípio da fungibilidade como meio de se assegurar o direito da parte ao duplo grau de jurisdição, apreciando-se o recurso interposto, seja ele apelação ou agravo de instrumento, defende-se ser necessário que se estabeleça, de maneira definitiva, um entendimento acerca do assunto.

5 A decisão proferida na primeira fase da ação de exigir contas e sua natureza jurídica

Após todas as exposições feitas acerca da matéria posta em estudo neste artigo, cumpre, nesta última etapa, apresentar conclusão acerca da natureza da decisão proferida na primeira fase da ação de exigir contas, a fim de responder ao questionamento que ensejou toda a pesquisa realizada: o provimento judicial que estabelece a existência do dever do réu de prestar contas tem natureza de decisão interlocutória de mérito ou é sentença?

Conclui-se, pois, que se trata de decisão interlocutória de mérito, impugnável por meio de recurso de agravo de instrumento. Os motivos para se chegar a esse entendimento são expostos em seguida.

O primeiro argumento é decorrente da interpretação literal do próprio dispositivo legal. Assim, frisa-se o fato de que o legislador promoveu expressa alteração no termo anteriormente empregado pelo diploma processual civil, fazendo constar o termo “decisão” para a primeira fase, mantendo, contudo, a previsão do termo “sentença” para designar o provimento a ser proferido ao final da segunda fase do procedimento.

O segundo deriva-se da confrontação com o art. 203 do CPC/2015, que prevê que os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos, definindo sentença, no § 1º, como o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487 do CPC/2015, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução, ressalvando as disposições expressas dos procedimentos especiais (BRASIL, 2015).

Nesse caso, ainda que se ignore a ressalva posta em relação aos procedimentos especiais, que deverão observar suas disposições expressas (nesse caso, o procedimento expressamente dispõe tratar-se de decisão), não se pode considerar encerrada a fase cognitiva. De fato,

pode-se apenas declarar finalizada uma das etapas nas quais se divide o procedimento da ação de exigir contas. Assim ocorrendo, a conclusão seria extraída da disposição constante do § 2º do art. 203 do CPC/2015, pela qual decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na definição de sentença posta no § 1º do mesmo art. 203 do CPC/2015 (BRASIL, 2015).

O terceiro argumento que se pode utilizar para corroborar a tese de que se trata de decisão interlocutória agravável pode ser extraído da análise da sistemática processual do Código de Processo Civil de 2015.

Primeiramente, o Código passou a prever expressamente a possibilidade de prolação de decisão interlocutória de mérito, inserindo-a, inclusive, no rol do art. 1.015 do CPC/2015, que elenca as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento. Além disso, toda a lógica do Código Processual Civil brasileiro foi construída para trazer celeridade à tramitação processual, ganho que se observa com a posição ora defendida, quando se verifica que o agravo de instrumento, ao contrário do que ocorre na apelação, não possui, como regra, efeito suspensivo. Desse modo, ainda que apresentado recurso ao Tribunal, via de regra, não restará obstado o prosseguimento da demanda originária no juízo de primeiro grau, a menos que, preenchidos os requisitos exigidos pela legislação, lhe seja concedido o efeito suspensivo.

Embora possa parecer existirem argumentos suficientes para que se entenda pela natureza jurídica de decisão interlocutória de mérito, agravável, portanto, é certo que ainda há, conforme já apresentadas, divergências doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto.

Nesse aspecto, tendo em vista a ausência de manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, por meio de súmula ou precedente vinculante, entende-se ser possível que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais estabeleça um entendimento a ser seguido pelas Câmaras Cíveis, ao menos para evitar violações ao direito das partes.

Isso pode ser feito por meio da instauração de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que, a teor do que dispõe o art. 976 do CPC/2015, é cabível quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, como ocorre na situação posta (BRASIL, 2015).

6 Conclusão

A partir de todo o conteúdo analisado e desenvolvido neste estudo, verifica-se que a alteração legislativa concernente ao procedimento especial da ação de exigir contas gerou divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Isso porque, diante da retirada do termo “sentença” e inclusão do termo “decisão” na redação do dispositivo legal, passou-se a questionar qual a natureza do provimento judicial que reconhece o dever do réu de prestar contas, encerrando a primeira fase do procedimento.

Percebe-se que surgiram posições opostas na doutrina e na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Para parcela dos intérpretes do direito, a decisão possui natureza jurídica de decisão interlocutória, impugnável por meio de agravo de instrumento. Outra parte, contudo, entende que a decisão continua possuindo natureza jurídica de sentença e, portanto, o recurso cabível para atacá-la é a apelação.

A pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça mineiro revelou que as consequências práticas da divergência posta são prejudiciais às partes, que, por vezes, se veem tolhidas de seu direito de acesso ao duplo grau de jurisdição por interpor um ou outro recurso que, a depender do entendimento dos componentes da Câmara para a qual foi distribuído, não é conhecido por inadequação da via, diante de suposto erro grosseiro, afetando a segurança jurídica.

Nesse contexto, não obstante se reconheça existirem fundamentos relevantes para se concluir pela natureza interlocutória da decisão, ressalta-se a importância de, até que se firme entendimento definitivo acerca do assunto, seja por meio de súmula ou precedente vinculante do Superior Tribunal de Justiça ou por tese a ser fixada pelo próprio Tribunal de Justiça estadual, ressaltando outra novidade do CPC/2015 com a aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o mais prudente é a aplicação do princípio da fungibilidade para conhecimento de um ou outro recurso, a fim de assegurar o direito da parte recorrente, em prestígio à segurança jurídica.

Referências

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.746.337/RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma. *Diário da Justiça eletrônico*

co, Brasília, DF, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 5 out. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 2.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados*. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: [http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf](http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf). Acesso em: 30 jan. 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0702.11.021447-6/001. Relator: Des. José Américo Martins da Costa, 15ª Câmara Cível. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 10 jul. 2018. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0434.14.002058-8/001. Relator: Des. Marco Aurélio Ferenzini, 14ª Câmara Cível. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 16 out. 2018. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.18.041965-7/001. Relator: Des. Ramom Tácio, 16ª Câmara Cível. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 29 nov. 2018. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.18.144993-5/001. Relator: Des. Versiani Penna, 19ª Câmara Cível. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 4 abr. 2019. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0480.14.006421-7/001. Relator: Des. Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 14 jun. 2019. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.19.003952-9/001. Relatora: Des.^a Aparecida Grossi, 17ª Câmara Cível. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 4 out. 2019. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 5 out. 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. *E-book*.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018a.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Natureza da decisão que resolve a primeira fase da ação de exigir contas. *Lex magister*, 15 jun. 2018b. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27663677_natureza_da_decisao_que_resolve_a_primeira_fase_da_acao_de_exigir_contas.aspx. Acesso em: 30 jan. 2019.

SANTOS, Evaristo Aragão. Da ação de exigir contas. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Orgs.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.496-1.515.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

15. Tutela sumária satisfativa no CPC/2015

Josiane Araújo Gomes

Assessora Judicial do TJMG.

Mestre em Direito Público e Especialista em Direito das Famílias pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Pós-graduanda em Gestão Pública em Saúde pela Faculdade de Gestão e Negócios da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

1 Considerações iniciais

O ordenamento processual civil pátrio autoriza o magistrado a conceder tutela sumária satisfativa, quando o litigante, expressamente, requerer a apreciação *incontinenti* de parte ou de todo o pedido deduzido na demanda, desde que, pautado em juízo de probabilidade, entenda que a realização do direito não possa aguardar todo o trâmite processual e conseqüente prolação da sentença, visando, pois, prestar tutela jurisdicional em tempo e modo adequados à garantia do direito substancial.¹

Nesse contexto, por tutela sumária satisfativa² entende-se a tutela jurisdicional que realiza um direito com base em cognição su-

¹ Identificando a tutela sumária satisfativa como instrumento concretizador do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, afirma Marinoni, *in verbis*: “Uma vez que o Estado é obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, todos têm direito à adequada tutela jurisdicional. É de se concluir, assim, que a busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao *due process of law*, e insito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio da separação dos poderes, e que constitui princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou ao dever que o Estado se impôs, quando chamou a si o monopólio da jurisdição. A tutela antecipatória, portanto, nada mais é do que instrumento necessário para a realização de um direito constitucional” (MARINONI, 2011, p. 140).

² A expressão “tutela sumária satisfativa” é adotada pelo jurista Luiz Guilherme Marinoni (2011).

mária, ou seja, funda-se em uma “cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical” (WATANABE, 2012, p. 95). Assim, o magistrado, ao conceder tutela preventiva satisfativa, nada declara, mas apenas afirma a probabilidade da existência do direito manifestado pelo litigante, razão pela qual, após o aprofundamento da cognição, não há qualquer impedimento para que o juiz reconheça a inexistência do referido direito.

Dessa forma, a concessão da tutela sumária satisfativa tem por objetivo realizar o direito material afirmado pelo demandante, o que, a princípio, só poderia ser alcançado ao final do processo, com a emissão do provimento jurisdicional de cognição exauriente. Por isso, tal tutela preventiva

exige o prosseguimento do contraditório, não só porque não pode haver coisa julgada material sem cognição exauriente (carga declaratória suficiente) como, também, porque o réu somente pode sofrer um prejuízo definitivo (que não mais pode ser questionado) em razão de uma sentença fundada em coisa julgada material (MARINONI, 2011, p. 103).

Logo, verifica-se que a tutela sumária satisfativa não se confunde com a tutela cautelar, na medida em que, enquanto esta representa meio para assegurar a atuação do direito ou mesmo o resultado útil do processo, aquela concede à pessoa que afirma ter um direito o próprio direito, ou mesmo permite o desencadeamento das atividades tendentes à sua realização. Assim, a tutela cautelar visa apenas “assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’” (MARINONI, 2011, p. 106). Desse modo, a prestação jurisdicional satisfativa sumária diferencia-se da tutela cautelar, na medida em que a

tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado (MARINONI, 2011, p. 106).

Diante de tais considerações, da análise do Código de Processo Civil ora revogado (Lei nº 5.869/1973), verifica-se que a tutela sumária satisfativa encontrava previsão expressa em seu art. 273, o qual disciplinava a denominada tutela antecipada. Por sua vez, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)³ consagra a tutela preventiva em seus arts. 294 e seguintes, os quais disciplinam as denominadas tutelas provisórias, que se subdividem em tutelas de urgência — de natureza antecipada ou cautelar, sendo a primeira a tutela com caráter satisfativo — e de evidência — que, em regra, também possui caráter satisfativo.

Nesse contexto, passa-se à análise, separadamente, dos requisitos legais de mencionados institutos processuais para, em seguida, ser possível identificar os avanços e retrocessos de referida legislação, quanto à disciplina da tutela sumária satisfativa pautada na urgência, posicionando-se, inclusive, sobre a correção ou não dos entendimentos já firmados pelos Tribunais pátrios sobre referido instituto após a entrada em vigor do atual diploma processual civil, tendo em vista, notadamente, a necessidade de se assegurar às pessoas a obtenção de prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva.

³ A Lei nº 13.105 — novo Código de Processo Civil — foi publicada no dia 16 de março de 2015, com previsão de entrada em vigor após o prazo de um ano da data de sua publicação oficial (art. 1.045). E, de acordo com o Enunciado administrativo nº 1 do STJ: “O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016”.

2 Da tutela antecipada no Código de Processo Civil revogado (Lei nº 5.869/1973)

Apesar da entrada em vigor do CPC/2015, tem-se por relevante o estudo do tratamento da tutela sumária satisfativa pela legislação processual civil recentemente revogada (CPC/1973), que disciplinava tal possibilidade por meio da previsão do instituto denominado “tutela antecipada”, notadamente pela importância de toda a construção doutrinária e jurisprudencial firmada ao longo de sua vigência, bem como pela manutenção, sob nova roupagem, dos requisitos para a sua concessão.

Diante disso, entendia-se por tutela antecipada a “forma de tutela sumária, em que o juiz presta uma tutela jurisdicional satisfativa, no bojo do processo de conhecimento, com base em juízo de probabilidade” (CÂMARA, 2008, p. 84-85). Consistia, pois, em instituto processual que permitia a antecipação total ou parcial do direito material alegado pela parte, do que se extraía sua natureza sumária — concedida com base em juízo de probabilidade, o que a tornava provisória, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo — e satisfativa — concedia, antecipadamente, o próprio provimento jurisdicional pleiteado na demanda ou apenas seus efeitos.

O CPC/1973 disciplinava o instituto da tutela antecipada em seu art. 273, o qual trazia os requisitos para a sua concessão no *caput* e incisos, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Pelo texto legal, verifica-se que a concessão da tutela antecipada só era possível quando presente pedido expresso do litigante nesse sentido, sendo vedado ao juiz concedê-la de ofício (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 454).⁴ Era legitimado para requerer a antecipação de tutela o autor da demanda — bem como seu assistente simples ou litisconsorcial — por ser quem deduz pretensão em juízo. Por esse motivo, ao réu era possível formular pedido em sede de tutela antecipada somente quando assumia o papel de demandante, o que ocorria na reconvenção, na ação declaratória incidental ou na contestação de ação dúplice.

Ademais, tem-se que a concessão ou não da tutela antecipada não constituía mero exercício do poder discricionário do magistrado, mas sim direito subjetivo processual da parte, pois lhe cabia exigir do Judiciário a sua concessão, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou, desde que observados os requisitos traçados pela lei.

⁴ Sob a anterior sistemática processual civil, o Superior Tribunal de Justiça traçava distinção entre a natureza das tutelas de urgência, não admitindo a concessão *ex officio* daquelas de natureza antecipatória, conforme se verifica no seguinte julgado, *in verbis*: “Processo civil. Recurso especial. Ação civil pública. Tutela antecipada. Necessidade de requerimento. Dissídio jurisprudencial. Ausente. - Ambas as espécies de tutela, cautelar e antecipada, estão inseridas no gênero das tutelas de urgência, ou seja, no gênero dos provimentos destinados a tutelar situações em que há risco de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional a ser outorgada ao final do processo. - Dentre os requisitos exigidos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC, está o requerimento da parte, enquanto que, relativamente às medidas essencialmente cautelares, o juiz está autorizado a agir independentemente do pedido da parte, em situações excepcionais, exercendo o seu poder geral de cautela (arts. 797 e 798 do CPC). - Embora os arts. 84 do CDC e 12 da Lei 7.347/85 não façam expressa referência ao requerimento da parte para a concessão da medida de urgência, isso não significa que, quando ela tenha caráter antecipatório, não devam ser observados os requisitos genéricos exigidos pelo Código de Processo Civil, no seu art. 273. Seja por força do art. 19 da Lei da Ação Civil Pública, seja por força do art. 90 do CDC, naquilo que não contrarie as disposições específicas, o CPC tem aplicação. - A possibilidade de o juiz poder determinar, de ofício, medidas que assegurem o resultado prático da tutela, dentre elas a fixação de *astreintes* (art. 84, § 4º, do CDC), não se confunde com a concessão da própria tutela, que depende de pedido da parte, como qualquer outra tutela, de acordo com o princípio da demanda, previsto nos arts. 2º, 128 e 262 do CPC. - Além de não ter requerido a concessão de liminar, o MP ainda deixou expressamente consignado a sua pretensão no sentido de que a obrigação de fazer somente fosse efetivada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. - Impossibilidade de concessão de ofício da antecipação de tutela. - Recebimento da apelação no efeito suspensivo também em relação à condenação à obrigação de fazer. - Recurso especial parcialmente provido” (STJ. REsp 1.178.500/SP, Rel.ª Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, j. em 4/12/2012, DJe de 18/12/2012).

Isso posto, cabe proceder à análise dos requisitos que eram necessários para a concessão da tutela antecipada.

Primeiramente, dois requisitos eram de observância obrigatória e cumulativa: prova inequívoca e verossimilhança da alegação. Por prova inequívoca entendia-se a prova pré-constituída pelo demandante que levava o magistrado a se convencer da plausibilidade dos argumentos por ele deduzidos. Já por verossimilhança da alegação entendia-se a aparência de verdade da alegação formulada pelo litigante, ou seja, o convencimento de que era provável aquilo afirmado na demanda pelo autor. Logo, unindo-se esses dois requisitos obrigatórios, obtinha-se um único requisito, exteriorizado pela noção de “probabilidade de existência do direito afirmado pelo demandante” (CÂMARA, 2008, p. 441).⁵

Aos dois requisitos de observância obrigatória, o Código de Processo Civil acrescentava outros dois, os quais eram alternativos, ou seja, bastava a presença de um deles para que se tornasse cabível a concessão da tutela antecipada. São eles: fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; e abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Quanto ao primeiro requisito alternativo — fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação —, consistia no *periculum in mora*, ou seja, no risco de perecimento do direito substancial pleiteado pelo autor na demanda. Tal urgência não fazia com que a tutela antecipada perdesse sua natureza satisfativa, tornando-se medida cautelar, na medida em que, nesta, o que corre risco de dano é a efetividade do provimento jurisdicional, enquanto que, naquela, o alvo de proteção é o direito material do qual o requerente se julga titular.

⁵ Câmara (2008, p. 441) ainda completa tal afirmação, ao definir o termo probabilidade, nos seguintes termos, *in verbis*: “Esta probabilidade de existência nada mais é, registre-se, do que o *fumus boni iuris*, o qual se afigura como requisito de todas as modalidades de tutela sumária, e não apenas da tutela cautelar. Assim sendo, deve verificar o julgador se é provável a existência do direito afirmado pelo autor, para que se torne possível a antecipação da tutela jurisdicional”.

Já quanto ao segundo requisito alternativo — abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu — verifica-se que correspondia a uma sanção em face da atuação defensiva meramente protelatória do litigante demandado, o qual, assim, visava apenas retardar o trâmite processual que podia vir, ao seu final, reconhecer o direito pretendido pelo autor da demanda. Logo, em última análise, ao inibir condutas processuais protelatórias, a concessão da tutela antecipada tornava efetiva a garantia constitucional de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Ao lado dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada, o CPC/1973 preceituava que deve o juiz, na decisão que antecipar a tutela, indicar, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento (art. 273, § 1º), o que nada mais é do que decorrência obrigatória do princípio da motivação das decisões judiciais, que possui assento no texto constitucional em seu art. 93, inciso IX.

Ademais, tinha-se por impossibilitada a concessão da tutela antecipada nos casos em que houvesse perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (art. 273, § 2º). De fato, o instituto da antecipação de tutela consistia em adiantamento parcial ou total do direito material pleiteado na demanda judicial, motivo pelo qual se tinha a necessidade de não poder ser concedido, se não for possível a sua reversão no caso de improcedência do pedido.

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de revogação ou modificação da tutela antecipada concedida, a qualquer tempo, em decisão fundamentada (art. 273, § 4º). Tal possibilidade decorria da natureza sumária da cognição exercida pelo magistrado, o qual poderia ter sua convicção alterada em face de novas circunstâncias de fato e/ou de direito suscitadas ao longo do trâmite processual.

Por fim, cabe ser destacado que, independentemente do deferimento ou não do pedido de tutela antecipada, o processo prosseguia até final julgamento (art. 273, § 5º). Por consequência, pode-se afirmar

que a sua concessão poderia ocorrer tanto *in limine litis* quanto no curso do processo, ou seja, em qualquer tempo em que ainda não se poderia executar, definitivamente, o provimento jurisdicional de mérito.

3 Das tutelas provisórias no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015 – CPC/2015) promove a uniformização do tratamento das tutelas cautelar e satisfativa, ao prever, em substituição à tutela antecipada e às medidas cautelares típicas e atípicas, as denominadas tutelas provisórias,⁶ que se subdividem em tutelas de urgência e de evidência, em seus arts. 294 a 311. Busca-se, com tal alteração legislativa, assegurar às pessoas a obtenção de prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva, conforme consignado na exposição de motivos do seu anteprojeto, *in verbis*:

Extinguiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida. Disciplina-se também a tutela sumária que visa a proteger o direito evidente, independentemente de *periculum in mora*.

O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida,

⁶ Segundo Alvim, Granado e Ferreira, *in verbis*: “qualquer espécie de medida que objetive resguardar a efetividade do processo, seja no futuro, seja trazendo para o momento presente algum dos efeitos práticos da decisão de mérito, constitui ‘tutela provisória’. Ambas têm, pois, a mesma natureza jurídica” (ALVIM; GRANADO; FERREIRA, 2019, p. 613).

independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano (BRASIL, 2010, p. 25).

Passando à análise do texto legal, destaca-se, primeiramente, o contido nos arts. 294 a 299, que trazem disposições comuns às tutelas de urgência e de evidência, as quais se fundem na denominação “tutela provisória”, *in verbis*:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

Pelo texto legal, verifica-se que, ao contrário do que foi dito acerca da tutela antecipada do CPC/1973, o magistrado está autorizado, nos termos do art. 297, a conceder as medidas para a efetivação da tutela provisória independentemente do pedido da parte, em situações excepcionais, exercendo o seu poder geral de cautela, desde que, é claro, a medida não seja preparatória, sob pena de violação ao princípio da demanda (art. 2º do CPC/2015). Digno de nota ressaltar que a possibilidade de o juiz poder determinar, de ofício, medidas que assegurem o resultado prático e útil da tutela, não se confunde com a concessão da própria tutela, que depende de pedido da parte, como qualquer outra tutela jurisdicional, a qual, aliás, é vinculada aos limites dos pedidos formulados pelos litigantes.⁷

Por sua vez, como não poderia deixar de ser, há o dever, imposto ao magistrado, de expor, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento para conceder, negar, modificar ou revogar a tutela pro-

⁷ Nesse sentido, decidiu recentemente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Agravo de instrumento. Ação de procedimento comum. Restituição de valores. Indenização por dano moral. Tutela provisória de urgência. Natureza antecipatória. Concessão *ex officio*. Não cabimento. Ausência de probabilidade do direito. - A tutela provisória de urgência, seja de natureza cautelar ou antecipada, será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (CPC, arts. 294 e 300). - ‘A possibilidade de o juiz poder determinar, de ofício, medidas que assegurem o resultado prático da tutela, dentre elas a fixação de *astreintes* (art. 84, § 4º, do CDC), não se confunde com a concessão da própria tutela, que depende de pedido da parte, como qualquer outra tutela, de acordo com o princípio da demanda, previsto nos arts. 2º e 128 e 262 do CPC. [...] Impossibilidade de concessão de ofício da antecipação de tutela’ (STJ, REsp 1.178.500/SP). - Descabe a concessão de tutela provisória de urgência, de natureza antecipatória, notadamente *ex officio* pelo juiz, sendo duvidosa a probabilidade do direito alegado pelo requerente” (TJMG, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0000.19.006011-1/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, j. em 31/7/2019, p. em 6/8/2019). Da mesma forma, já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *in verbis*: “Agravo de instrumento. Tutela provisória de urgência. Concessão de ofício. Impossibilidade. Necessidade de prévio requerimento. Preliminar de nulidade acolhida. - Descabida a concessão, de ofício, de tutela provisória de urgência por encontrar-se tal medida condicionada à existência de prévio requerimento pela parte, com previsão, inclusive, de responsabilidade pelos eventuais prejuízos que a efetivação da tutela acarretar à parte contrária, nos termos dos arts. 299 e 302 do CPC/2015. - Não há que se falar em concessão baseada no poder geral de cautela, quando expressamente constante da parte dispositiva do *decisum* o deferimento em parte da tutela de urgência pleiteada pela parte, em que pese inexistir referido pedido. - Recurso conhecido e provido. Preliminar de nulidade acolhida” (TJDF, Acórdão nº 1038230, 07070030320178070000, Rel.ª Des.ª Ana Cantarino, 8ª Turma Cível, j. em 10/8/2017, *DJe* de 18/8/2017).

visória (art. 298) — princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal). E, uma vez concedida a tutela provisória, a sua efetivação observará, no que couber, as normas relativas ao cumprimento provisório de sentença (art. 297, parágrafo único), com a conservação de sua eficácia na pendência do processo, inclusive durante eventual período de suspensão processual, podendo, contudo, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada (art. 296), notadamente em razão do aprofundamento da cognição durante o trâmite processual, responsável por fornecer ao magistrado novos elementos aptos a formar o seu convencimento sobre o litígio levado à sua apreciação.

Quanto ao recurso cabível nas hipóteses de concessão, negativa, modificação ou revogação das tutelas provisórias, verifica-se a expressa previsão legal no sentido de ser o agravo de instrumento, conforme disposto no art. 1.015, inciso I, do CPC/2015, *in verbis*: “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; [...]”.

Ademais, de acordo com o parágrafo único do art. 294, acima transcrito, a tutela de urgência — subespécie da tutela provisória — se subdivide em tutela antecipada e tutela cautelar — o que remete, imediatamente, à dicotomia prevista na legislação anterior. Vale dizer, a nova legislação processual civil promove a unificação do regime das tutelas sumárias, deixando em segundo plano a diferenciação entre o provimento de caráter satisfativo e o de caráter cautelar.

Aliás, referida unificação também está presente na delimitação dos requisitos para a concessão da tutela de urgência. Com efeito, o art. 300, *caput*, prevê que a tutela de urgência, independentemente de sua natureza, será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Assim, tem-se que, tanto para a tutela de natureza anteci-

pada quanto para a de natureza cautelar, a decisão judicial fundar-se-á em cognição sumária, ou seja, em juízo de probabilidade, sendo que o que

distingue os casos de cabimento da tutela de urgência cautelar daqueles em que cabível a tutela de urgência satisfativa é o tipo de situação de perigo existente: havendo risco de que a demora do processo produza dano ao direito material, será cabível a tutela de urgência satisfativa; existindo risco de que da demora do processo resulte dano para sua efetividade, caberá tutela de urgência cautelar (CÂMARA, 2019, p. 227).

Primeiramente, como requisito exigido para o deferimento do pedido de tutela de urgência, tem-se o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Tal requisito também compõe uma das hipóteses que autorizava a concessão da tutela antecipada na vigência do CPC/1973, sendo, conforme já exposto no item anterior, o *periculum in mora*, vale dizer, o risco de perecimento do direito substancial objeto da lide.

Ao lado da previsão do *periculum in mora*, soma-se o requisito da probabilidade do direito. Na escala de intensidade da convicção do juiz, a probabilidade encontra-se em um grau mais forte que a simples verossimilhança, por ser equivalente ao provável. De fato, Watanabe, valendo-se das lições de Calamandrei, afirma que “possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro” (WATANABE, 2012, p. 96). Contudo, independentemente das diferenças quantitativas e qualitativas de graus de convicção — as quais, destaca-se, são de difícil precisão —, deve restar indene de dúvida que a concessão da tutela de urgência somente será cabível se o magistrado entender suficientemente demonstrado que a parte requerente da tutela jurisdicional possui, a princípio, mais razão que a parte *ex adversa* e que há, de fato, o risco de ofensa ou perda do direito substancial pretendido.

Ressalte-se que, presentes os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano, inexistente discricionariedade do juiz quanto à concessão ou não da tutela, sendo, pois, obrigatória a sua concessão, que poderá se dar liminarmente ou após justificação prévia (art. 300, § 2º). Com efeito,

é certo que existe certa dose de *subjetividade* na aferição da existência dos requisitos *objetivos* para a concessão. Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos, pois não lhe é dado pela lei mais de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um (NERY JÚNIOR; NERY, 2018, p. 817).

Todavia, havendo risco de dano à parte *ex adversa*, pode ser exigida a prestação de caução real ou fidejussória pelo requerente da tutela, a fim de resguardar eventual direito à indenização,⁸ podendo referida caução ser dispensada se a parte, por ser economicamente hipossuficiente, não puder oferecê-la (art. 300, § 1º).

A tutela de urgência, de natureza antecipada, mesmo que presentes os seus requisitos legais, poderá não ser concedida caso exista

⁸ A título exemplificativo, destacam-se os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca da necessidade de prestação de caução, *in verbis*: “Agravo de instrumento. Ação declaratória de nulidade. Tutela de urgência condicionada à prestação de caução. Necessidade da garantia verificada. - À luz do disposto no § 1º do art. 300 do CPC, o juiz pode, ao conceder a tutela de urgência, exigir caução real ou fidejussória, que, entretanto, poderá ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. - A ausência de prova robusta a respeito da compra do imóvel, pelos agravantes, que teria sido objeto, posteriormente, de contrato de dação em pagamento de nota promissória celebrado entre os agravados, conduz à necessidade de prestação de caução para a concessão da tutela de urgência consubstanciada na inserção, na matrícula do referido bem, de cláusula de indisponibilidade” (TJMG, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0713.17.004374-7/001, Rel.ª Des.ª Aparecida Grossi, 17ª Câmara Cível, j. em 24/1/2019, p. em 5/2/2019); e “Agravo de instrumento. Tutela provisória de urgência. Sustação de protesto. Probabilidade do direito e perigo da demora. Presença. Oferecimento de caução pelo autor. Imprescindibilidade. Entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo. - Para a concessão da tutela provisória de sustação de protesto de título hábil à execução, não basta a conjugação da probabilidade do direito com o perigo da demora, exigindo-se também o oferecimento de contracautela idônea, para o resguardo dos interesses do suposto credor” (TJMG, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0720.17.001987-4/001, Rel. Des. Vasconcelos Lins, 18ª Câmara Cível, j. em 26/3/2019, p. em 29/3/2019).

perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º). Referida hipótese diz respeito, em regra, à irreversibilidade de fato — por exemplo, demolição de um prédio —, pois a irreversibilidade de direito pode converter-se em perdas e danos, sendo possível, assim, a concessão da tutela. Ademais, cumpre consignar que tal regra não é absoluta, na medida em que, em determinadas situações, mesmo que a tutela sumária satisfativa produza efeitos irreversíveis, será impositiva a sua concessão, o que se dá nos casos de irreversibilidade recíproca, a qual consiste “na hipótese em que o juiz verifica que a concessão da medida produziria efeitos irreversíveis, mas sua denegação também teria efeitos irreversíveis” (CÂMARA, 2019, p. 228). Por exemplo, tem-se a concessão de tutela de urgência para compelir a operadora de plano de saúde a cobrir procedimento cirúrgico de emergência e/ou urgência, em que exista sério risco de morte.⁹ Caso, ao final, o pedido inicial seja julgado improcedente, a intervenção cirúrgica já terá sido realizada, não tendo a operadora certeza quanto ao ressarcimento dos valores despendidos; lado outro, a denegação da tutela pode, até, ocasionar a morte do paciente.

Ressalte-se, ainda, que, de acordo com o art. 294, parágrafo único, a tutela de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Tal diferenciação diz res-

⁹ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Agravo de instrumento. Plano de saúde. Tutela provisória de urgência. Cobertura de cirurgia. Prazo de carência. Urgência. Prazo de vinte e quatro horas. Probabilidade do direito e perigo da demora constatados. Irreversibilidade de mão dupla. Provimento antecipatório que impõe à operadora a cobertura dos serviços reclamados. - Se o paciente é acometido de quadro de saúde carecedor de pronta intervenção, sob pena de acometimento de lesões irreparáveis, o prazo máximo de carência aplicável relativamente a contrato de plano de saúde é o de 24 (vinte e quatro) horas previsto na alínea c do art. 12, V, da Lei nº 9.656/1998. - Constatada a probabilidade do direito e o perigo da demora, deve ser concedida a tutela provisória buscada, mesmo que haja risco de irreversibilidade de seus efeitos, quando constatada a chamada irreversibilidade de ‘mão dupla’, vale dizer, se o indeferimento da medida também pode acarretar danos irreversíveis ao consumidor, como comumente se observa em casos que envolvem a efetivação do direito fundamental à saúde” (TJMG, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0701.17.022491-2/001, Rel. Des. Vasconcelos Lins, 18ª Câmara Cível, j. em 23/4/2019, p. em 25/4/2019).

peito ao momento da apresentação do pedido de tutela provisória em juízo: antes da propositura do pedido principal ou incidentalmente a referido pedido, sendo que, neste último, pode ser deduzido tanto no bojo da peça de ingresso quanto em manifestação posterior nos autos. Cumpre ressaltar que, com relação “à tutela cautelar, a sua forma antecedente substituiu a chamada ‘ação cautelar preparatória’, distanciando-se apenas em virtude de não mais se formar outra relação jurídica processual” (ALVIM; GRANADO; FERREIRA, 2019, p. 614). Com efeito, formulado o pedido de tutela cautelar antecedente, caso haja a sua efetivação, “o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais” (art. 308, *caput*). Já se houver o seu indeferimento, a parte autora também poderá formular o pedido principal nos mesmos autos do pleito antecedente, na forma do art. 310. Ressalte-se, ainda, que a tutela antecipada antecedente traz previsão semelhante, com a apresentação do pedido principal nos mesmos autos — aditamento da petição inicial (art. 303, § 1º, I, e § 6º) —, havendo, contudo, a possibilidade de estabilização da tutela concedida, conforme será analisado no próximo item deste estudo.

Por fim, como segunda espécie de tutela provisória prevista no CPC/2015, tem-se a tutela de evidência — a qual, aliás, também constitui hipótese de tutela sumária satisfativa, não exigindo, contudo, o requisito da urgência para a sua concessão. Vale dizer, “trata-se, então, de uma *tutela antecipada não urgente*, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do demandante, independentemente da presença de *periculum in mora*” (CÂMARA, 2019, p. 241-242). Quanto aos seus requisitos específicos, que não são cumulativos, deve ser observado o disposto no art. 311 do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Da análise do texto legal, constata-se que, para o seu deferimento, é dispensada a comprovação do *periculum in mora*, na medida em que, conforme a sua própria denominação indica, a tutela jurisdicional se funda na evidência do direito substancial pleiteado pelo demandante. Vale dizer, para a sua concessão, não se requer o fundado receio de dano, mas, apenas, a demonstração do direito afirmado pela parte requerente — pedido incontroverso¹⁰ ou prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor sem oposição do réu (incisos II e III) —, ou o preenchimento de requisitos impostos pelo legislador como necessários para a configuração da evidência do direito — abuso de direito de defesa ou a matéria ser apenas de direito e houver jurisprudência firmada em sede de demandas repetitivas ou súmula vinculante (incisos I e IV).

¹⁰ Afirma Marinoni sobre o pedido incontroverso, *in verbis*: “Uma vez incontroverso o fato constitutivo, não há motivo para o autor ser obrigado a sofrer com o tempo necessário para o réu provar o que alega, especialmente porque esse pode pretender utilizar a prova apenas para protelar a realização do direito” (MARINONI, 2011, p. 277).

Dessa forma, tem-se por incontestável que a tutela de evidência não é fundada em convicção de verossimilhança, mas sim em convicção de verdade, até porque, se é possível a realização antecipada de um direito com base em convicção de plausibilidade, é contraditório não admitir a antecipação, quando a convicção acerca de um pedido se apresenta como verdadeira. Portanto, a sua concessão representa, na verdade, o julgamento antecipado parcial da lide (MARINONI, 2011, p. 288-289).

Por fim, cumpre consignar que o art. 311 do CPC/2015 traz as hipóteses genéricas de tutela de evidência, existindo, tanto no próprio diploma processual civil quanto na legislação extravagante, outras situações em que é cabível a concessão de tutela provisória baseada na evidência do direito, independentemente da presença do risco de dano.¹¹ Por exemplo, tem-se a produção antecipada de prova a fim de viabilizar a resolução consensual do conflito ou com o intuito de evitar o ajuizamento de ação (art. 381, II e III, do CPC/2015); a concessão de liminar possessória, quando se tratar de ação de força nova (art. 562 do CPC/2015); a atribuição de efeito suspensivo a recurso (art. 1.012, § 4º, primeira parte; art. 1.026, § 1º, primeira parte; ambos do CPC/2015); dentre outras situações.

4 Tutela sumária satisfativa: requisitos, procedimentos e limites da tutela de urgência de natureza antecipada no CPC/2015

Fixados os pontos principais acerca das tutelas provisórias, torna-se possível passar à análise específica sobre a tutela sumária satisfativa — tutela de urgência de natureza antecipada —, visando deli-

¹¹ Nesse sentido, lecionam: Bueno (2019) e Alvim, Granado e Ferreira (2019).

mitar os seus requisitos, bem como compreender as formas procedimentais previstas na atual legislação processual civil.

Conforme visto, a tutela de urgência de natureza antecipada constitui espécie de tutela provisória orientada a tutelar o próprio direito material e, assim, será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano (*periculum in mora*), vale dizer, quando restar demonstrado, em sede de cognição sumária, que o direito suscitado pelo requerente da tutela liminar provavelmente existe e que corre sério risco de danos, caso se tenha que aguardar o provimento jurisdicional final. Assim, nota-se que, nos casos de concessão da tutela antecipada, necessita-se da tempestividade da tutela jurisdicional em consonância com o direito suscitado pela parte, ou seja, o pedido de tutela de urgência exige resposta imediata por parte do órgão judicial, visando impedir a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, que, no caso, se mostre iminente.

É importante destacar que a análise do pedido de tutela de urgência limita-se ao atendimento dos requisitos exigidos pela lei para a sua concessão, uma vez que o momento processual não admite conclusões acerca do accertamento definitivo do direito sobre o qual as partes litigam. E, ainda, que, mesmo que presentes o perigo da demora e a probabilidade do direito, tem-se que não será possível antecipar a tutela do direito material se seus efeitos práticos não puderem ser revertidos ao final (art. 300, § 3º, do CPC/2015), salvo nos casos de irreversibilidade recíproca.

Nesse contexto, o novo diploma processual civil inova, em relação ao anterior sistema, ao prever a possibilidade de requerimento antecedente da tutela de urgência, seja de natureza cautelar (arts. 305 a 310) ou antecipada (arts. 303 e 304), o qual poderá ser, posteriormente, complementado no bojo do mesmo processo, transformando-se, pois, no pedido principal. Permanece, contudo, a possibilidade de formu-

lação do pedido de tutela de urgência incidentalmente, seja no corpo da petição inicial — conjuntamente ao pedido principal —, seja durante o trâmite processual, por simples petição.

Desse modo, tratando-se de tutela de urgência de natureza antecipada, tem o autor a possibilidade de se limitar a apresentar o requerimento da tutela sumária satisfativa, sem a formulação específica do pedido principal, na hipótese em que a urgência for contemporânea à propositura da ação. Com efeito, assim dispõe o art. 303, *in verbis*:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o *caput* deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o *caput* deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da

petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Cumprе consignar que o procedimento antecedente da tutela antecipada não é obrigatório, podendo o requerente deduzir o pleito de tutela de urgência no bojo da petição inicial com o pedido principal. Todavia, caso faça a opção pelo procedimento antecedente, deverá indicar qual será o seu pedido de tutela final e, após a concessão ou não da tutela antecipada, deverá promover o aditamento da inicial, nos mesmos autos, complementando a sua argumentação, inclusive com a juntada de novos documentos, se existentes, confirmando a sua pretensão final inicialmente indicada.

Em referida hipótese de pedido antecedente da tutela de urgência de natureza antecipada, o Código prevê a possibilidade de estabilização da tutela em seu art. 304, *in verbis*:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão

que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Diante do texto legal, observa-se que, presentes os requisitos legais, o magistrado pode conceder, *inaudita altera parte*, a tutela de urgência antecipada antecedente, sendo que, caso o réu não recorra da decisão concessiva, a tutela antecipada tornar-se-á estável e o processo será extinto. Cumpre consignar que, desde o período de vacância do atual Código de Processo Civil, muito se discutiu sobre a interpretação da expressão “recurso” constante do *caput* do art. 304 — se diria respeito apenas ao agravo de instrumento ou se englobaria qualquer meio de impugnação, recursal ou não —, sendo que o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma, no julgamento do REsp nº 1.760.966/SP em 4/12/2018, firmou o entendimento no sentido de que a leitura que deve ser feita do art. 304, *caput*, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é a de que a estabilização da tutela somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária — e não apenas recurso (agravo de instrumento) propriamente dito.¹²

¹² A ementa de referido julgado restou assim redigida, *in verbis*: “Recurso especial. Pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Arts. 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015. Juízo de primeiro grau que revogou a decisão concessiva da tutela, após a apresentação da contestação pelo réu, a despeito da ausência de interposição de agravo de instrumento. Pretendida estabilização da tutela antecipada. Impossibilidade. Efetiva impugnação do réu. Necessidade de prosseguimento do feito. Recurso especial desprovido. - A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno. - O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. - Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito. Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar

Com efeito, o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça está de acordo com os princípios processuais constitucionais, notadamente os princípios do contraditório, da ampla defesa, da segurança jurídica e da celeridade processual, na medida em que assegura à parte ré a possibilidade de impugnar a tutela antecipada concedida em seu desfavor sem que tenha que provocar a atuação da Superior Instância – mediante a interposição do agravo de instrumento –, promovendo, inclusive, o exaurimento do debate sobre a controvérsia posta nos autos, direcionado à obtenção da prestação jurisdicional de mérito definitiva, que será protegida pelo manto da coisa julgada material. Possibilita, ainda, que a parte ré manifeste a sua intenção de resolver, consensualmente, o litígio, na medida em que, de acordo com o art. 303, § 1º, incisos I e II, do CPC/2015, concedida a tutela antecipada

o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual. - Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015. - Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim. - É de se observar, porém, que, embora o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que ‘a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso’, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. - Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença. - Recurso especial desprovido” (STJ, REsp 1.760.966/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 4/12/2018, *DJe* de 7/12/2018).

antecedente e apresentado o aditamento à petição inicial pela parte autora, “o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334”.

Após a estabilização da tutela antecipada, tem-se que, dentro do prazo de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, podem autor ou réu discutir a decisão, buscando rever, reformar ou invalidar a tutela, em nova ação a ser por qualquer deles ajuizada, a qual será distribuída perante o juízo em que a tutela sumária satisfativa tenha sido concedida. Por consequência, impõe-se reconhecer ser manifestamente inadmissível a interposição de recurso de apelação para obter a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, pois, reitera-se, tal pretensão deve ser deduzida pela via processual própria (ação revisional, de revisão ou revocatória).¹³

Já quanto à natureza da decisão que extingue o processo, estabilizando a tutela, observa-se que o § 6º do art. 304 dispõe que a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, sendo, assim, meramente terminativa. Com efeito, o fato de o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada resolver-se após dois anos da ciência da extinção do processo — sendo referido prazo, portanto, de natureza deca-

¹³ Nesse sentido tem decidido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*: “Apelação cível. Pedido de tutela antecipada satisfativa em caráter antecedente. Decisão concessiva da tutela. Estabilização da decisão. Descabimento do recurso. Necessidade de ação própria. - A revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada deve ser feita por ação própria, consoante art. 304, § 2º, do CPC/2015, sendo manifestamente inadmissível a interposição de apelação” (TJMG, Apelação Cível nº 1.0372.17.002216-7/001, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, j. em 29/1/2019, p. em 6/2/2019); e “Apelação cível. Pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Falta de interesse recursal. Previsão de ação própria para modificar a tutela antecipada estabilizada. Art. 304, § 2º, CPC/2015. Inadequação da via eleita. Recurso não conhecido. - Não se conhece do recurso quando a parte deixar de interpor a ação própria prevista em lei para combater a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, por faltar-lhe interesse recursal, diante da inadequação da via eleita” (TJMG, Apelação Cível nº 1.0372.17.002317-3/001, Rel. Des. Lailson Braga Baeta Neves, 2ª Câmara Cível, j. em 18/9/2018, p. em 26/9/2018). Do mesmo modo, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “Apelação. Ausência de impugnação específica aos fundamentos da sentença. Tutela antecipada de caráter antecedente. Estabilização da tutela antecipada concedida. Revisão, invalidação ou reforma da decisão estabilizada que depende de ação autônoma. Recurso não conhecido” (TJSP, Apelação Cível nº 1002345-25.2017.8.26.0066; Rel. Fernão Borba Franco. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público, j. em 11/3/2019).

dencial — não significa que, decorrido o referido prazo, a decisão assume natureza definitiva — inclusive com a formação da coisa julgada —, na medida em que, com a estabilização, o que se torna estável são os efeitos da tutela antecipada concedida, e não a decisão propriamente dita.

Dessa forma, após o prazo decadencial de dois anos, não podem as partes buscar a alteração dos efeitos produzidos pela tutela antecipada — vale dizer, há a decadência do direito de rever os efeitos da decisão concessiva da tutela sumária satisfativa —, contudo, observado o prazo prescricional, é possível que as partes venham a deduzir pretensão voltada à discussão das razões que fundamentaram a concessão da tutela antecipada, abordando, portanto, o próprio direito material objeto do litígio existente entre as partes.¹⁴

Ainda quanto à estabilização da tutela antecipada antecedente, cumpre consignar ser ela uma sanção em face da inércia do réu, o qual, ciente da concessão da tutela sumária satisfativa, não apresenta qualquer tipo de impugnação. Entrementes, deve ser ressaltado que a estabilização da tutela não constitui efeito obrigatório e automático da ausência de impugnação por parte do réu, na medida em que pode o autor manifestar seu intento de prosseguir com o processo, a fim de

¹⁴ Nesse sentido, inclusive, são os dizeres de Bueno (2019, p. 443), *in verbis*: “Assim, o prazo de dois anos referido no § 5º do art. 304 extingue o direito de os interessados voltarem-se aos *efeitos* da tutela antecipada antecedente, revendo-os, reformando-os ou invalidando-os. Por isso, trata-se de prazo *decadencial*, a fulminar *aquele* (e só aquele) direito. O regime jurídico daquela demanda observará sua especificidade (procedimentos especiais) ou a falta dela (procedimento comum), considerando que não há nenhuma regra específica a seu respeito no art. 304. O biênio do § 5º do art. 304, contudo, não afeta o direito de os interessados questionarem em juízo as *razões* pelas quais foi concedida a tutela antecipada e/ou consequências derivadas de sua concessão, isto é, o *direito* sobre o qual versou a tutela antecipada estabilizada. É o que se dará, por exemplo, sempre que o autor dessa *nova* postulação (que terá sido réu no processo em que a tutela antecipada se estabilizou) pretender responsabilizar o beneficiário da tutela provisória antecipada antecedente (o autor da medida, no processo em que ela se estabilizou) pelos danos que tenha experimentado. Tais iniciativas ficam na dependência de serem exercidas em consonância com seus respectivos prazos *prescricionais* e variarão consoante a multiplicidade de direitos materiais de que os interessados se afirmem titulares. Também aqui a pretensão assumirá o procedimento comum ou será formulada de acordo com algum procedimento especial conforme as especificidades de direito material, considerando, uma vez mais, que o art. 304 nada diz de diverso a respeito do assunto”.

obter a tutela definitiva, com base em cognição exauriente.¹⁵ Aliás, o próprio art. 303, § 1º, inciso I, do CPC/2015, dispõe que, concedida a tutela antecipada antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, sendo que, de acordo com o § 2º desse mesmo dispositivo, caso não seja realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito. Assim, concedida a tutela antecipada antecedente, duas hipóteses podem surgir: a) o autor, mesmo manifestando o seu interesse na estabilização da tutela, apresenta a emenda à inicial, com o intuito de evitar a extinção do processo, pois, em regra, o prazo do aditamento se encerrará antes do prazo do réu para impugnação; ou b) o autor apresenta a

¹⁵ Referido entendimento vem encontrando assento jurisprudencial, conforme o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “Ação. Preceito cominatório com pedido de tutela antecipada para obtenção de transporte gratuito em linha interestadual. Extinção do processo com fulcro no art. 304, § 1º, do CPC, ante o cumprimento, sem resistência, da tutela. Inadmissibilidade de sua estabilização satisfativa, sem explicitação da vontade do requerente nesse sentido. Código de Processo Civil, art. 303, § 5º. Sentença anulada. Prosseguimento determinado. Apelação parcialmente provida para esse fim” (TJSP, Apelação Cível nº 1013907-66.2018.8.26.0625, Rel. Des. Matheus Fontes, Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado, j. em 28/5/2019). Da mesma forma, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in verbis*: “Apelação cível. Pedidos de tutela antecipada em caráter antecedente e de aditamento à inicial. Extinção do feito com estabilização da tutela antecedente já deferida. Inércia do réu quanto à interposição de recurso que, por si só, não legitima a extinção. Sentença prematura. Procedimento não observado. *Error in procedendo*. Anulação. Tutela antecipada de caráter antecedente. Demandante que postulou o aditamento à inicial, tendo o Juízo concedido o prazo na própria decisão que impôs o restabelecimento contínuo do fornecimento de energia em favor do condomínio ora apelante. Flagrante omissão na prestação jurisdicional, tendo em vista que não foi verificada sequer a tempestividade da emenda à inicial facultada pelo Juízo. Extinção prematura do feito, o que impõe a anulação do ato judicial ora questionado. Ausência de interposição de recurso contra a decisão concessiva de tutela que não confere a sumária estabilização do provimento jurisdicional. Concessão da tutela antecipada que impõe ao Magistrado a adoção de providências preliminares indispensáveis à estabilização. “Concedida a tutela provisória satisfativa (antecipada) nos termos em que requerida, o juiz deverá adotar duas outras providências (art. 303, §§ 1º, 2º e 3º do CPC)” (Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, v. 2). “Inicial que já apontava o aditamento da inicial, como determina a lei, tanto que a decisão que concedeu a tutela antecipada fixou o prazo para o cumprimento do art. 303, § 1º, I, do CPC/2015, que sequer foi observado. Sentença de extinção sem julgamento do mérito em dissonância com o procedimento. *Error in procedendo* caracterizado. Anulação. Provimento do recurso, na forma do art. 932, inciso V, do CPC/2015, para anular a sentença e determinar o regular prosseguimento do feito com a apreciação do pedido de emenda à inicial” (TJRJ, Apelação nº 0007791-22.2017.8.19.0001. Des. Lúcio Durante, 19ª Câmara Cível, j. em 7/5/2018).

emenda à inicial, manifestando, expressamente, o seu interesse quanto ao prosseguimento do feito, o que irá obstar a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Portanto, o estudo dos requisitos e formas procedimentais da tutela de urgência de natureza antecipada no Código de Processo Civil ora em vigor demonstra que, ao disciplinar a tutela sumária satisfativa, o legislador infraconstitucional buscou privilegiar o princípio da efetividade, pois, além de simplificar os requisitos para a concessão da tutela, possibilita a antecipação da entrega do bem jurídico pleiteado antes mesmo da apresentação do pedido final, o qual, inclusive, poderá nem sequer vir a ser julgado, desde que o interesse do demandante da tutela sumária seja satisfeito com a produção dos seus efeitos e o demandado não ofereça qualquer resistência à tutela concedida.

5 Considerações finais

Conforme visto ao longo deste estudo, a tutela sumária satisfativa constitui instrumento processual de suma importância para assegurar às pessoas a obtenção de prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva, haja vista que, mediante a sua concessão, supera-se o risco da ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação que se mostre iminente ao bem jurídico objeto da controvérsia judicial, promovendo-se, portanto, a tempestividade da tutela jurisdicional em consonância com o direito material suscitado pelo requerente da tutela preventiva. Por isso, o ordenamento processual civil pátrio disciplina, expressamente, a possibilidade de sua concessão, sendo que, no atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), a tutela sumária satisfativa fundada na urgência está prevista sob a roupagem da tutela de urgência de natureza antecipada.

Com efeito, no CPC/2015, as hipóteses de tutelas sumárias foram unificadas no instituto denominado de “tutela provisória”, o

qual se divide em tutela de urgência e tutela de evidência, sendo que a primeira ainda se subdivide em tutela antecipada e tutela cautelar. Apesar da subdivisão, as medidas antecipadas e cautelares, para serem concedidas, exigem a ocorrência cumulativa dos seguintes requisitos: existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Tal uniformidade de tratamento, a princípio, tem por objetivo superar a controvérsia que existia, na vigência do código anterior, quanto à identificação da natureza do pedido de tutela sumária deduzido em determinadas situações, o que, aliás, havia ocasionado, no ano de 2002, a inclusão do § 7º ao art. 273 do CPC/1973, prevendo a fungibilidade entre as tutelas antecipadas e cautelares. Entretanto, o CPC/2015 mantém a diferenciação entre as medidas antecipada e cautelar — notadamente pelo tratamento legal individualizado dado aos procedimentos de caráter antecedente —, vale dizer: enquanto a tutela cautelar representa meio para assegurar a atuação do direito ou mesmo o resultado útil do processo, a tutela antecipada concede à pessoa que afirma ter um direito o próprio direito, ou mesmo permite o desencadeamento das atividades tendentes à sua realização.

Nesse contexto, especificamente com relação à tutela de urgência de natureza antecipada, verificou-se que, ante o perigo de dano ao direito da parte, é possível que o seu requerimento seja apresentado de modo incidental — com o pedido principal (já na petição inicial) ou durante o curso do processo —, ou de maneira antecedente à pretensão principal. Aliás, o procedimento antecedente da tutela antecipada constitui inovação do CPC/2015, cabível quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, hipótese em que a petição inicial limitar-se-á ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, sendo que, caso a parte ré não apresente qualquer impugnação à decisão concessiva da tutela, bem como a parte autora não manifeste o seu expresso interesse no prosseguimento do feito

para a obtenção do provimento judicial exauriente, haverá a estabilização dos efeitos da tutela antecedente.

Portanto, a concessão da tutela sumária satisfativa, desde que presentes os requisitos legais da probabilidade do direito e do perigo de dano, permite superar os efeitos deletérios que a duração do processo de cognição plena e exauriente pode impor à efetiva realização do direito material, sendo, assim, verdadeiro instrumento para a concretização do acesso à Justiça, na medida em que antecipa a obtenção da tutela jurisdicional para o momento em que, de fato, é necessária a proteção do bem jurídico, promovendo, pois, a efetividade da jurisdição.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. (versão eletrônica).

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: set. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (versão eletrônica).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (livro eletrônico).

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

16. Interdição e curatela: o “diálogo das fontes” após o advento da Lei nº 13.146/2015

Lucimara Lopes Keuffer Mendonça

Assistente Social Judicial do TJMG.
Mestranda em Direito (UFOP/MG). Pesquisadora do *Ius Gentil Conimbrigae* (Centro de Direitos Humanos) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal (IGC-UC). Especialista em Atendimento Integral à Família (UVA-RJ). Especialista em Direito Processual (PUC-MG).

1 Introdução

O presente trabalho busca evidenciar a antinomia de normas estabelecida entre institutos jurídicos condizentes com os direitos das pessoas com deficiência. Vislumbra-se analisar as modificações empreendidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD - Lei nº 13.146/2015), na compreensão do conceito e das tratativas à deficiência, consubstanciada em uma questão de Direitos Humanos (BRASIL, 2015b).

Inicialmente, para compreendermos a curatela, realizaremos um panorama conceitual principiológico da bioética, a partir do *Relatório de Belmont*, perpassando por uma crítica analítica decolonial dos domínios sobre a vida, para que seja compreendido o estudo sobre vulnerabilidades e, conseqüentemente, sobre os vulnerados no instituto da curatela.

Assim, mister se faz avaliar a *ratio* da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) (BRASIL, 2009), explicitada no seu art. 12, que é a de considerar a capacidade legal da pessoa com deficiência como um conceito conglobante, ou seja,

que abrange tanto a capacidade de direito quanto a de fato, devendo a lei assegurar as salvaguardas protetivas que sejam necessárias e de modo transitório, de acordo com as necessidades individuais e subjetivas de cada pessoa com deficiência nos procedimentos da curatela (ARAÚJO; RUZYK, 2017).

Historicamente, analisaremos a aprovação da CDPD pelo Brasil, que se propôs signatário desta, a partir da aprovação do Decreto nº 186/2008 (BRASIL, 2008).

Em decorrência da aprovação e introdução da CDPD no Brasil, promulgou-se o EPD, Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015b), que, em sua normatividade, modificou substancialmente algumas normas do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), especialmente quanto à curatela, revogando, modificando e inserindo novas diretivas no sistema de codificação civil. Em contrapartida, o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), lei anterior mas com vigência posterior ao EPD, revogou algumas modificações do diploma civilista advindas do EPD.

Nessa perspectiva, analisaremos as modificações provenientes do EPD no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), assim como as normas validamente posteriores do CPC/2015 (BRASIL, 2015b), especificamente naquilo que traz por tema a curatela e a interdição, através de uma análise genealógica da história de lutas da população com deficiência e a possível antinomia de normas, especialmente entre a filosofia do EPD e as normativas processuais do CPC/2015.

Para buscarmos uma conciliação entre institutos jurídicos de tão grande monta, utilizamos, no decorrer deste trabalho, as propostas do “diálogo das fontes”, anunciada pelos estudos da professora Cláudia Lima Marques (2017), cujos fundamentos justificam-se com sua crítica às regras advindas da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (BRASIL, 1942).

O trabalho sustenta-se por uma metodologia de análise histórica e crítica, através do método da genealogia e de um raciocínio hermenêutico.

2 Desenvolvimento

Iniciaremos as narrativas deste trabalho especificando a vulnerabilidade humana, vislumbrando compreender sua perspectiva em situações individuais e coletivas de “vulneração”, fundamentos necessários para a compreensão dos institutos da curatela e da interdição, para tal, utilizaremos a bioética como fundamento de nossas digressões.

O *Relatório de Belmont*¹ busca classificar pessoas que possam estar em estado de vulnerabilidade, ou seja, indivíduos que, no âmbito das pesquisas científicas, possam estar sendo prejudicados em seus interesses, especificamente no âmbito da experimentação humana. Nessa perspectiva, a vulnerabilidade possui uma função adjetivante, como uma característica particular e relativa (NEVES, 2006).

Com o desenvolvimento da bioética na Europa continental, a partir da década de 1980, há uma alteração na compreensão de vulnerabilidade, definida então por Lévinas como subjetividade, ou seja, não em um plano ontológico, de acordo com a natureza do ser humano, mas na ética, apelando para uma relação não violenta entre o eu e o outro (LÉVINAS, 1972² *apud* NEVES, 2006, p. 163).

Nessa perspectiva:

¹ O primeiro texto, no âmbito da bioética, em que a noção de vulnerabilidade surgiu com uma significação ética específica foi o *Belmont Report: ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research*. Esse documento, finalizado em 1978, corresponde ao trabalho desenvolvido durante quatro anos pela National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, estabelecida pelo Congresso Estadunidense para formular os princípios éticos básicos a serem respeitados em toda a investigação envolvendo seres humanos (NEVES, 2006, p. 158).

² LÉVINAS, E. *L'humanisme de l'autre homme*. Paris: Fata Morgana, 1972.

A vulnerabilidade, [...] consolida-se no vocabulário da filosofia europeia continental como domínio inalienável do agir do homem, impondo a responsabilidade como norma da ação moral. A vulnerabilidade é, pois, agora, reconhecida como constitutiva do humano (e até mesmo do existente). Deste modo, a noção de vulnerabilidade surge sempre como substantivo, e nunca como adjetivo (NEVES, 2006, p. 164-165).

Historicamente, de uma função adjetivante cujo fundamento era o de qualificar grupos e pessoas, a vulnerabilidade é compreendida, então, como substantivo, o qual descreve a vida comum do ser humano, deixa de ser uma contingência ou provisoriedade para tornar-se uma condição universal, assim como abandona o fator de discriminação entre populações para corroborar com a igualdade entre todos, requerendo, enfim, a utilização do princípio universal da solidariedade (NEVES, 2006).

Vitor Almeida, em sua tese de doutorado, justifica:

Indispensável, [...] a compreensão da vulnerabilidade inerente às pessoas humanas, bem como ao agravamento da fragilidade em determinadas circunstâncias, seja por questões econômicas, culturais, entre outras, com o objetivo de se assegurar, na medida do possível, a igualdade substancial (ALMEIDA, 2019, p. 116).

Nessa perspectiva, a vulnerabilidade aparece como um conceito complexo — cuja aplicação era até bem pouco tempo atrás preterida pelo Direito — aplicado ao sujeito formal (sujeito de direito) no Código Civil de 2002, mitigando o sujeito de direito real, o indivíduo no mundo dos fatos, que necessita de proteção evidenciada em sua vulnerabilidade inerente, presente na simples característica do homem como ser humano (ALMEIDA, 2019).

A vulnerabilidade é, portanto, uma característica humana, todos os seres humanos são naturalmente vulneráveis, mas há que se reconhecer que nem todos são atingidos da mesma maneira por situ-

ações que possam ser idênticas, em razão da subjetividade de cada ser humano. Assim, é possível afirmar que há uma especificidade da vulnerabilidade, conceituada como “vulneração”, ou seja, uma vulnerabilidade de determinadas pessoas ou comunidades próprias, que não são passíveis de meios adequados para superar barreiras ou são estigmatizadas, ameaçadas e oprimidas na sociedade, fator preponderante para eliminar a autonomia do sujeito então considerado vulnerado (ALMEIDA, 2019).

Através de uma análise inicial da vulnerabilidade, inserida no *Relatório de Belmont*, faz-se necessário especificar que tal relatório possui uma característica de classificar a bioética por meio de um sistema de princípios, como os da beneficência, não maleficência, autonomia e justiça, oriundos de uma bioética principialista, com paradigmas universais e hegemônicos. Em um novo paradigma, a bioética deve ultrapassar a compreensão da vida através da biomedicina e embrenhar-se em questões de poder, de hierarquias, perpassando por problemas sociais, pela vida em geral (FULGÊNCIO; NASCIMENTO, 2012).

Com isso, foi a partir de 1998, através de discussões no *Quarto Congresso Mundial de Bioética no Japão*, que o tema da bioética indicou outros caminhos, como o caminho da “Bioética Global”, apontando mais para temas e problemas/conflitos coletivos e sociais, do que para os problemas biomédicos e individuais. Foi nesse momento de discussão que se percebeu que a teoria principialista é incapaz de intervir em situações de desigualdades sociais, políticas e coletivas, especialmente advindas de países do Hemisfério Sul (GARRAFA, 2005).

Com essa perspectiva paradigmática, Volnei Garrafa (2005) traz à reflexão a colonialidade da vida, a hegemonia de um saber universal eurocêntrico e a opressão dos vulnerados, e, no contexto brasileiro, até 1998, a bioética também se desenvolveu com uma conduta acrítica dos conceitos de bioética e de vulnerabilidades advindos dos países anglo-saxônicos do Hemisfério Norte (GARRAFA, 2005).

Reconheceu-se que a teoria principialista dos quatro princípios da bioética (beneficência, não maleficência, autonomia e justiça) era útil para situações práticas clínicas ou em pesquisas humanas, sendo insuficientes para assumir categorias como “responsabilidade”, “cuidado”, “solidariedade”, “comprometimento” e “alteridade” de vivências humanas dos vulneráveis, com o comprometimento bioético com o coletivo (GARRAFA, 2005).

Buscar compreender as relações de poder que construíram a colonialidade da vida é de imediato necessário para chegarmos à proposta de compreensão da “Bioética da Intervenção” e, conseqüentemente, da vulnerabilidade e suas características na formação das novas possibilidades da curatela da pessoa com deficiência.

2.1 A Bioética da Intervenção

As relações de poder foram instituídas através da Modernidade,³ e a bioética principialista manifestou um contexto de exclusão dos países do Hemisfério Sul, sobretudo no contexto latino-americano. Há um desmembramento da vida social através da interação entre as forças que buscam organizar a sociedade à sua maneira e os saberes especializados (poder-saber), pois a Modernidade foi pensada como desenvolvimento do ser humano, através de um pensamento racional e classificatório da hierarquia entre os incluídos e os excluídos (NASCIMENTO; GARRAFA, 2011).

A principiologia da vulnerabilidade, caracterizada no *Relatório de Belmont*, justifica um agir solidário, uma maneira hegemônica de justificarmos a vulnerabilidade e a vida social, política e familiar,

³ “[...] pensa-se a Modernidade como tendo suas origens entre os séculos XVI e XVIII, sobretudo em alguns lugares da Europa (mais especificamente Inglaterra, França e Alemanha), concomitante com alguns eventos importantes ligados a esses lugares, como a Reforma Protestante, o Iluminismo e a Revolução Francesa. Em nível sociológico, a Modernidade tem sido caracterizada pela constituição dessa grande instituição racionalizada — o Estado-Nação — que tem se caracterizado pela autorreflexão” (NASCIMENTO; GARRAFA, 2011, p. 289).

e assim: “É na Modernidade que vemos surgir um modo específico de exercício de poder, que tem uma maneira peculiar de articular conhecimentos para a validação do modo de exercê-lo, fundado em uma geopolítica” (NASCIMENTO; GARRAFA, 2011, p. 289).

Considerando essa perspectiva é que se insere no âmbito da bioética a “Bioética da Intervenção”, defensora da priorização de políticas e decisões privilegiadoras do maior número possível de pessoas, por um espaço de tempo alongado, e que tragam consequências positivas, assim como na busca por soluções viáveis e práticas para aqueles conflitos advindos do próprio contexto social e comunitário onde acontecem.

Tendo sido superada a verificação sobre os fundamentos da vulnerabilidade, que podem ser associados ao instituto da curatela, por meio de uma análise crítica, passar-se-á a refletir sobre o substrato atual de promoção da dignidade da pessoa com deficiência.

2.2 A perspectiva da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU

Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho, afirmando sua colaboração em nota de orelha da obra de Célia Barbosa Abreu (2009), assim afirma:

[...] no cenário contemporâneo não se deve (*rectius*: não se pode) descuidar da valorização, com prioridade máxima, da tutela da pessoa humana em concreto, sendo institutos como a curatela instrumentos da promoção de sua dignidade, consoante as especificidades de cada caso, e bem assim da busca de dar conteúdo axiológico às cláusulas gerais previstas, com base em parâmetros do próprio ordenamento jurídico, em linha de superação da ideia de espaços vazios de arbítrio do julgador (MONTEIRO FILHO *apud* ABREU, 2009).

A CDPD, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 6.949/2009, trouxe, em seu art. 12, item 4, o seguinte mandamento:

4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, as vontades e as preferências da pessoa [...]. (BRASIL, 2009).

A *ratio* da CDPD, explicitada no art. 12, é a de considerar a capacidade legal da pessoa com deficiência como um conceito conglobante, ou seja, que abrange tanto a capacidade de direito quanto a de fato, devendo a lei assegurar as salvaguardas protetivas que sejam necessárias e de modo transitório, de acordo com as necessidades individuais e subjetivas de cada pessoa com deficiência nos procedimentos da curatela (ARAÚJO; RUZYK, 2017).

Historicamente, o Brasil assumiu-se signatário da CDPD da ONU, através do rito constitucional insculpido no art. 5º, § 3º, da Constituição da República de 1988, que assim especifica:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018) (BRASIL, 1988).

A CDPD, tendo sido aprovada pelo rito constitucional acima exposto, assumiu *status* de norma constitucional e foi o primeiro Tratado Internacional aprovado sob esse rito no Brasil, conforme afirmam Luiz Alberto David Araújo e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Com a reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional 45), incluiu-se o parágrafo terceiro, no artigo quinto, para permitir que um tratado internacional de Direitos Humanos, que fosse acolhido por três quintos, em votação de dois turnos em cada Casa, fosse recebido com equivalência de emenda à Constituição. [...] Até o momento, no entanto, apenas um instrumento internacional foi recebido com tal formalidade: a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ARAÚJO; RUZYK, 2017, p. 231).

Prosseguindo no contexto legislativo histórico, em 25 de agosto de 2009, foi então promulgada a CDPD, através do Decreto nº 6.949/2009, cujo objetivo é o de executar e cumprir fielmente a CDPD.

Assim, é inserido na Constituição da República de 1988 um Tratado Internacional de Direitos Humanos, através de uma emenda constitucional, efetivado, portanto, como norma constitucional, com hierarquia superior a todas as demais normas do sistema jurídico brasileiro. Nessa toada, há uma substancial modificação de paradigmas no tratamento jurídico da capacidade das pessoas com deficiência que gerou transformações radicais na figura de meios de proteção e promoção dessa população, como a curatela (ARAÚJO; RUZYK, 2017).

É evidente que, historicamente, a disciplina jurídica analítica da capacidade da pessoa com deficiência era catalogada em conceitos puramente médicos, oferecendo subsídios ao Direito para qualificar os capazes e os incapazes. Denominou-se assim um “enfoque de *status*” que promovia um verdadeiro juízo de exclusão com a característica de, no Brasil, estigmatizar-se a pessoa com deficiência como “loucos de

todo gênero”, o que foi amplamente modificado pelo art. 12 da CDPD (ARAÚJO; RUZYK, 2017).

Assim, a medicina não pode se constituir de tudo o que afirma como verdadeiro sobre a doença, como a botânica não pode definir-se por uma soma de todas as verdades sobre plantas (FOUCAULT, 1996). A CDPD, aprovada pelo Decreto nº 6.949/2009, traz em seu preâmbulo a fundamental importância de emancipar pessoas com deficiência, extinguindo-se discursos de poderes-saberes já qualificados como objetivos, vejamos alguns itens:

Preâmbulo: Os Estados Partes da presente Convenção,

[...]

e) *Reconhecendo* que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

[...]

h) *Reconhecendo* também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano,

i) *Reconhecendo* ainda a diversidade das pessoas com deficiência,

j) *Reconhecendo* a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio,

k) *Preocupados* com o fato de que, não obstante esses diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo (BRASIL, 2009).

Nessa perspectiva emancipatória e radicalmente oposta a discursos de exclusão, foi promulgada a Lei nº 13.146/2015, o EPD (BRASIL, 2015b), o que passamos a analisar.

2.2.1 O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a emancipação: análise de uma nova racionalidade

O EPD, Lei nº 13.146/2015 (BRASIL, 2015b), modificou substancialmente algumas normas do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), especialmente quanto à curatela, revogando, modificando e inserindo novas diretivas no sistema de codificação civil. Ocorre que o Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), lei anterior, mas com vigência posterior ao EPD, revogou algumas modificações do diploma civilista advindas do EPD.

Desse modo, analisaremos as modificações provenientes do EPD no Código Civil de 2002, assim como as normas validamente posteriores do CPC/2015, especificamente naquilo que traz por tema a curatela e a interdição, através de uma análise genealógica da história desse instituto aplicado à população com deficiência.

Para tal desiderato, exploraremos rapidamente alguns momentos históricos advindos das lutas das pessoas com deficiência por direitos.

O silêncio e a invisibilização são pontos comuns na trajetória histórica das pessoas com deficiência, o que corrobora para o empobrecimento dessa população ou, ao contrário, o fato de a pobreza vulnerabilizar pessoas pode produzir deficiências diversas, como afirma Vitor Almeida:

[...] afirma-se ainda que a pobreza, por si só, é um fator de ‘produção de deficiências e incapacidades’, em razão das características que geralmente em si guardam, entre outros, como o meio onde as pessoas convivem, o déficit informacional, as condições de consumo que envolvam comportamento de risco, incipiência de práticas de prevenção e fraca incidência de cuidados de saúde (ALMEIDA, 2019, p. 30).

É fundamental para a compreensão histórica das lutas das pessoas com deficiência, até o advento da CDPD e do EPD, a partir da década de 1960, considerar que essa população se movimenta no sentido de lutar por inclusão social, iniciando-se tais movimentos nos Estados Unidos e na Inglaterra (ALMEIDA, 2019).

Analisemos a história dos movimentos sociais das pessoas com deficiência e o estigma de uma população oprimida pelo controle médico.

A UPIAS – Union of the Physically Impaired Against Segregation – ou “Liga dos Lesados Físicos contra a Segregação”, foi um movimento social que teve sua origem a partir da década de 1960 no Reino Unido, sob o comando inicialmente de Paul Hunt, aperfeiçoando-se com Michael Oliver, ambos conceituados sociólogos, pessoas com deficiência física, e que justificaram o que hoje se denomina “modelo social da deficiência” (DINIZ, 2007).

Há pelo menos dois séculos, já existem instituições de segregação para pessoas com deficiência, como manicômios, institutos para cegos, surdos e loucos de todo o gênero, que objetivavam sua exclusão e normalização, mas a UPIAS é a primeira organização *política* na representação das pessoas com deficiência no mundo (DINIZ, 2007).

Em um primeiro momento, portanto:

[...] a UPIAS constituiu-se como uma rede política cujo principal objetivo era questionar essa compreensão tradicional da deficiência: diferentemente das abordagens biomédicas, deficiência não deveria ser entendida como um problema individual, uma ‘tragédia pessoal’ [...], mas sim uma questão eminentemente social (DINIZ, 2007, p. 15).

Para David Hosni (2018), a UPIAS propõe uma virada na luta por políticas sociais, transformando aquilo que se considerava como causas da deficiência, extinguindo-se desse contexto os estigmas físicos

e buscando eliminar as condições sociais segregadoras e excludentes da plena participação da pessoa com deficiência na vida em sociedade.

A UPIAS possuía uma estratégia provocativa: retirando a responsabilidade da pessoa com deficiência, por sua diversidade, e transferindo-a para a sociedade, que mantinha uma conduta hostil e opressora contra essa população, ou seja, a lesão física não possuía relação com a deficiência, mas sim a opressão social vivenciada pelas pessoas com deficiência. Esse movimento social teve por fundamento redefinir a lesão, superando os conceitos estritamente biomédicos e indicando a deficiência sob um paradigma sociológico (DINIZ, 2007).

Os movimentos sociais de pessoas com deficiência, como sugerido pela UPIAS, apresentam um viés político e exigem condutas para além de meras políticas assistencialistas e paternalistas, buscam autonomia e a abordagem advinda de uma compreensão social da deficiência, cujo substrato é revelar as modificações na compreensão de um grupo considerado diverso e com sua identidade característica (HOSNI, 2018).

O modelo social de deficiência, defendido pelos movimentos sociais de pessoas com deficiência, tinha por estrutura, conforme afirma Débora Diniz:

[...] o fato de um corpo ser lesado não determinaria, tampouco explicaria, o fenômeno social e político da subalternidade dos deficientes. Explicar a situação de opressão sofrida pelos deficientes em termos das perdas de habilidades provocadas pela lesão era confundir lesão com deficiência, tal como sexo com gênero. Deficiência é um fenômeno sociológico, e lesão uma expressão da biologia humana isenta de sentido (DINIZ, 2003, p. 2).

O movimento da UPIAS não visava ao descarte das conquistas da biomedicina, ao contrário, utilizava-se das novas conquistas

médicas, mas sua luta era a de resistir quanto à ampla medicalização das pessoas com deficiência, sendo que os teóricos do modelo social vislumbravam romper com as estruturas estritamente biológicas no trato da pessoa com deficiência para otimizar a ideia de que é na sociedade que estão os impedimentos, as barreiras, não nos corpos (DINIZ, 2003).

A Organização Mundial de Saúde, diante dos impactos do modelo social, revisou, em 2001, seu catálogo internacional de classificação da deficiência, cuja primeira versão é datada de 1980, intitulada *International Classification of Impairment, Disability and Handicap*, tendo como proposta um modelo tripartido da deficiência: “[...] em primeiro plano estava a lesão, em segundo, a deficiência, e, em terceiro, as restrições sociais frente à deficiência [...]” (DINIZ, 2003, p. 2). Durante 20 anos, os precursores do modelo social criticaram esse modelo, pois, além de um fundamento pejorativo do conceito de *handicap* (chapéu na mão, ou a pessoa com deficiência como um pedinte), supunha-se que o ponto inicial da discussão sobre deficiência era a lesão (DINIZ, 2003).

Assim, tendo sido explicitada historicamente a luta das pessoas com deficiência por direitos e por uma compreensão para além dos estigmas de seus corpos, analisaremos especificamente o EPD, Lei nº 13.146/2015, publicada no *Diário Oficial da União* em 7/7/2015 e com vigência após 180 dias de sua publicação,⁴ ou seja, permaneceu em período de *Vacatio Legis*⁵ até o dia 3/1/2016. Observa-se que houve subs-

⁴ “Art. 127. Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial” (BRASIL, 2015b).

⁵ Esclarece-se para as demais ciências, não adstritas à ciência do Direito, que: “*Vacatio Legis* é o intervalo de tempo entre a data da publicação da lei e sua entrada em vigor, iniciando-se a obrigatoriedade na lei nova. Dessa forma, a população pode ter contato com as novas disposições para se acostumar com as mudanças” (ESCOLA..., 2019).

tanciais modificações nos arts. 1.767 a 1.777 do Código Civil de 2002, cuja localização normativa está no “Título IV - Da Tutela, Da Curatela e Da Tomada de Decisão Apoiada - Capítulo II - Da Curatela” do Código civilista atual (BRASIL, 2002).

Nos fundamentos que justificam as modificações advindas do EPD ao Código Civil de 2002, especificamente no instituto da curatela, analisamos o “Livro II - Parte Especial - Título I - Do Acesso à Justiça - Capítulo II - Do Reconhecimento Igual Perante a Lei - Arts. 84 e 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência” e visualizamos que essas normas positivadas tratam a curatela como medida excepcional e extraordinária à pessoa com deficiência, vejamos, *in verbis*, o art. 84:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

[...]

§ 3º A definição de 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, 2015b).

O EPD tem uma profunda aproximação com a CDPD na caracterização nova da curatela, vislumbrando aproximar-se dos comandos inclusivos e promocionais advindos dos documentos de Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência (MENEZES, 2016).

Assim, vejamos as modificações insculpidas pelo EPD no instituto da curatela normatizadas no Código Civil de 2002, com a vigência da Lei nº 13.146/2015:

Quadro 1 – O Código Civil e o EPD

Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002, antes do advento do EPD, e Código Civil de 2002 após o advento do EPD, Lei nº 13.146/2015	
<u>Normas originárias do Código Civil de 2002</u>	<u>Normas modificadas pelo EPD</u>
<p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; [...].</p> <p>Art. 1.768. A interdição deve ser promovida: I - pelos pais ou tutores; II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente; III - pelo Ministério Público; IV - pela própria pessoa.</p> <p>Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá 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.</p> <p>Art. 1.770. 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.</p> <p>Art. 1.771. Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade.</p> <p>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. [...]</p> <p>Art. 1.776. Havendo meio de recuperar o interdito, o curador promover-lhe-á o tratamento em estabelecimento apropriado.</p>	<p>Art. 1.767. Estão sujeitos à curatela: I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; II - Revogado III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; IV - Revogado V - os pródigos.</p> <p>Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido [...] IV - pela própria pessoa.</p> <p>Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela: I - nos casos de deficiência mental ou intelectual [...] III - se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II.</p> <p>Art. 1.770. 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.</p> <p>Art. 1.771. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando. (NR).</p> <p>Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. Parágrafo único. 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. (NR)</p> <p>Art. 1.775-A. Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá</p>

<p>Art. 1.777. 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.</p>	<p>estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa.</p> <p>Art. 1.777. 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. (NR)</p>
---	--

Fonte: Brasil (2002).

É na busca de tutelar os direitos das pessoas com deficiência que o EPD cuidou de preservar a autonomia dessa população, assim como diminuir as interferências de terceiros na vida e decisões da pessoa curatelada, vislumbrando com isso favorecer e estimular as potencialidades da pessoa com deficiência, não o domínio sobre sua vida, corroborando assim com os ditames da CDPD (ARAÚJO; RUZYK, 2017).

Percebe-se que da análise das modificações empreendidas pelo EPD ao Código Civil de 2002, naquilo que normatiza a curatela e sua influência advinda da filosofia da CDPD, “[...] a regra do ‘tudo ou nada’ foi proibida pela Convenção. Na prática, era comum decretar-se a interdição para todos os atos da vida civil [...]” (ARAÚJO; RUZYK, 2017, p. 232). Assim, o EPD corrobora com a perspectiva da capacidade conglobante da CDPD, não mais se caracterizando por uma capacidade abstrata e geral, mas estabelecendo um conceito que assegure à pessoa com deficiência a igualdade de condições com os demais cidadãos (ARAÚJO; RUZYK, 2017).

Inicialmente, para tornar didática a exposição que se segue, apresentaremos um novo quadro referencial às modificações que o Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015a), empreendeu no Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002 (BRASIL, 2002), especificamente no procedimento judicial da Curatela, após as modificações já realizadas pelo EPD (BRASIL, 2015b).

Quadro 2 - Código de Processo Civil e as modificações no Código Civil de 2002

Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002, após o advento do EPD, Lei nº 13.146/2015, e as modificações oriundas do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015	
<u>Normas modificadas pelo EPD em relação ao Código Civil de 2002</u>	<u>Código Civil de 2002 modificado pelo Código de Processo Civil de 2015, após as modificações empreendidas pelo EPD</u>
<p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; II - Revogado III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; IV - Revogado V - os pródigos.</p>	<p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;</p>
<p>Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido [...] IV - pela própria pessoa.</p>	<p>I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)</p>
<p>Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela: I - nos casos de deficiência mental ou intelectual; [...] III - se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II.</p>	<p>II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) IV - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) V - os pródigos.</p>
<p>Art. 1.770. 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.</p>	<p>Art. 1.768. A interdição deve ser promovida: Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) I - pelos pais ou tutores; (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente; (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência) III - pelo Ministério Público. (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência) IV - pela própria pessoa. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)</p>
<p>Art. 1.771. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando. (NR)</p>	<p>Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição: Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) I - em caso de doença mental grave; II - nos casos de deficiência mental ou</p>
<p>Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. Parágrafo único. 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. (NR)</p>	<p>Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição: Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015) I - em caso de doença mental grave; II - nos casos de deficiência mental ou</p>

<p>Art. 1.775-A. Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa.</p> <p>Art. 1.777. 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. (NR)</p>	<p>intelectual; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)</p> <p>H – se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e H do artigo antecedente; (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)</p> <p>III – se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente. (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)</p> <p>III – se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso H. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)</p> <p>Art. 1.770. 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. (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)</p> <p>Art. 1.771. Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o argüido de incapacidade.</p> <p>Art. 1.771. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)</p> <p>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.</p> <p>Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)</p> <p>Parágrafo único. 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. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)</p> <p>Art. 1.773. A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso. (Revogado pela Lei nº 13.105, de 2015)</p>
--	---

Fonte: Brasil (2002).

O art. 1.072 do Código de Processo Civil de 2015 revogou, em sua completude, os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil de 2002. Vejamos, *in verbis*: “Art. 1.072. Revogam-se: [...] II - os arts. [...] 1.768 a 1.773 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)” (BRASIL, 2015a).

Questiona-se então, na atualidade, qual norma está vigente para dar validade ao instituto da curatela no Código Civil de 2002? As normas advindas do EPD? As normas revogatórias do CPC/2015? Parte da doutrina divide-se nessa resposta, sendo o que analisaremos.

Da análise da Lei nº 13.146/2015, EPD, vimos que foi publicada no *Diário Oficial da União* em 7 de julho de 2015, com um período de *Vacatio Legis* de 180 dias, ou seja, com validade a partir do dia 3 de janeiro de 2016 (BRASIL, 2015b). Vemos agora que a Lei nº 13.105/2015, do novo Código de Processo Civil, foi publicada no *Diário Oficial da União* em 17 de março de 2015 (repare que sua publicação é anterior à publicação do EPD), mas com um período de *Vacatio Legis* de um ano, conforme preceitua o art. 1.045 do diploma processual, ou seja, não obstante sua publicação ter sido anterior à publicação do EPD, sua vigência foi posterior: “Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial” (BRASIL, 2015a).

Naquilo que concerne à decisão da data de início de vigência do CPC/2015 — um ano após sua publicação —, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, através de Enunciado Administrativo em Sessão Administrativa, datada de 2 de março de 2016, que: “O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016” (BRASIL, 2016).

Assim, entende parte da doutrina jurídica que a norma do CPC/2015 (BRASIL, 2015a) revogou algumas modificações do EPD (BRASIL, 2015b) no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), expres-

samente declaradas na legislação processual. Justificam tal assertiva utilizando-se da compreensão de que, “[...] embora o EPD seja norma publicada posteriormente ao CPC/2015, entrou em vigor antes do Código Processual, ante a diferença entre os prazos de *Vacatio Legis* de ambas as leis” (ARAÚJO; RUZYK, 2017, p. 229).

Contraopondo-se a esse primeiro argumento, outra parte da doutrina afirma que, não obstante o início da vigência das leis (EPD e CPC), a filosofia do EPD trata de matéria especial, o que impediria uma revogação por lei geral, neste caso, o CPC/2015 (ARAÚJO; RUZYK, 2017).

Mister se faz, nessa toada, compreender que há uma antinomia de normas vigentes quanto a um determinado assunto, nesse caso, a curatela da pessoa com deficiência. Ocorre que, diante das regras insculpidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC), modificado pela Lei nº 12.376, de 2010, assim regulamenta o conflito de normas:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência (BRASIL, 1942).

É nessa perspectiva que a *ratio* da LINDB é a de mecanizar uma solução demarcada quando se confrontam duas normas regulamentando o mesmo assunto. Assume assim a LINDB os critérios hierárquicos, de especialidade, e cronológicos, sendo que o conceito de solução de antinomias através do critério hierárquico justifica-se pelo fato de que não deve haver norma infraconstitucional prevalecente sobre nor-

ma superior, constitucional, considerando que a Constituição é que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro. Outra possibilidade é a solução de antinomias pelo critério da especialidade, ou seja, a norma especial prevalece sobre a norma geral, e, por fim, o critério cronológico, consubstanciado no período de validade, insculpido no art. 2º, § 2º, da LINDB, conforme subscrita acima (BEZERRA; AZEVEDO, 2016).

Em uma perspectiva positivista de resolução de conflitos entre normas, Hans Kelsen (1999) esclarece que norma é algo que deve ser ou deve acontecer, assim como é a maneira como o ser humano deve se conduzir. Afirma ainda que “vigência” é a existência de uma norma, que declara a validade dessa norma, afirmando o que é certo, o que se deve ou não fazer, e, por fim, declara que há uma distinção entre vigência da norma e sua eficácia, ou seja, a sua plena aplicação no mundo, nas circunstâncias das condutas humanas (KELSEN, 1999).

O filósofo também esclarece que: “Uma norma jurídica entra em vigor antes ainda de se tornar eficaz, isto é, antes de ser seguida e aplicada [...]” (KELSEN, 1999, p. 8).

Assim, a antinomia entre duas normas, o EPD e o CPC, ambos de 2015, trouxeram significativas modificações no Código Civil de 2002, sendo que, conforme demonstrado nos quadros 1 e 2 previamente expostos, o CPC revogou os arts. 1.768 a 1.771 do diploma civilista material, e o EPD os havia modificado. Exemplificadamente, o EPD inseriu no art. 1.768 do Código Civil de 2002 o próprio curatelado como legitimado ativo na ação de curatela, o que o CPC revogou expressamente, assim como demais modificações e revogações, visualizadas nos quadros 1 e 2 acima organizados (BERLINI; AMARAL, 2017).

O objetivo do novo Código de Processo Civil, na perspectiva de normatizar o procedimento judicial da curatela, foi o de manter o *nomen juris* “interdição”, vislumbrando, com isso, retirar do Código Civil de 2002 toda a normatização e modificações advindas do EPD (BERLINI; AMARAL, 2017).

Assim, a regulamentação da interdição no novo Código de Processo Civil está normatizada no “Capítulo XV - Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária - Seção IX - Da Interdição”, nos arts. 747 a 758, do CPC/2015, cuja literalidade está disposta na Lei Processual Civil e, por isso, nos eximimos de aqui apresentar (BRASIL, 2015a).

Há compreensões divergentes por estudiosos do assunto, como a posição de Joyceane Bezerra de Menezes, que considera que o novo Código de Processo Civil modificou os institutos dedicados à pessoa que está sendo interditada, revelando sua compreensão de que esse diploma processual civil se dedicou aos direitos existenciais da pessoa interdita. A análise interpretativa é a de que não somente os direitos patrimoniais da pessoa com deficiência devem ser protegidos, conforme norma insculpida no EPD, mas a proteção existencial também deve ser privilegiada nas ações de interdição (MENEZES, 2016).

Ao revés, Nelson Rosenthal (2015) declara, em seus estudos, que a interdição é a “morte civil” da pessoa com deficiência, pois afirma que se interditam bens, imóveis, propriedades, não pessoas. Assim declara:

Interdição, por conseguinte, é uma palavra incompatível com o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito. Além de medida coercitiva e opressiva, que imprime uma marca indelével na pessoa, ela remete a uma sentença nulificante do exercício de situações existenciais e redutiva da complexidade e singularidade do ser humano a um quadro psíquico, que, por si só, legitimaria a neutralização da subjetividade pelo *alter ego* do curador. Ao contrário, a eficácia positiva da Dignidade da Pessoa Humana requer a potencialização da autonomia, para que cada indivíduo seja autor de sua própria biografia e desenvolva o seu *modus vivendi* (ROSENVALD, 2015).

Para Heloísa Helena Barboza, o Código Civil deve ser interpretado sob o manto do EPD e da CDPD, compreendendo-se, assim, a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência, pois houve uma

inversão de caracterização da “deficiência”, agora insculpida não mais em uma perspectiva estritamente física, sensorial ou mental, mas inserindo esse conceito em uma perspectiva de direitos humanos, rompendo assim com todas as barreiras impostas pela sociedade para a plena participação da pessoa com deficiência na vida em sociedade. Barboza afirma, ainda, que “[...] a deficiência não está [...] na pessoa, mas [...] na sociedade que não está preparada para com ela interagir” (BARBOZA, 2016, p. 90).

Para concluir, o pensamento analisado neste item, que foi construído especificamente sob o manto de um direito positivo e essencialmente normativo, Luiz Alberto David Araújo e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2017) afirmam que, apesar de a LINDB ter previsto, em seu art. 2º, § 1º, que há uma revogação de lei anterior pela lei posterior, deve haver uma nova interpretação dessa norma, advinda de um contexto constitucional. A LINDB ressalta, em seu art. 5º, ou seja, merece destaque que, para que seja aplicada a lei, o juiz deve atentar-se aos fins sociais a que a mesma se dirige, assim como aos benefícios comuns de toda a sociedade (ARAÚJO; RUZYK, 2017).

Contemporaneamente, para além de uma interpretação literal e restritiva das normas, conforme sugerido por Hans Kelsen (1999), tem-se a perspectiva de um “diálogo das fontes”, ou uma compreensão conglobante de todas as normas que tratam sobre um mesmo tema. Esse diálogo é o que passaremos a analisar.

2.3 A perspectiva do “diálogo das fontes”

De acordo com a professora Cláudia Lima Marques (2017), utilizar-se de critérios advindos da LINDB — como os critérios da Lei posterior, da Lei especial e da Lei hierarquicamente superior — é utilizar-se de critérios advindos da Idade Média. É nesse contexto que justificaremos a modificação de paradigmas da solução da antinomia

de normas, com critérios já ultrapassados, para a utilização do “diálogo das fontes”.

A teoria do “diálogo das fontes” teve sua origem nas pesquisas e propostas do professor Erik Jayme — conforme esclarece Gustavo Tepedino (2000) —, catedrático da Universidade de Heidelberg (Alemanha), cujo tema foi desenvolvido no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques (2017), e seu teor justifica que as “normas narrativas” necessitam, para sua eficácia, da utilização do “diálogo das fontes”, ou seja:

Normas narrativas têm o sentido de indicar outros textos para aplicar [...] Narração significa, em primeiro lugar, na arte, que o objeto de arte, também as edificações, irá descrever seu sentido, sua função. De outro, narração significa também legitimação. [...] o ‘diálogo das fontes’ significa que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, Direito supranacional e Direito nacional). [...] não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado (TEPEDINO, 2000, p. 65-66).

Nesse sentido, várias normas se aplicam ao mesmo tempo a um caso concreto, e, nesta perspectiva, o professor Erik Jayme (2000), em entrevista a Gustavo Tepedino, observou que há um conflito de leis quando da necessidade de aplicação de apenas uma norma legal ao caso a ser julgado. O “diálogo das fontes” sugere a aplicação simultânea, coerente, conglobante, das normas aplicáveis a determinado caso, estabelecendo uma coerência entre as fontes do Direito, que se sustenta com um número exorbitante de leis (MARQUES, 2017).

Para que se estabeleça a aplicação conjunta de normas a um caso, a solução indicada pela teoria do “diálogo das fontes” é o parâmetro dos valores constitucionais, dos princípios inerentes a um sistema embasado em uma Constituição democrática. Contextualmente, essa

teoria possui um aspecto principiológico, “[...] ela é para realizar os valores que estão na Constituição [...]” (MARQUES, 2017).

A principiologia constitucional eleva o diálogo das fontes ao princípio do *pro homini*, ou seja, havendo um conflito de normas, a aplicação simultânea de várias normas ao caso deve obedecer ao princípio superior do benefício humano, especificamente do vulnerável (MARQUES, 2017).

No âmbito da antinomia de normas entre o EPD e o CPC naquilo que regulamenta o instituto da curatela no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se compreender que foi a CDPD que estimulou a percepção mais humana das normas advindas do CPC e também influenciou consideravelmente a proposição do EPD, ambas normas do ano de 2015 (BERLINI; AMARAL, 2017).

É a CDPD a principal propulsora da “reinvenção da curatela”, pois internalizada no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de norma constitucional, o que justifica uma nova leitura através do “diálogo das fontes” das normas infraconstitucionais, vislumbrando, assim, efetivar seus mandamentos, valorizando os direitos humanos das pessoas com deficiência (ALMEIDA, 2019).

Diante desse quadro de normas vigentes tratando sobre o mesmo assunto — a curatela da pessoa com deficiência —, há que se observar que o CPC (BRASIL, 2015a) continuou nomeando o procedimento de promoção e apoio da curatela através do *nomen juris* “interdição”, avaliando que é um procedimento judicial (portanto uma norma de direito processual), de jurisdição voluntária, que vislumbra a declaração da incapacidade da pessoa com deficiência no caso concreto. Nessa toada, lembrando a posição de Nelson Rosenvald, deve-se extinguir definitivamente o “[...] vocábulo ‘interdição’ na ordem infraconstitucional brasileira após a internalização da CDPD, pois relaciona a curatela a um processo de supressão de direitos patrimoniais e existenciais da pessoa [...]” (ROSENVALD, 2017, p. 116 *apud* ALMEIDA, 2019, p. 236-237).

O atual CPC assim regulamenta um procedimento judicial, do qual o nomeia ainda como interdição, para que dele se resulte a curatela. Novamente trazendo a genealogia foucaultiana à discussão, Foucault afirma em *A vontade de saber* (1970-1971), que:

[...] interdição constituía a medida judiciária pela qual o indivíduo era, parcialmente ao menos, desqualificado como sujeito de direito. Esse quadro jurídico e negativo vai ser em parte preenchido, em parte substituído, por um conjunto de técnicas e procedimentos pelos quais se empreenderá o adestramento daqueles que resistem e a correção dos incorrigíveis (FOUCAULT, 1997, p. 63).

O EPD, nessa análise, justificando o princípio do melhor interesse das pessoas com deficiência, o *pro homini*, estabeleceu pilares de sua fundamental aplicação, elevando a autonomia da pessoa com deficiência como instrumento de sua dignidade humana, promovendo com isso a participação ativa dessa população na sociedade, superando-se as barreiras sociais impostas por relações de poderes-saberes, tendo como amparo os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação (SALES; SARLET, 2016).

Outro aspecto de sistematização do EPD nas decisões judiciais da curatela é o fato de que a lei inovou ao distinguir deficiência e capacidade, caracterizando assim a exigência do livre desenvolvimento das pessoas com deficiência. A ampliação das formas de manifestação de vontade e autonomia da pessoa com deficiência requer a superação de um regime de incapacidades outrora classificador e opressor (SALES; SARLET, 2016).

Vislumbrando argumentar sobre a “teoria do diálogo das fontes”, mister se faz compreender as implicações das propostas do EPD e do CPC/2015 quanto à curatela da pessoa com deficiência, observar as intersubjetividades intermediadas entre uma norma e outra, e, conforme afirma Foucault (1996), em sua análise genealógica das relações

de poder-saber, a interdição é um princípio de exclusão, e para além da interdição há a separação, a rejeição entre a oposição e a loucura, ou seja, o louco possui um discurso que não deve circular como os outros discursos, sua palavra é nula, não é acolhida, não possui verdade, o que o impede, por exemplo, de testemunhar em processos judiciais, de contrair obrigações ou de atestar seus atos.

Conforme a proposta deste trabalho, o uso do método da genealogia em toda sua construção tem por função observar os atravessamentos impostos pelas práticas, pelos acontecimentos em suas maiores singularidades, o que demanda a compreensão de relações de poderes-saberes observadas em situações específicas, em um contexto histórico. Nesse sentido, tendo sido apresentada a teoria do diálogo das fontes e as críticas da proposta ainda vigente do CPC/2015 em manter o vocábulo “interdição” em seu contexto, passamos à conclusão.

3 Conclusão

Durante a exposição do trabalho ora apresentado, vislumbrou-se clarificar as razões de existir da CDPD, perpassando pelos movimentos sociais historicamente empreendidos pela população com deficiência, justificando-se com isso a perspectiva de emancipação e plena participação da pessoa com deficiência na sociedade, através da norma insculpida na Lei nº 13.146/2015, o EPD.

Não obstante as importantes modificações no Código Civil de 2002 propostas pelo EPD, especificamente no instituto da curatela, a vigência do novo CPC, Lei nº 13.105/2015, revogou-as.

Diante da discussão na doutrina sobre a antinomia de normas válidas e eficazes, utilizamos a teoria do “diálogo das fontes” para corroborar com a nova perspectiva de compreensão da existência, validade e eficácia das normas no ordenamento jurídico como um todo, de maneira conglobante e sob um viés constitucional.

Expusemos as posições da doutrina na discussão sobre a antinomia de normas e, por fim, posicionamo-nos na perspectiva da teoria do diálogo das fontes, justificando com isso a atual percepção de autonomia plena, busca da emancipação e da nova visualização da deficiência, para além dos estigmas corporais, sempre em concordância com os ditames da CDPD e, conseqüentemente, do EPD.

Referências

ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A perícia multidisciplinar no Processo de Curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil: reflexões metodológicas à luz da Teoria Geral do Direito. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/issue/view/28/showToc>. Acesso em: 6 jul. 2019.

BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela em nova perspectiva. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Orgs.). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 85-98.

BERLINI, Luciana; AMARAL, Paloma Francielly. Os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito protetivo pátrio e sua antinomia com o novo Código de Processo Civil. *Revista da Esmec – Themis*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 125-155, 2017.

BEZERRA, Rodrigo; AZEVEDO, Júlio Cesar. Antinomia: o conflito aparente de normas e seus critérios de resolução. *Jusbrasil*, [s.l.], 2016. Disponível em: <https://rodrigobezerraadv.jusbrasil.com.br/artigos/297827324/antinomia-o-conflito-aparente-de-normas-e-seus-criterios-de-resolucao>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, p. 3, 26 ago. 2009.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, p. 1, 10 jul. 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Rio de Janeiro, p. 13.635, 9 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, p. 2, 31 dez. 2010.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015a.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, p. 2, 7 jul. 2015b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciados administrativos*. Brasília: STJ, 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em: 18 ago. 2019.

DINIZ, Débora. *O modelo social da deficiência: a crítica feminista*. Brasília: Letras Livres, 2003. (Série Anis, 28). Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/15250>. Acesso em: 2 ago. 2019.

DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Braziliense, 2007. (Coleção Primeiros Passos, 324).

ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO (Ebradi). *Vacatio Legis, Vacatio Legis ou Vacassio Legis?*. 2019. Disponível em: <https://www.ebradi.com.br/coluna-ebradi/vacatio-legis-vacacio-legis/>. Acesso em: 16 ago. 2019.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Resumo dos Cursos do Collège de France (1970-1982)*. Tradução de Andrea Daher. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

FULGÊNCIO, Cristiane Alarcão; NASCIMENTO, Wanderson Flor. Bioética de intervenção e justiça: olhares desde o sul. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 8, n. 1-4, p. 47-56, 2012.

GARRAFA, Volnei. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. *Revista Bioética*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 125-134, 2005.

HOSNI, David. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). *A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. Cap. 2, p. 35-58.

JAYME, Erik. Entrevista concedida a Gustavo Tepedino. Tradução de Cláudia Lima Marques. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 3, p. 289-293, jul./set. 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. O diálogo das fontes e temas atuais. Entrevista. *Blog do Direito Civil e Imobiliário*, 31 out. 2017. 1 vídeo (18 min). Disponível em: <https://youtu.be/c1EcPGp0ikM>. Acesso em: 21 ago. 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 509-543.

NASCIMENTO, Wanderson Flor; GARRAFA, Volnei. Por uma vida não colonizada: diálogo entre bioética de intervenção e colonialidade. *Saúde Soc.*, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 287-299, 2011.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 157-172, 2006. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/rbb/issue/view/794>. Acesso em: 23 jul. 2019.

ROSENVALD, Nelson. *O fim da interdição: a biografia não autorizada de uma vida*. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/13/o-fim-da-interdicao-a-biografia-nao-autorizada-de-uma-vida/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 131-159.

17. Tutela jurisdicional: a alocação da impossibilidade jurídica do pedido como julgamento *equiparado* ao de mérito

Paulo Rubens Salomão Caputo

Juiz de Direito do TJMG.

Mestre em Direito – UNIMEP (Núcleo: Estudos de Direitos Fundamentais e Cidadania). Especialista em Direito Processual - PUC Minas.

1 Estado Democrático de Direito e modelo constitucional do processo

Para que se tenha o modelo constitucional do processo na sua integralidade, deve-se vê-lo inserido em um sistema constitucional de justiça e do próprio processo constitucionalizado.

É que, como obtempera Leal (2002, p. 87-88), o processo também deve ser entendido como um “modelo constitucionalizado” a ser implementado em cada caso concreto de acordo com os princípios constitucionais conformadores da atividade jurisdicional.

Theodoro Júnior¹ explicita:

Hoje se pode afirmar, como faz Comoglio, que múltiplas são as garantias fundamentais que concorrem para formar a noção de um *‘justo processo’*, podendo, para se lograr uma visão sistemática, agrupá-las em garantias individuais e garantias estruturais, aquelas voltadas para a proteção dos interesses e direitos subjetivos das partes em jogo nos casos concretos, e estas relacionadas com as condições prévias de que se deve revestir a

¹ Theodoro Júnior (2008), nesse passo, faz referência a Greco (2005, p. 225-286) e Martins (2008, p. 85).

organização judiciária, para o fiel desempenho da função jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2008, grifo nosso).

Continua o referido processualista, quanto ao devido processo, ou justo processo:

Para Comoglio, as *garantias individuais*, que derivam da Constituição e refletem sobre o ‘justo processo’, compreendem: a) acesso amplo à justiça para todos, em condições de igualdade, e de correlação e adequação à tutela correspondente à situação jurídica substancial concreta; b) ampla defesa: ‘direito inviolável’, em todas as fases e graus do procedimento jurisdicional; c) assistência judiciária gratuita aos necessitados; d) juiz natural, pré-constituído pela lei. As *garantias estruturais*, segundo o processualista italiano, são: a) justiça administrada em nome do povo e juízes sujeitos apenas à lei; b) função jurisdicional confiada a magistrados instituídos e disciplinados com base nas normas de organização judiciária; c) vedação dos juízes extraordinários ou de exceção; d) atribuição à jurisdição do fim institucional de realizar a ‘tutela’ dos direitos subjetivos substanciais; e) independência e autonomia da magistratura (Poder Judiciário); f) independência dos juízes e ministério público; g) exercício da jurisdição segundo o ‘justo processo regulado pela lei’; g) garantia, em qualquer tipo de processo, do contraditório entre as partes em condições de igualdade, diante de um juiz neutro (*terzo*) e imparcial, assegurada a razoável duração do processo; h) motivação de todas as decisões judiciais; i) direito sempre ao recurso de cassação, por violação da lei (THEODORO JÚNIOR, 2008).²

Alguns autores divergem quanto ao emprego das terminologias “direito processual constitucional”³ e “direito constitucional processual”, preferindo-se, aqui, aquela a esta, já que, primeiro, a ênfase

² A citação feita pelo autor é referente a Comoglio, Ferri e Taruffo (2006, v. 1, p. 61-62).

³ Esta designação seria a majoritariamente preferida, segundo Rocha (2003, p. 50-51).

que se quer dar é aos aspectos processuais *na* Constituição (macro-sistema constitucional do processo) e não a particulares mecanismos processuais *da* Constituição (microsistema constitucional de demandas constitucionais), a exemplo do mandado de segurança individual e coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, “ação” popular, “ação” de descumprimento de preceito fundamental, “ação” direta de inconstitucionalidade e “ação” direta de constitucionalidade; e, segundo, quer-se delinear com a maior precisão possível aquele conjunto de princípios processuais (do processo) que consubstanciam a sistemática constitucional modeladora a que já se fez menção.

É o direito processual constitucionalizado que interessa; enfim, o direito processual constitucional.

Diferentemente de outros países (*e.g.*, nos Estados Unidos, por construção da Suprema Corte; na Espanha, pela concentração de tais elementos no art. 24.2 da Constituição de 1978),⁴ no Brasil, não decorre a delimitação e alcance do chamado modelo constitucional do processo exclusivamente da jurisprudência do Tribunal Constitucional ou de um artigo da Constituição, mas sim da coextensão⁵ recíproca de vários princípios constitucionais expressos ou a estes imanentes.

Assim, identificam-se, na CF/88, os núcleos do modelo constitucional do processo nos princípios que se seguem, coextensos, uns em relação aos outros, para que se os tenha em uma unidade complexa.

⁴ “Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado em lei, à defesa e assistência por advogado, a serem informados da acusação contra si deduzida, a um processo público sem postergações indevidas e com todas as garantias, a usar os meios de provas adequados para sua defesa, a não prestarem declarações contra si próprios, a não se confessarem culpados e à presunção de inocência” (tradução nossa).

⁵ Tais princípios não são propriamente sincategoremáticos, como os elementares da teoria do processo (jurisdição=>ação=>processo=>caso julgado), mas complementam-se e entretecem-se reciprocamente. São, pois, coextensos. Ainda quanto aos princípios, para maior detalhamento, ver itens 16 e 25 de Caputo (2016).

2 Sistema constitucional de justiça, sistema constitucional do processo, princípio do acesso ao Estado-jurisdição - acesso à jurisdição ou ao sistema de justiça (art. 5º, XXXV e LXXVII), princípio da intangibilidade da coisa julgada - segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) e princípio da motivação (arts. 5º, LX, e 93, IX)

No sistema constitucional de justiça, que é indissociável, portanto, de uma sistêmica modelação constitucional do processo, avulta o direito de acesso ao Estado-jurisdição.

Os incisos XXXIV, alínea *a*, e XXXV do art. 5º da Constituição Federal ditam que é a todos assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos, e que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (como, aliás, reforçado no CPC, art. 3º).

Significa dizer que, tendo acesso aos seus órgãos, o cidadão tem acesso à jurisdição (como poder-dever-função do Estado) para garantir a incolumidade de sua esfera jurídica, seja esta protegida por direito expresso em lei, seja protegida pelo campo de domínio normativo, ou âmbito da norma, ou matéria ou conteúdo da norma; enfim, aquilo que não for contrário ao direito em si merece proteção do Estado, notadamente os direitos fundamentais, todos de aplicação imediata, como prescreve o § 1º do mesmo art. 5º da Constituição Federal.

Compatibiliza-se o princípio da legalidade (art. 5º, II) com os princípios constitucionais da separação dos Poderes (Preâmbulo e art. 2º, 2ª parte), da cidadania (art. 1º, I) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), criando um sistema, independentemente de previsão legal expressa (art. 5º, LXXI, art. 102, I, *q* e § 1º), de pretensões individuais e coletivas (art. 5º, LXX e LXXIII, arts. 127, *caput*, e 129, III e IX), para cujo atendimento corresponderá um sistema de justiça.

Reserva-se ao poder jurisdicional a exclusividade, sempre, da “última palavra”, e, muitas vezes, também da “primeira palavra” (CANOTILHO, 2003, p. 668-669).

Assim, nem mesmo a lei poderá limitar o direito de quem tenha legítimo interesse à proteção da jurisdição, e esta, ainda que para não reconhecer uma pretensão deduzida (afirmação ou invocação de direito), obriga-se a uma resposta ao jurisdicionado.

Seguem, disso, exatamente outras designações que procuram lhe apurar o significado e alcance, como acesso à ordem jurídica justa, inafastabilidade da jurisdição ou do controle jurisdicional, e até ubiquidade da jurisdição (BUENO, 2007, p. 101).

A complementar tal normatização, vem o art. 5º, LXXVII, já no plano constitucional, prever a gratuidade para o manejo de *habeas corpus* e *habeas data*, bem como, na forma da lei, dos atos necessários ao exercício da cidadania.

Nesse contexto constitucional, a metassíntese da atividade jurisdicional própria de um Estado Democrático de Direito é a produção, por assim dizer, de um processo justo (ou devido, se se o preferir), animado por procedimento estruturado em bases cooperativas e isonômicas para o exercício do contraditório e defesa ampla de posições que se sustentarem ao longo do debate jurisdicional (CPC, arts. 4º, 6º e 7º), da coisa julgada.

O art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal enuncia que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, contendo a densidade normativo-constitucional aí apregoada o chamado princípio da intangibilidade da coisa julgada (segurança jurídica).

Assim, a lei não prejudica, primeiro, retroagindo e fazendo cessar eventuais efeitos já sedimentados do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Segundo, não prejudica se mantido o equilíbrio entre as três proeminentes fontes de normatividade de

todo o ordenamento jurídico: a lei, o contrato e a coisa julgada ou caso julgado (para lembrar a terminologia empregada na antiga LICC, hoje LINDB).

O direito, frise-se, não aspira a ser estático, mas estável. A sociedade (o povo político-juridicamente organizado), aliás, aspira a uma estabilidade que lhe permita viver de acordo com seus objetivos.

É indispensável que essa segurança, escolhida nas instâncias políticas plurais da democraticidade, manifeste-se juridicamente.

Essa a justificação para o predito art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

O art. 5º, XXXVI, quando disse que ‘a lei não prejudicará a coisa julgada’, não quis dizer apenas que a lei não pode modificar a situação definida pela decisão que produziu coisa julgada, mas sim que nenhuma lei infraconstitucional pode negar ou desproteger a coisa julgada. Qualquer lei que diga que uma decisão, proferida em processo em que todos os argumentos e provas puderam ser apresentados, pode ser revista pelo Poder Judiciário, não acatada pelo Poder Executivo, ou alterada ou modificada pelo Poder Legislativo, é uma lei inconstitucional. De outra parte, como escreve Luís Roberto Barroso, ‘sempre se considerou que o respeito às situações protegidas pela autoridade da *res iudicata* figurava como limite à retroatividade do julgado, a menos que haja a possibilidade legítima de desconstituí-la por via de ação rescisória. É importante ressaltar que a circunstância de a legislação infraconstitucional prever hipóteses em que a coisa julgada pode ser desconstituída não significa que a coisa julgada não esteja protegida pela Constituição. Os casos de ação rescisória, no processo civil brasileiro (art. 485, CPC), são plenamente legítimos, não configurando inconstitucionalidade’ (MARINONI, 2008, p. 68-70).

Note-se que, mesmo quando fora do art. 5º da Constituição Federal, esparsos no seu texto, os princípios acima elencados não per-

dem sua coextensão e unidade complexa, até mesmo por força do § 2º do mesmo artigo.

Essa unidade, *em si*, tem reflexos até para a terminologia a ser empregada, como explica Bueno:

[...] não obstante reconhecendo — nem poderia ser diferente — o amplo emprego das expressões acima destacadas pela doutrina em geral [processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar], este *Curso* não as utilizará. Mesmo que o Código de Processo Civil seja dividido em ‘Livros’, os três primeiros voltados a disciplinar um ‘tipo’ de ‘processo’ (conhecimento, execução e cautelar, respectivamente), parece ser mais correto, à luz do ‘modelo constitucional do processo civil’, que, no particular, tem sido muito bem implementado pelas profundas transformações legislativas pelas quais vem passando o Código de Processo Civil nos últimos 15 (quinze) anos, empregar a palavra ‘processo’, sem adjetivações. O que aceita eventuais qualificativos é a atividade jurisdicional que o autor pede seja prestada em cada caso concreto — é a atuação jurisdicional que justifica o ‘processo’, o ‘atuar processualizado’ do Estado-juiz —, mas isto, vale a ênfase, não transmuda a natureza, o tipo, a classe, a espécie do processo. Ele continua a ser processo, só ‘processo’ (BUENO, 2007, p. 379-380).

No mesmo passo, Bedaque:

Em última análise, portanto, a classificação da ação e do processo é feita em função da tutela pleiteada pelo autor. Segundo construção tradicional, a tutela jurisdicional pode ser classificada em *cognitiva* (declaratória, constitutiva e condenatória), *satisfativa* ou *executiva* e cautelar. Diante dessas considerações, ao classificar a tutela jurisdicional chega-se, conseqüentemente, à classificação da ação e do processo. Em última análise, a modalidade de tutela determina o tipo de ação e de processo (BEDAQUE, 2001, p. 508-509).

De um extremo a outro do ordenamento jurídico, ou seja, do “*momento legislativo*” ao “*momento jurisprudencial do direito*”, na sua “*relação lógica*” (GRAU, 2006, p. 70), interpõe-se o processo com toda a sua carga principiológica-constitucional e a sua intrincada e inteiramente recíproca implicação: jurisdição \Leftrightarrow ação \Leftrightarrow processo \Leftrightarrow caso julgado.

“O [Estado-] juiz [...] passa a ser, hoje, compreendido como elo fundamental na cadeia de produção normativa” (BUENO, 2007, p. 78), e o processo assume extrema relevância nesse contexto.

Do papel concretizador de todo o direito, e que tem lugar no processo, resulta o caso julgado ou coisa julgada como ponto final da busca estável por segurança jurídica, e o processo, desse modo, só pode ser qualificado de devido, ou justo, num Estado Democrático de Direito, se fizer atender a todos aqueles princípios legitimadores do ato de decidir.

Não é difícil ver que a pedra de toque do modelo constitucional do processo, referenciado pela permanente necessidade de democracia, é a participação isonômica para a construção do provimento final, o que só poderá ser aquilatado pela motivação que conduza à sua parte dispositiva (reveladora e delimitadora da norma concreta ou norma de decisão),⁶ tudo passando a ser, assim, exigência de aptidão à coisa julgada não só formalmente válida, mas legítima.

Esta legitimação *processual*, a qual só se dá através do processo justo ou devido, é que é o verdadeiro sustentáculo da coisa julgada, ou caso julgado (nos termos, ainda, da LINDB).

⁶ “Por outro lado, cumpre ressaltar que a norma é o significado da disposição normativa, não se confundindo de tal sorte com o texto. O intérprete, o aplicador do direito, entre eles o juiz, o chamado intérprete autêntico, interpreta não as normas, mas textos normativos e representações fáticas. O produto da interpretação é a norma, a norma de decisão, no caso do juiz, ou a norma simplesmente reguladora, nos demais casos”, lembra Oliveira (2010, v. 1, p. 2).

Como sabido hodiernamente pelas mãos da melhor doutrina, o Estado-juiz não possui liberdade absoluta para decidir, como não a tem o Estado-administrador nem mesmo o Estado-legislador (o que se designará como regime de vinculação⁷), entretanto, há uma grande margem para sua atuação, mormente em um ordenamento jurídico próprio de uma sociedade democrática, pluralista (o que reconhecido expressamente no Preâmbulo da Constituição) e complexa.

Nesse contexto, assume especial relevo a participação das partes legitimadas no processo, as quais, através de seu efetivo e permanente diálogo uma com a outra, e ambas com o Estado-juiz, vão procurar colaborar na construção do provimento final (não obstante, em busca, cada qual, da prevalência de seus interesses).

O juiz não está vinculado a nenhuma hierarquia ou tipo de prova ou de alegação, seja de que parte for, mas não pode se desvincular delas no seu contexto, na medida de sua importância para o deslinde do litígio posto para apreciação jurisdicional (e nem mesmo o sistema de *precedente vertical* afasta tal assertiva, não só porque não se baseia na hierarquia e sim num esquema de funcionalidade, como também porque sempre será possível ao juiz o *distinguishing*⁸).

O convencimento do juiz, assim, é relativamente livre, tendo de ser inicialmente externado para que as partes saibam do que ele foi ou não racional e argumentativamente (de acordo com as regras próprias do discurso jurídico permitidas pelo processo devido, justo ou constitucional — como se queira) convencido e para que possam exercer sobre isso a fiscalidade democrática, tanto de validade como de legitimidade.

⁷ Para maior detalhamento, ver itens 20, 21, 24 e 25 de Caputo (2016).

⁸ Para maior detalhamento, ver itens 23, 198, 375, 376, 390, 399 e 400 de Caputo (2016).

Tudo isso, aliado à possibilidade de publicidade (tanto a externa, que é a regra, como a interna, das partes e seus advogados, que são indispensáveis à administração da justiça — Constituição Federal, art. 133, *caput*), permite a fiscalidade também da própria sociedade e ante o caráter normativo das decisões jurisdicionais, inclusive para referencial de comportamentos ulteriores. Daí que:

Não é despropositado, muito pelo contrário, referir-se ao princípio da motivação como uma forma de o magistrado ‘prestar contas do exercício da sua função jurisdicional’ ao jurisdicionado, aos demais juízes, a todos os participantes do processo e, mais importante — e como consequência inafastável —, a toda sociedade (BUENO, 2007, p. 128).

A motivação tornada pública, interna ou externamente, não é só, observe-se, uma garantia das partes e da sociedade, é uma garantia do Estado-jurisdicção e da própria Magistratura (enquanto composta de agentes políticos encarregados da importantíssima missão de julgar), no sentido de, com isso, comungar tão grave responsabilidade com toda a comunidade.

[...] fala-se em garantia de ordem política, em garantia da própria jurisdição. Os destinatários da motivação não são mais somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de verificar se o juiz, e por consequência a própria Justiça, decide com imparcialidade e conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional. Ainda, às partes interessa verificar na motivação se as suas razões foram objeto de exame pelo juiz. A este também importa a motivação, pois, através dela, evidencia a sua atuação imparcial e justa (FERNANDES, 2003, p. 129).

A motivação tem o condão de revelar aos olhos do mundo a imparcialidade, o uso legítimo da autoridade estatal e as implicações

dos atos do Estado-juíz sobre a vida da comunidade, desde as questões mais particulares, até as mais gerais.

3 Ação - Direito de petição e direito de acesso - Demanda e pretensão - Tutela jurisdicional e resolução de mérito em sentido estrito

As finalidades constitucionais expostas nos itens anteriores não seriam alcançadas se os mencionados *elementares da teoria do processo* (jurisdição-processo, processo-jurisdição) não se combinassem com a *ação*.

O direito de ação tem igualmente sede constitucional por imposição histórica nas democracias ocidentais, e sua noção é ínsita ao devido processo, do que deriva a superfetação do art. 5º, XXXIV, *a*, e XXXV, da Constituição Federal.

A “ação” comumente é expressa como um direito subjetivo público, abstrato e autônomo, de pedir ao Estado-jurisdição (ou Estado-juíz) uma providência (um provimento que regule o caso concreto, ou proteja seu objeto útil, ou a implementação do já acertado antes, pelas próprias partes ou jurisdicionalmente) em proteção ao “direito invocado”; enfim, o direito de provocar a jurisdição.

O direito de ação, por esse prisma, está mais próximo do direito de petição do que do direito de acesso em si.

O direito de acesso, além de se impor para afastar a negativa de jurisdição, é um princípio-vetor a orientar, quanto a tal tema, num primeiro passo, o processo legislativo, já que se veda qualquer lei que importe em subtrair do cidadão o acesso à jurisdição; e, num segundo passo, a interpretação e aplicação das leis processuais no plano infra-constitucional.

Se a função jurisdicional do Estado é inerte, não permitir o acesso a ela importaria em negá-la, daí a vedação de lei que isso estabele-

leça ou da qual isso decorra (Constituição Federal, art. 5º, XXXV). Note-se que tal disposição constitucional norteia o processo legislativo (Constituição Federal, art. 60, § 4º, IV) precipuamente e, reflexivamente, assegura em si o exercício do direito de ação dos cidadãos. Para isso, como dito, bastaria a cláusula histórico-política do *due process*, em primeiro plano, e seu corolário democrático, que é o direito de petição.

O direito de petição, sim, historicamente, está mais próximo do direito de ação, que pode ser definido como aquele direito democrático de petição exercido especificamente perante a jurisdição (Estado-juiz), a qual, uma vez que não pode ser negada, acaba pelo exercício da ação sendo provocada e obrigada⁹ a dar uma resposta jurisdicional ao cidadão provocante: uma espécie de antídoto democrático à inércia própria da jurisdição.

No dizer de Correia (2003), a evolução das teorias sobre a ação permite um aprofundamento do seu conceito à luz das “liberdades públicas”, já que poria em ressalto o poder judicial como um poder independente, e seu exercício, inclusive contra o próprio Estado, exigiria uma plena liberdade do cidadão de exercitá-la e a abstenção estatal de a vedar; enfim, o pleno poder de acionar.

Daí que, para nominado autor, a ação “é um poder constitucionalmente conferido aos cidadãos” e que “coloca o Estado em situação de dever, o dever de prestar a jurisdição, bem como de fazê-lo da forma mais eficiente para o exercício da cidadania” (CORREIA, 2003, p. 65-71).

No mesmo sentido de simplificação do conceito de ação posiciona-se Bedaque:

A moderna doutrina processual identifica a *ação* como o direito ao processo, cujo conteúdo mínimo encontra-se nas garantias constitucionais. É na Constituição que se encontra a regra

⁹ Diz-se, também, que o Estado, com a provocação, passa a ser “devedor da jurisdição”, cf. Silva e Gomes (1997, p. 130).

fundamental sobre a ação (art. 5º, XXXV), sendo desnecessário identificar ‘outra’ ação no plano processual. A garantia constitucional representa não mero direito formal ao processo, mas garantia substancial a um processo justo, concebido como aquele apto a proporcionar ao titular do direito a tutela adequada. [...] Suficiente essa visão do fenômeno *ação*. Embora respeitável e fundada em sólidos argumentos, dispensável à compreensão dessa categoria processual a construção sobre ação de direito material, com todas as suas consequências. A sofisticada elaboração doutrinária acaba por contaminar a ideia de *ação* por elementos da situação de direito substancial, tornando extremamente complexo algo muito simples [...] (BEDAQUE, 2006, p. 231-233).

Se a ação representa uma liberdade pública e é garantia a um processo jurisdicional devido ou justo, dispensada fica mesmo a sua dicotomia em ação de direito material e ação processual, como faz a doutrina tradicional, de um lado, e, de outro, reforça-se sua posição mais alinhada ao direito de petição próprio das democracias ocidentais.

Todavia, impende frisar que a ação, em sendo o exercício do democrático direito de petição especificamente direcionado ao Estado-jurisdicção, em razão das características desta como componente indissociável de um “sistema de justiça” inserido no ordenamento jurídico, deve atender a determinadas condições, ou melhor, determinados requisitos.

Também, como se verá abaixo, a *defesa* de outras eventuais partes, que deverão merecer isonomicamente a mesma atenção do Estado-jurisdicção, exige a bilateralização da ação, sujeita, assim, a requisitos, sem o que se correria o risco de afetar desnecessariamente a esfera jurídica alheia.

Disso resultaria que a previsão genérica do art. 2º do CPC/1973¹⁰ não seria inconstitucional, nem aquelas que “condicionam” a ação (a demanda, mais precisamente — art. 267 e §§ daquele código; CPC, art. 485 e §§), desde que isso não se transfigure em negativa de jurisdição nem em vedação *prima facie* do exercício do direito de petição (a ação, mais precisamente) ao Estado-jurisdição.

Esclarece Bueno:

Seria possível recusar a aplicação da *lei processual civil* e sua expressa opção em adotar as condições da ação — não há por que descartar esta alternativa — na medida em que ela agredisse, de alguma forma, o ‘modelo constitucional do processo civil’. Não é o que se verifica, contudo, com as ‘condições da ação’. A circunstância de o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal garantir que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito tem de ser entendida, como qualquer outro princípio constitucional, aliás [...], em seu devido contexto jurídico, já que de *princípio constitucional* se trata. [...] As condições da ação, entendidas neste contexto do ‘modelo constitucional do processo civil’, têm como finalidade precípua a de evitar desperdício de tempo e de atividade jurisdicional, racionalizando sua prestação com vistas à concessão de tutela jurisdicional. A opção política feita pelo Código de Processo Civil brasileiro ao disciplinar as ‘condições da ação’ encontra fundamento suficiente no art. 5º, LXXVIII, e, mais amplamente, antes dele no princípio do devido processo legal do inciso LIV [...] (BUENO, 2007, p. 351-352).

A regulação dessa especificidade do direito de petição (a ação como mecanismo de provocação da jurisdição e rompimento da sua inércia, obrigando o Poder Judiciário no mínimo a uma resposta jurisdicional, que se dá através de provimentos) enseja o estabelecimento de “condições” ou requisitos, sem o que não se justifica o exercício do

¹⁰Para uma comparação completa do CPC/1973 com o CPC/2015: Caputo (2015).

direito de ação *in concreto*, e já faz entrever que não há mesmo identidade entre “ação, demanda, pretensão, lide, causa”.¹¹

A ação é direito de pedir ao Estado-juíz uma providência jurisdicional, ou seja, em última análise e sinteticamente: pleitear a expedição de um provimento que satisfaça uma pretensão.

Como cabe potencialmente a todo cidadão o exercício de tal direito (pois, do contrário, como afirmado, estar-se-ia, de um lado, a negar a jurisdição e, de outro, não provocar o Estado-juíz a uma resposta em respeito ao democrático direito de petição), a doutrina tradicional faz um paralelo com o “civilismo”, definindo-a como um direito “subjetivo” público, abstrato e autônomo, de pleitear ao Estado a “prestação” jurisdicional.

Antes de se chegar a tal entendimento, foi abandonada (não por completo, como visto, já que não se desgarrou do paradigma do “direito subjetivo”) a ideia imanentista (civilista) da ação como mera qualidade do direito material (Friedrich K. Von Savigny, Bernhard Windscheid), e fez-se um sincretismo de várias teorias sobre a ação.¹²

Se se considera, como ora se faz, de um lado, o direito de ação como um direito constitucional de evitação da negativa de jurisdição e, de outro, o rompimento da inércia da jurisdição, enfim, relacionado democraticamente, no Estado Constitucional, ao direito de petição, basta que se o defina mesmo e apenas como um direito de solicitar ao Estado-jurisdição a exarcação de um provimento.

Assim, e não obstante não poder a ação, como manifestação específica do direito de petição, ser, *a priori*, obstada, o seu exercício *in concreto* passa pela verificação de requisitos de admissibilidade quanto à tutela jurisdicional pleiteada (relembre-se, no sentido aqui posto

¹¹ Para ser um pouco mais extenso que Silva e Gomes (1997, p. 129-132), os quais fazem distinção entre direito subjetivo, pretensão e ação.

¹² Ver, por todos, Alvim (2006, p. 116-139). Mais em: Câmara (2014, p. 115 *et seq.*), Cintra *et al.* (2000, p. 248-256). Interessante a abordagem da ação em Rosa (1973, p. 4-13).

de apreciação, para fins de rejeição ou acolhimento, no todo ou em parte, do pedido mediato, isto é, da pretensão material, ou mérito¹³).

Do contrário, não obstante obrigado a uma resposta jurisdicional, o Estado-jurisdicção não está obrigado a uma resposta “de mérito” (tutela jurisdicional propriamente dita), podendo, como sabido, “extinguir o processo sem resolução do mérito”.

É que, embora seja, de regra, vedada a autotutela, remanescem na estrutura da vida em sociedade várias instâncias heterônomas de resolução de conflitos que não só a jurisdicional, a qual, para ser provocada eficazmente, não dispensa mesmo alguns requisitos, até porque, em um Estado Democrático, a posição *do outro* cidadão não pode pura e simplesmente ser desconsiderada, sendo a ação, quanto a este, portanto e ao menos, um direito bilateral. Não pode a isonomia no acesso ser desconsiderada em face dos princípios constitucionais que modelam o processo na modernidade.

4 Requisitos da demanda e requisitos gerais para a tutela jurisdicional

Tal qual para o processo, sempre se verificou, na doutrina, a indicação de previsão de alguns requisitos para o exercício do direito bilateral de ação *in specie* (a demanda — termo direta ou indiretamente empregado 39 vezes no CPC).

Tradicionalmente, a doutrina, com base no CPC/1973, indicava três “condições da ação”, a saber: a) possibilidade jurídica do pedido (ausência de vedação¹⁴ expressa e sistemática no ordenamento jurídi-

¹³ Correia (2003, p. 71, nota 17) entende as condições da ação como requisitos “para se atingir uma sentença de mérito [...]”, e “[...] que mesmo ausente uma condição da ação terá ocorrido exercício do poder constitucional de ação, já que o exercício deste independe do provimento em si, como pretendem os defensores das teorias abstratas da ação”. Bedaque (2006, p. 391) fala em “requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito”. Rosa (1973, p. 5) lembra que, para Chiovenda, aí se cuidaria de “condições de procedência do pedido”.

¹⁴ “Processo civil. Ação declaratória de união homoafetiva. Princípio da identidade física do juiz.

co); b) legitimidade *ad causam* (para a causa); c) interesse de agir (marcado pela necessidade e utilidade do provimento pleiteado).¹⁵

Ante a nova redação dos arts. 17, 330, II e III, 337, XI e 485, VI, do CPC, a possibilidade jurídica do pedido não mais integra o instituto das condições da ação, ou requisitos da demanda, mas, havendo vedação expressa no ordenamento jurídico quanto à natureza de determinado pedido, isso afetará a possibilidade de prolação de provimento jurisdicional (objeto imediato do pedido: pretensão processual) sobre determinado bem da vida (objeto mediado do pedido: pretensão material, mérito), conduzindo à improcedência.

O que se tem no CPC, assim, são dois requisitos da demanda, sem os quais, de antemão, o cidadão postulante não terá direito a um pronunciamento sobre o mérito, ou, noutro giro, o Estado-jurisdicção não está obrigado a exarar um provimento que resolva o mérito, apreciando o caso demandado, mas apenas dando uma resposta (em res-

Ofensa não caracterizada ao art. 132 do CPC. Possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1º da Lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do Código Civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. - Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. - *O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.* - A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. - Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. - É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. - Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. - Recurso especial conhecido e provido” (REsp 820.475/RJ, 4ª Turma, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ o acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 2/9/2008, DJe de 6/10/2008 - dest.).

¹⁵ Detalhamento em: Wambier *et al.* (2002, v. 1, p. 139-147), Cintra *et al.* (2000, p. 256-259), Correia (2003, p. 74-78), Rocha (2003, p. 174-185), Alvim (2006, p. 136-141), Santos (2004, p. 167-172) e Bueno (2007, p. 355-364).

peito ao direito de petição) de justificação de tal proceder (o que afasta a pura e simples negativa de jurisdição).

Pode-se afirmar, então, haver requisitos da demanda ao lado dos requisitos do processo.

Em conjunto, importam os requisitos da demanda, mais os requisitos do processo, positivos e negativos (absolutos e relativos), em requisitos gerais para a tutela jurisdicional.

Ausentes, importam em uma resposta jurisdicional em respeito ao específico direito de petição do cidadão em face do Estado (no caso em particular do Estado-jurisdição, como dito aqui, direito bilateral de ação), mas não à apreciação da demanda (ação exercida *in concreto* — com o pedido como veículo de uma pretensão material — o “mérito” da demanda ou “causa”), resultando no que se designa por “extinção do processo sem resolução de mérito” (na redação do art. 267, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973, dada pela Lei nº 11.232/2005; CPC, art. 485: “o juiz não resolverá o mérito, quando: [...]”), e antes se dizia “absolvição de instância” (para os processualistas antigos — art. 196 do Código de Processo Civil de 1939¹⁶).

Esquemáticamente, tem-se, sendo que i) contém ii) e iii) e iv):

i) requisitos gerais para a tutela jurisdicional:

ii) requisitos positivos do processo (ou requisitos processuais positivos, ou, ainda, requisitos de constituição válida e desenvolvimento regular do processo):

I – juiz investido, não suspeito e não impedido, e juízo competente;

II – petição inicial apta;

III – capacidade processual (capacidade civil de exercício da parte);

¹⁶ Rosa (1973, p. 1-4). Para o julgamento/resolução de mérito: *absolutio a causa*. O art. 9º da Lei nº 4.717/1965 (LAP) ainda usa o termo “absolvição de instância”.

IV – capacidade postulatória (via advogado, quando não facultado o exercício direto pela parte do *jus postulandi*);

V – citação válida;

iii) requisitos negativos do processo (ou requisitos processuais negativos, ou, ainda impedimentos processuais):

VI – litispendência (duas ou mais demandas pendentes/em curso entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido/impedimento processual, absoluto, de renovação de demanda idêntica a outra ainda em tramitação);

VII - coisa julgada (uma demanda que já tenha sido decidida, com trânsito em julgado, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido/impedimento processual, absoluto, de renovação de demanda já resolvida e com trânsito em julgado);

VIII - preempção (impedimento processual, relativo, de re-propositura da demanda);

IX - convenção de arbitragem (impedimento processual, relativo, para a exarcação de provimentos que decorrem do chamado processo de conhecimento);

iv) requisitos da demanda (ou “condições” da ação em concreto):

X – legitimidade para a causa (*legitimatío ad causam*);

XI – interesse de agir (necessidade e utilidade do provimento pleiteado).

A mesma ressalva que se faz quanto aos requisitos do processo tem lugar quanto aos requisitos da demanda, devendo sua verificação ser feita pelo julgador *cum grano salis*, uma vez que funcionalizados em razão dos princípios constitucionais do processo, só devendo ser declarada carente do direito de demandar (e não do de acionar) aquela parte que, em virtude de sua omissão, não permitir o exato e pleno exercício da jurisdição ou vier a trazer prejuízo irremediável à outra parte.

Rosa,¹⁷ lembrando à época a engenhosa solução de Liebman, “uma nova lição”, esclarece que este, “[...] com grande agudeza, chamou a atenção para o nascimento da ação, afirmando que ela é realmente abstrata porém apenas quanto ao resultado; e é concreta quanto ao nascimento” (ROSA, 1973, p. 5).

Do mesmo modo, há que se ter atenção para a aplicação do art. 486 do CPC, já que aí, tal qual no art. 268 do CPC/1973, cuida-se também dos requisitos da demanda, o que, em muitas circunstâncias, como adverte Bedaque (2006),¹⁸ irá produzir coisa julgada e impedir a repositura da demanda, pois seriam casos de “falsa carência”.

5 Da extinção do processo, sem e com resolução de mérito. Conclusão propositiva

Já foi dito e redito que o processo se forma com o protocolo e a distribuição da petição inicial, que documentam o ato de exteriorização de vontade consistente no exercício *in concreto* (demanda) do direito constitucional de ação, até então potencial; e, num segundo estágio, a relação entre autor e Estado-jurisdição se complementa com a citação válida do réu, passando a relação processual, que ao lado do procedimento é elemento intrínseco ao processo justo, a atingir sua plenitude e emprestar a este seu caráter cooperatório e dialogal.

Igualmente já foi dito que a temática relativa à formação, suspensão e extinção do processo, exatamente por se tratar ainda da Parte Geral, não pode ter sua disciplina avaliada de modo desgarrado de outras relevantes regras: a interpretação sistemática se impõe.

Desse modo, os arts. 316 e 317 devem ser contextualizados com os arts. 330 e 331, 337, 354 a 356, 485 a 487 e 924 e 925.

¹⁷Segunda coluna, final. Antes (mesma página, primeira coluna, final), o autor obtempera: “É hoje um lugar comum da ciência processual que há *condições* de nascimento desse direito a que se dá o nome ação. A ação, pois, nasce condicionada.”

¹⁸Bedaque (2006, p. 253 e 353). Para a casuística, Bedaque (2006, p. 250-405).

A extinção do processo dar-se-á por sentença (art. 316), seja na fase de conhecimento (arts. 485 a 487), seja ao encerramento das atividades de cumprimento de sentença/executivas (art. 771 c/c arts. 924 e 925).

Tal deve ser observado quando do julgamento conforme o estado do processo (arts. 354 e 355), e ainda mesmo quando isso importar em julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356).

Antes de proferir decisão extintiva, sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício (art. 317), até porque não é esse o destino pretendido para o processo, mas sim que propicie uma “decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º), em tempo razoável, quanto ao que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si.

Tal alerta está em consonância com a natureza de “requisito-meio” dos requisitos gerais de admissibilidade da tutela jurisdicional (requisitos da demanda mais requisitos do processo¹⁹) e bem assim, repita-se, com os arts. 9º e 10, que afastam a possibilidade da chamada “decisão de surpresa”, e os arts. 139, IX, 317, 352 e 488, que dão especial tratamento ao aproveitamento do processo, dispondo estes últimos, respectivamente, que, se certificando da existência de irregularidades ou vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias, e, desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria o pronunciamento que não o resolve.

Somente se não emendada a inicial (art. 321) ou não sanado o vício no prazo assinalado pelo juiz, é que haverá a extinção do processo sem resolução de mérito.

São casos de indeferimento da petição inicial (art. 330) revelar ela, no seu contexto fático-jurídico (art. 322, § 2º), ser a parte manifestamente ilegítima ou carecer o autor de interesse processual e quando

¹⁹ Para maior detalhamento, ver itens 29, 30, 34, 35, 57, 64, 111 e 165 de Caputo (2016).

for inepta, o que se dá quando: (i) apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito; (ii) lhe faltar pedido ou causa de pedir; (iii) o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; (iv) da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; (v) contiver pedidos incompatíveis entre si; (vi) nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação de bens, o autor não tenha discriminado, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito (o qual deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados); (vii) estar instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação; (viii) o advogado, mesmo que em causa própria, não indicar endereço físico e eletrônico (art. 106).

A petição inicial poderá ser indeferida pelo juiz depois de decorrido o prazo para emenda *in albis* ou, mesmo que emendada, não se atender às determinações judiciais e não se verificarem supridas as exigências do art. 319.

Caso não tenha o juiz, de ofício, observado quaisquer das irregularidades quando da prelibação (que dá já início ao desenvolvimento da sua quase interminável atividade saneadora), depois de citado, nada impede o réu de arguir em preliminar de contestação as matérias elencadas no art. 337, podendo o juiz, ulteriormente, pronunciar-se pela extinção do processo sem resolução de mérito.

Eis o rol do art. 337: I - inexistência ou nulidade da citação; II - incompetência absoluta e relativa; III - incorreção do valor da causa; IV - inépcia da petição inicial; V - perempção; VI - litispendência (quando se reproduz ação anteriormente ajuizada e ainda em curso, idênticas — as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido); VII - coisa julgada (quando se repete ação idêntica a outra que já foi julgada por decisão transitada em julgado); VIII - conexão;²⁰ IX

²⁰ Para maior detalhamento, ver itens 51, 74, 75, 76.2, 85 e 92 de Caputo (2016).

- incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; X - convenção de arbitragem; XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual; XII - falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar; XIII - indevida concessão do benefício da gratuidade de justiça.

Fecham o rol de tais possibilidades de extinção do processo sem resolução de mérito os incisos II a X do art. 485 quando: o processo ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes, e, havendo intimação pessoal, a parte não suprir a falta no prazo de cinco dias; não promover os atos e as diligências que lhe incumbirem, o autor abandonar a causa por mais de 30 dias, se intimado pessoalmente para suprir a falta no prazo de cinco dias, não o fizer — e, oferecida a contestação, houver requerimento do réu; verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; reconhecer a existência de preempção (o que se verifica se o autor der causa, por três vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não podendo propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto — ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito), de litispendência ou de coisa julgada; verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem, ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; homologar a desistência da ação; em caso de morte da parte, o direito veiculado na ação for considerado intransmissível por disposição legal; nos demais casos prescritos no Código (como é o caso do § 1º do art. 486, pois mesmo se podendo propor nova ação em razão da extinção fundada em litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII, esta depende da correção do vício que levou à extinção do processo sem resolução do mérito, e também de a petição inicial, sob pena de sequer ser despachada, obrigatoriamente vir acompanhada da prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado da demanda extinta).

O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado (art. 485, § 3º), da ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; da existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; da ausência de legitimidade ou de interesse processual; da *intransmissibilidade da ação* (em verdade, repita-se, do direito veiculado na demanda) por disposição legal, em caso de morte da parte.

Registre-se, uma vez mais, que, nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, em que houve citação válida, os efeitos materiais da citação previstos no art. 240 não são afastados, pois é ínsita ao ato procedimental citatório a *interpellatio*.

Ao lado da extinção sem resolução de mérito, pode haver extinção com resolução de mérito.

Isso pode se dar antes da citação, no caso de improcedência liminar do pedido do autor (art. 332), ou no estado em que se encontrar o processo (julgamento antecipado total ou parcial do mérito — art. 354 e parágrafo único, c/c arts. 355 e 356), ou, ainda, após a fase probatória (arts. 369 a 484), na fase decisória (art. 366 c/c art. 487).

Haverá, assim, resolução de mérito quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção (art. 487, I).

Somente quando acolhe ou rejeita, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes (art. 490), é que há genuína resolução de mérito.²¹

Os demais casos são equiparados quanto à sua possível eficácia à hipótese do art. 487, I, e 490, mas não são, própria e genuinamente, de *resolução jurisdicional de mérito*.

A vocação do processo, no seu papel polimedial no Estado Democrático de Direito,²² é tornar o Estado-juiz apto a julgar, em face de

²¹ Para maior detalhamento, ver itens 115, 165 e 195.4 de Caputo (2016).

²² Para maior detalhamento, ver itens 28 a 30, 32, 96 e 162 de Caputo (2016).

uma pretensão, e com isso fazer formar a coisa julgada ou caso julgado, enfim, criar a norma de decisão ou norma concreta — e isso só se dá genuinamente na hipótese estrita do art. 487, I.

Nas demais hipóteses, há equiparação, mas não propriamente resolução de mérito.

Veja-se bem a casuística dos demais incisos do art. 487.

O reconhecimento da prescrição é exatamente um empeco material a que se aprecie a pretensão deduzida no pedido (exatamente *o meritum causae*), deixando-o claro a não mais poder o art. 189 do CC: violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Ora, se a pretensão encontrou, no lapso de prazo material, por si só, um empeco intransponível no ordenamento jurídico, o juiz, na hipótese do art. 487, II, reconhecerá tão somente isso (o óbice material), e não tangenciará, de forma alguma, a pretensão em si, válido dizer, o mérito, e assim não faz juízo de valor o acolhendo ou o rejeitando.

Quanto à decadência, se, de um lado, o juiz só pode conhecer de ofício da legal (art. 210 do CC), e não da convencional (cuja alegação, em qualquer grau de jurisdição, cabe à parte a quem aproveita — art. 211 do CC; CPC, art. 2º, final), de outro, sequer haverá o pressuposto de “nascimento da pretensão” encontrado no art. 189 do CC, pois que o tempo fulmina aí o próprio direito material; portanto, mais inviável ainda ao juiz conhecer o incognoscível, ou seja, de um direito que nem sequer mais existe por força do tempo!

Na atividade homologatória referida no inciso III do art. 487, igualmente não há genuína apreciação da pretensão/resolução de mérito, pois a resolução do conflito que originou a lide (conflito posto em juízo) se dá unilateralmente, no caso da prática de ato dispositivo do autor ou réu-reconvinte que renunciam às suas pretensões, ou ato submissivo do réu ou autor-reconvindo que reconhecem a procedên-

cia do pedido formulado na demanda (“ação”) ou na reconvenção (demanda inversa).

Atente-se que os atos processuais (atos “do” processo ou atos procedimentais) das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais (art. 200).

No caso do contrato civil de transação (CC, arts. 840 a 850), a resolução do conflito que originou a lide (conflito posto em juízo) se dá *inter pars*.

Se se tratar de conciliação (“autocomposição” — arts. 139, V; 154, parágrafo único; 165; 334, § 11), igualmente, é ela, que se deu materialmente ao ensejo da presença das partes em ato procedimental, que será homologada por sentença.

De outro lado, em nenhuma dessas hipóteses, seja a de genuíno julgamento de mérito, seja nos casos equiparados, haverá peremptória extinção do processo.

Esta, apenas, a depender das particularidades do caso concreto, poderá haver ou não.

Em boa hora o art. 354 corrigiu a errônea técnica que, mesmo após as reformas (notadamente com as novas redações dadas aos art. 267 e 463 do CPC/1973), persistiram no art. 329 do CPC/1973, que continuava a falar indistintamente em extinção do processo.

Agora não se fala mais em proferir sentença extinguindo o processo, mas tão só, como está no art. 354, que o juiz proferirá sentença nos casos do art. 485 e 487. Se se seguirá ou não a extinção, isso deverá ser verificado caso a caso pelo juiz.

Nos casos de sentença que decreta a prescrição ou a decadência, seguir-se-á a extinção do processo, que correrá apenas quanto aos aspectos secundários e eventuais de tal provimento, no que possa respeitar ao pagamento de honorários, custas etc., caso não haja adimplemento.

No caso de sentença homologatória quanto à renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção, seguir-se-á a extinção do processo, que correrá apenas quanto aos aspectos secundários e eventuais de tal provimento, no que possa respeitar ao pagamento de honorários, custas, etc., caso não haja adimplemento.

Nos casos de sentença homologatória quanto ao reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção e transação, seguir-se-á a extinção do processo somente no caso de haver pronto e integral adimplemento.

Por fim, há situação não vislumbrada imediatamente nesses artigos, que é a decorrente da improcedência, que importa numa consequência declaratória negativa, em face do autor, em que, de regra, apenas os efeitos secundários decorrentes da sucumbência é que serão perseguidos. Aliás, no caso de demanda declaratória,²³ na qual se promove a “certificação” e “individualização” da situação jurídica de cada qual das partes, o STJ vem entendendo que a improcedência, em muitos casos, independentemente de pedido contraposto ou reconvenicional, pode vir a constituir título executivo em favor do réu, não caracterizando tal consequência julgamento *extra petita*.

Registre-se, ainda, a extinção anômala prevista no § 1º do art. 304.²⁴

Há um último caso que se vislumbra como equiparado à resolução de mérito, mas não de genuíno julgamento de mérito: a improcedência pela impossibilidade jurídica do pedido.

Impossibilidade jurídica do pedido no processo civil só se verificará ante expressa vedação no ordenamento jurídico.

Remanescendo somente a legitimidade *ad causam* e o interesse processual de agir como expressos requisitos da demanda, não há

²³ Para maior detalhamento, ver itens 31, 165, 196 e, especialmente, 205 de Caputo (2016).

²⁴ Para maior detalhamento, ver item 55 de Caputo (2016).

fundamento legal direto e específico para a extinção sem resolução de mérito ante a impossibilidade jurídica do pedido.

Muitos certamente dirão (e há certa dose de razão nisso) que, se se deduz uma pretensão em juízo que é vedada pelo ordenamento jurídico (vale lembrar a dívida de jogo e o comércio ilegal de órgãos humanos, por exemplo), faltaria interesse processual de agir ao autor.

Outros, certamente, objetarão (e há certa dose de razão nisso também) que se fosse uma mera falta de interesse de agir, o autor poderia renovar a demanda, mas isso não seria viável, pois não há como suprir essa “condição da ação” ou requisito da demanda.

Mas não se trata de uma coisa nem de outra.

O que resta de pronto refratado aí é a pretensão jurisdicional (objeto imediato do pedido), pois o juiz não poderá tutelar de espécie alguma (nem cognitivamente: declaração, constituição ou desconstituição, condenação, mandamento ou ordem de execução *lato sensu*; nem cautelarmente; nem executivamente) um pedido que é vedado pelo ordenamento jurídico, pois aí se encontra um dos limites de elasticidade do sistema de justiça em face do sistema de direito, a antinomia.²⁵

Não se chega, tal qual noutros casos acima elencados, pois, a ferir o mérito propriamente, pois, ao julgar a lide, verá o juiz que a própria pretensão jurisdicional é de impossível acolhimento e, assim, proferirá sentença assemelhada às dos incisos II e III do art. 487 (c/c art. 316).

Isso confirma, lado outro, o que vem lançado no plano desta obra: de nada adiantaram mudanças meramente redacionais no CPC quanto ao que o CPC/1973 designava corretamente em muitas passagens como julgamento da lide e que agora vieram sob a designação de julgamento do pedido ou de mérito (*e.g.*, arts. 355, 356, 503 e § 1º, I).

²⁵Para maior detalhamento, ver itens 19 e 21 a 23 e também itens 32 e 96 de Caputo (2016).

A realidade é bem outra: não se pode julgar o mérito (objeto mediato do pedido, pretensão material), sem antes julgar a lide.

Julga-se a lide para, afastando a ausência dos requisitos gerais de admissibilidade da tutela jurisdicional (requisitos da demanda mais requisitos do processo — pontos relevantes sobre direito processual) e se superando as “questões de mérito” (pontos relevantes e controvertidos quanto aos fatos e o direito material), ver da viabilidade da pretensão jurisdicional (objeto imediato do pedido) e da pretensão material (objeto mediato do pedido).

Na tutela cautelar, como já visto, se não presente a probabilidade processual e o risco ao objeto útil do processo principal, mostra-se inviável a pretensão jurisdicional de natureza cautelar, o que merecerá, assim, a improcedência, sequer se avaliando a pretensão material em si (que é a de aplicação de uma medida cautelar — dentre as exemplificadas no art. 301), cessando aí a atividade cognitiva do juiz, que dispensa o passo seguinte, que seria naturalmente a apreciação do “mérito cautelar” em sentido estrito.

No caso da impossibilidade jurídica do pedido, dá-se o mesmo, obviamente no plano da tutela cognitiva.

Se presente a impossibilidade jurídica, por expressa vedação no ordenamento jurídico, mostrar-se-á inviável acolher a pretensão jurisdicional (objeto imediato do pedido), o que merecerá, já aí, o decreto de improcedência do juiz, nem sequer se avaliando a pretensão material em si (que seria o objeto mediato do pedido, a pretensão material: mérito), cessando naquele ponto a atividade cognitiva do juiz.

Ou seja, no caso de impossibilidade jurídica, está-se diante de um julgamento da lide, não para fins de acolhimento ou rejeição do mérito (no sentido estrito que corresponde à pretensão material: o “bem” da vida demandado), mas sim para rejeição da pretensão jurisdicional (pedido imediato do pedido).

Assim, adiante-se, o art. 487, no seu enunciado e inciso I, contém a imperfeição de dizer, antes de mais nada, sobre mérito, e só depois, pedido, sendo que o correto seria o contrário, ou seja, há resolução de mérito somente quando a segunda parte do pedido (ou o objeto mediato do pedido: pretensão material) é resolvida, no todo ou em parte.

Se se tomar nesses termos a menção à expressão “pedido” no inciso I do art. 487, desconsiderando aquela atécnica inversão, poder-se-ia afirmar que a impossibilidade jurídica seria caso de resolução “de mérito” (em sentido *lato*, atécnico).

Se se quiser evitar tal erronia, melhor assemelhar a improcedência por impossibilidade jurídica aos demais casos dos incisos II e III do art. 487, pois que aí haverá o julgamento da lide e a apreciação do pedido (imediato, de pretensão jurisdicional), que já será refratado, não se chegando, própria e genuinamente, ao julgamento de “mérito” (segunda parte do pedido, *id est*, objeto mediato do pedido: pretensão material ou “mérito”).

Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. *Código de Processo Civil articulado*. 2. ed. Leme: JH Mizuno, 2016.

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. *Quadro comparativo: CPC 1973 com NCPC*. Belo Horizonte: TJMG, EJEJF, 2015. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/6408>.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. v. I.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Samir José Caetano. Um panorama das garantias fundamentais do processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 61, p. 84-104, abr. 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROSA, Eliézer. *Dicionário de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1973.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. Aula magna de encerramento de ano letivo, 2008. Poços de Caldas: Pontifícia Uni-

versidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-a-cesso-a-justica-constituicao-e-processo-desafios-constitucionais-da-reforma-do-processo-civil-no-brasil>.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et al.* *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Coordenação de Luiz Rodrigues Wambier. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

18. Técnica processual e tutela jurisdicional: as contribuições de José Carlos Barbosa Moreira

Pedro Augusto Silveira Freitas

Assistente Judiciário do TJMG.

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1 Introdução

As diversas crises, individuais ou coletivas, que surgem na dinâmica social, demandam a criação de técnicas processuais adequadas para a sua resolução. Naquelas hipóteses em que o método jurisdicional se apresentar o mais adequado para a solução do problema, o Direito Processual passa a atuar, disponibilizando instrumentos adequados à resolução daquela temática em específico.

Justamente por isso, o Direito Processual deve ser estruturado de modo correto, e as técnicas processuais que compõem a sua estrutura devem, necessariamente, estar devidamente entrelaçadas com as mais diversificadas situações mercedoras da tutela jurisdicional.

José Carlos Barbosa Moreira, em estudo destinado a aferir a efetividade do processo — como instrumento para a realização da tutela dos direitos —, elaborou um programa básico, elencando os requisitos essenciais que o processo deve buscar satisfazer para merecer a qualificação de efetivo (MOREIRA, 1984, p. 27).

De acordo com o seu ideário, o processo deveria contar com as seguintes características:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive, quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quando puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica e utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias (MOREIRA, 1984, p. 27-28).

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, que deverão ser utilizáveis por quaisquer que sejam os titulares dos direitos ou das posições jurídicas de vantagem. A elaboração desses “instrumentos de tutela” — leia-se técnica processual — deve estar atenta à promoção da efetividade do processo, ou seja, à “aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena” (MOREIRA, 1984, p. 27).

Infere-se, desse modo, que a finalidade da técnica processual é eminentemente instrumental, na medida em que pretende a promoção da efetividade do processo, obtida por meio da prestação de uma tutela jurisdicional adequada e específica aos mais diversos direitos.¹

¹Segundo Cândido Rangel Dinamarco, toda técnica “só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução dessa finalidade. Daí a ideia de que todo objetivo traçado sem o aporte da técnica destinada a

José Carlos Barbosa Moreira denuncia, no particular, a falsa ideia da oposição entre o empenho de efetividade e a boa técnica, isso porque, conforme preleciona o ilustre autor, “efetividade e técnica não são valores contrastantes ou incompatíveis, que deem origem a preocupações reciprocamente excludentes, senão, ao contrário, valores complementares, os quais reclamam a nossa mais cuidadosa atenção”. Ao final de sua argumentação, afirma que “a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade” (MOREIRA, 1997, p. 28).

O mencionado autor aponta dois critérios para aferição da efetividade social do processo, dizendo que, “de acordo com o primeiro, será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça”. Numa outra perspectiva, “merecerá a denominação de efetivo, do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses” (MOREIRA, 2004, p. 27).

Portanto, para bem compreender a proposta de Barbosa Moreira, faz-se necessário identificar quais são os elementos, semânticos e estruturais, que compõem a técnica processual, a fim de se alcançar a efetividade do processo e se permitir a prestação de uma tutela jurisdicional especializada e efetiva aos mais diversos direitos.

A consecução desse objetivo perpassa pelos seguintes objetivos, que serão abordados no presente ensaio: i) identificar o fundamento teórico para a exigência de um processo efetivo; ii) conceituar a expressão técnica processual; iii) apurar o desenvolvimento da técnica processual; iv) identificar a premissa interpretativa para o adequado desenvolvimento da técnica processual.

proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados” (DINAMARCO, 1993, p. 224-225).

2 O processo enquanto direito do homem

A partir da segunda metade do século XX, tornou-se imperioso a instituição de uma ordem comum sobre os direitos e as liberdades do homem, dentre eles o direito a um sistema de justiça adequado e eficaz. Desse modo, os tratados e os documentos internacionais passaram a prever, de forma expressa e incontestável, o processo como direito do homem e, nessa medida, como método de garantia, proteção e efetivação dos mais variados direitos, previstos no ordenamento jurídico no qual o indivíduo se encontra inserido (COMOGLIO, 2004, p. 21).²

Bem por isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos apregoa que “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”, bem como o direito, “em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.³ De igual forma, a Convenção America-

² Nesse sentido, Luigi Paolo Comoglio afirma que “[...] é um dado historicamente incontestável o fato de que os direitos fundamentais e garantias do processo — decorrentes dos princípios mais significativos do *direito natural* (e codificado pelas máximas tradicionais: *nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita el alligata partium, nemo iudex in causa sua, audiatur el altera pars*) — se impuseram como ‘direitos humanos’ invioláveis, beneficiando-se de formas explícitas de reconhecimento e proteção não apenas nas Constituições modernas, mas também nas mais importantes Convenções internacionais, especialmente após a guerra mundial dos anos 1940-1945, no contexto de um sistema de direitos humanos profundamente renovado” (COMOGLIO, 2004, p. 21, tradução nossa).

No original: “[...] è un dato storicamente incontestabile il fatto che i diritti e le garanzie fondamentali del processo — derivanti dai più significativi principi della *natural justice* (e codificati dalle massime tradizionali: *nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita el alligata partium, nemo iudex in causa sua, audiatur el altera pars*) — si imposero come ‘diritti umani’ inviolabili, fruendo di esplicite forme di riconoscimento e di protezione non soltanto nelle *Costituzioni moderne*, ma anche nelle più importanti *Convenzioni internazionali*, soprattutto dopo il conflitto mondiale degli anni 1940-1945, nel contesto di un *human rights system* profondamente rinnovato”.

³ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2019.

na sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) assegura que

toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal, formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁴

A partir do enfoque dado no plano internacional, o direito do homem de usufruir de um sistema adequado e eficaz de justiça foi expressamente introduzido no texto constitucional, passando a ser elencado como uma garantia individual. Essa nova compreensão implicou o fenômeno da constitucionalização do processo e, igualmente, ensejou a substituição da noção de devido processo legal pelo ideário do processo justo.⁵

3 O processo justo

O modelo de processo justo representa um conjunto de conhecimentos, inseridos na ciência do Direito, organizados a fim de explicar, de interpretar, de desenvolver e de unificar o fenômeno do processo.

Referido modelo teórico se impõe entre nós como uma decorrência natural e obrigatória dos valores e dos princípios fundamentais que dão estrutura à nossa ordem constitucional, na exata medida em

⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁵ Humberto Theodoro Júnior afirma, nesse sentido, que “o Estado Democrático de Direito garante o *processo justo*”, na exata medida em que “todo o Direito Processual, direito ao acesso à justiça, se viu envolvido pelo manto da constitucionalidade, traduzido na declaração de garantia do *processo justo* em substituição à velha noção de *devido processo legal*” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 721).

que a Constituição brasileira afirma que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, destaca-se aquele de construir uma sociedade livre, justa e solidária.⁶

O mandamento constitucional de observância do valor da justiça, para além de precisar os contornos do Estado Democrático de Direito, também serve de guia para elaboração da legislação infraconstitucional e, ainda, como diretriz para o trabalho interpretativo dos operadores do ordenamento jurídico, especialmente no que se refere ao estudo do fenômeno processual.

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira, fazendo referência à cláusula do devido processo legal, assim elucida:

Por fim, mencionaremos o disposto no art. 5, LIV, da Constituição. Onde se encontra a expressão ‘devido processo legal’, também utilizada pela primeira vez em um texto constitucional brasileiro. É a tradução quase literal da frase em inglês ‘*due process of law*’.

Todos sabem da importância da ideia expressa por essas palavras na evolução histórica da lei anglo-saxônica. Embora seu desenvolvimento tenha se estendido ao direito substantivo, foi no nível processual que ele se desenvolveu primeiro e, de fato, no que diz respeito ao processo criminal do que ao processo civil. A cláusula do ‘*due process of law*’ tem sido, ao longo dos anos, essencialmente o significado genérico de uma garantia contra qualquer forma de arbitrariedade. Ela foi invocada quando se sentiu a necessidade de proteger as partes contra qualquer desvio do curso ‘normal’ de um julgamento, isto é, aquilo que foi considerado adequado para levá-lo a um acordo que esteja de acordo com a justiça. Na ausência de uma definição precisa, anexamos a esta cláusula toda uma série de propostas relativas

⁶ O Preâmbulo da Constituição Federal dispõe que o Estado Democrático de Direito se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Além disso, resta devidamente positivado no texto constitucional que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I do art. 3º da Constituição da República).

a problemas bastante diversificados (MOREIRA, 1994, p. 46, tradução nossa).

O processo, nesse modelo teórico, passa a ser concebido como instrumento constitucional efetivo para fazer *atuar* o direito material, sendo portador de garantias constitucionais mínimas, dentre as quais se inclui o acesso à justiça, o direito de defesa, o contraditório e a paridade das armas processuais, a independência e a imparcialidade do juiz, a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios e a garantia de uma razoável duração do processo que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 51).

4 Imperativos do processo justo

Os contornos teóricos do processo justo, no entanto, não se exaurem com a mera positivação das mencionadas garantias no texto constitucional,⁷ já que na ideia de processo justo também se insere “uma afirmação, não menos categórica, da efetividade dos meios processuais e das formas de tutela obteníveis junto ao juízo, aos quais se agrega, ainda, o compromisso com os valores de correção, equidade e justiça procedimental” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 243). Reconhece-se, assim, que o moderno processo justo carrega consigo significativa carga ética, tanto na regulação procedimental, quanto na formulação dos provimentos decisórios, representando, por um lado, o meio

⁷ Segundo Ítalo Adolina e Giuseppe Vignera, o modelo constitucional de processo possui, como característica genérica, a capacidade de *variabilidade*, “[...] indicando sua aptidão para assumir diferentes formas, de modo que a adaptação ao modelo constitucional (pelo trabalho do legislador ordinário) de figuras processuais que funcionam concretamente possa ocorrer de várias maneiras, tendo em vista a busca de propósitos particulares” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 9). No original: “[...] *indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l’adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processual concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi*”.

concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição e, por outro, proporcionando a efetividade da tutela jurisdicional.

A observação é de suma importância para que se possa compreender que o modelo de processo justo não somente determina que as *técnicas processuais* sejam formuladas e desenvolvidas a fim de propiciar a correta e adequada prestação da tutela jurisdicional — plano procedimental —, mas também que os *provimentos jurisdicionais* hauridos nesses procedimentos estejam comprometidos com a promoção da justiça, entendida esta como a convivência social pautada pela estrita observância do regramento constitucional e legal estatuído por uma dada sociedade — plano substancial.

Constata-se, portanto, que o modelo de processo justo contempla o mandamento, direcionado indistintamente a toda comunidade jurídica, de desenvolver, tanto quanto possível, seja no campo da pesquisa e da compreensão do fenômeno jurídico, seja na seara legislativa, seja no plano da interpretação ou, ainda, no momento da aplicação do Direito, técnicas processuais idôneas à prestação de uma tutela jurisdicional especializada, necessariamente atrelada às necessidades reportadas pelo Direito Material, e, portanto, mais efetiva e produtora.

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira afirma que o processo deve servir à sociedade, oferecendo meios adequados à prestação da tutela jurisdicional. Confirmam-se as suas lições, vazadas nos seguintes termos:

De mais de uma maneira, é concebido que o processo serve essencialmente à sociedade. Ele servirá, é claro, desde que ofereça meios adequados de tutela a interesses que, transcendendo o horizonte de relações entre dois sujeitos ou dois grupos bem definidos de sujeitos, toquem coletividades grandes e indeterminadas, apesar da indivisibilidade do objeto, como são em geral os interesses relacionados à preservação do meio ambiente, com a promoção dos valores espirituais e culturais da comuni-

dade, com a proteção da massa de consumidores, e assim por diante (MOREIRA, 1989, p. 26, tradução nossa).⁸

A partir do paradigma do processo justo e, mais especificamente, do imperativo teórico que determina o desenvolvimento de técnicas processuais idôneas à prestação de uma tutela jurisdicional, toda a comunidade jurídica⁹ passa a ter o dever, irrenunciável e intransferível, de proporcionar, nas mais diversas áreas de atuação, o máximo desenvolvimento e o melhor rendimento às técnicas processuais e, ainda, a realização da justiça na prestação da tutela jurisdicional, que tem que ser adequada, em grau de máxima especialidade, à solução da crise de direito material e ao resguardo do ordenamento jurídico.

5 Da precisão do conceito de técnica processual

Identificado o processo justo como sendo o marco teórico regente do processo de desenvolvimento da técnica processual — ou, conforme propõe José Carlos Barbosa Moreira, dos “instrumentos de tutela adequados” (MOREIRA, 1984, p. 27-28) —, mostra-se importante compreender o significado dessa expressão, a fim de que seja possível estabelecer parâmetros prévios para o desenvolvimento da temática.

⁸ No original: “*De más de una forma se concibe que el proceso sirva esencialmente a la sociedad. Le servirá, desde luego, siempre que ofrezca medios de tutela adecuados a intereses que, trascendiendo el horizonte de las relaciones entre dos sujetos o dos grupos bien definidos de sujetos, tocan a extensas e indeterminadas colectividades, no obstante la indivisibilidad del objeto, como son en general los intereses relacionados con la preservación del ambiente, con la promoción de valores espirituales y culturales de la comunidad, con la protección de la masa de los consumidores, y así en adelante.*”

⁹ Com a expressão “comunidade jurídica”, quer-se ressaltar o trabalho hermenêutico desenvolvido por todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo de concretização do Direito, o que engloba as figuras do pesquisador, do legislador, do estudioso e do julgador. Oportuno anotar, nesse sentido, a observação do jurista alemão Friedrich Müller, ao afirmar que “a metódica jurídica só pode ser elaborada a partir das condições das diferentes funções concretizadoras das normas (instituição da norma, governo, administração pública, jurisprudência, ciência)” (MÜLLER, 2010, p. 105).

Referentemente ao termo “técnica”, colhem-se as seguintes acepções:

técnica. [F. subst. do adj. *técnico*.] S.f. 1. A parte material ou o conjunto de processos de uma arte: *técnica cirúrgica*; *técnica jurídica*. 2. Maneira, jeito ou habilidade especial de executar ou fazer algo: *Este aluno tem uma técnica muito sua de estudar*. 3. Prática (4). [Cf. *tecnologia*.] (FERREIRA, 2009, p. 1.925).

Praticamente, a técnica resulta num *sistema*, que serve de *forma ao procedimento*, ou *estrutura à parte material* de uma arte, indicando a *perícia*, ou a *habilidade*, que se deve empregar na execução de certo mister. E, por essa razão, a técnica sempre indica o conjunto de regras, ou de preceitos, que devem ser seguidos, ou atendidos, na execução de qualquer coisa, que está adstrita ou se cinja à arte ou à ciência. Cada arte, ou cada ciência, pois, possui a sua técnica, a ser aplicada na realização de quaisquer fatos, que lhe sejam pertinentes (SILVA, 2008, p. 1.370).

A noção geral de técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização das finalidades.

É bastante difundida a concepção de que a adequação dos meios aos fins, a idoneidade do procedimento, que estão na própria concepção de técnica, supõem o conhecimento da eficácia dos meios adotados para a realização do fim, como se lê em Eduardo García Máynez, que sustenta que toda técnica genuína deve encontrar-se iluminada pelas luzes da Ciência, e, por isso, toda técnica é de índole científica, pois uma técnica não científica não é técnica, porque se torna incapaz de cumprir o seu destino (GONÇALVES, 2012, p. 16).

A expressão “técnica processual”, agora, voltada especialmente à ciência processual, comporta, igualmente, especificações semânticas.

Conforme esclarece Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para aquilo que interessa à ciência processual, a partir do caráter instru-

mental do ordenamento jurídico, e especialmente do processo, extrai-se que “a técnica jurídica visa ao conjunto de meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito” (OLIVEIRA, 2009, p. 144).

Para José Roberto dos Santos Bedaque, a técnica processual deve ser concebida como as “exigências formais ao desenvolvimento do processo, tanto em relação aos atos processuais como ao próprio julgamento de mérito (requisitos de admissibilidade do exame do mérito)” (BEDAQUE, 2007, p. 79). O mencionado autor afirma, ainda, que “a técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional” (BEDAQUE, 2007, p. 26).

Aroldo Plínio Gonçalves, com espeque em doutrina francesa, afirma que a técnica jurídica corresponde ao “conjunto de procedimentos pelos quais o Direito transforma em regras claras e práticas as diretivas da política jurídica” (GONÇALVES, 2012, p. 25).

A partir dessas considerações, pode-se afirmar que a técnica processual exerce função intermediária entre uma dada situação de crise do Direito Material e a respectiva resolução dessa problemática. Justamente por se localizar no entremeio do problema e da solução, a técnica processual assume caráter eminentemente instrumental e, portanto, compreende os mais diversificados expedientes processuais, compostos por metodologia adequada, a serem manuseados pelos operadores do processo, com o objetivo de tornar possível a obtenção de tutela jurisdicional especializada e efetiva. Trata-se, portanto, da

tecnologia que operadores do direito utilizam para fazer atuar o Direito Material.

6 O desenvolvimento da técnica processual: compreensão, criação, interpretação e aplicação

Conquanto o direito do homem ao processo ostente significativa importância, é certo que a referida prerrogativa não consegue atuar por si só, necessitando, portanto, de instrumentos adequados à consecução de sua principal finalidade: a prestação da tutela jurisdicional, com a resolução adequada do conflito.

Constata-se, portanto, que o dever imposto à comunidade jurídica deve ser adimplido nos mais diversos campos de atuação, os quais compreendem desde a assimilação das múltiplas necessidades reportadas pelo ordenamento jurídico, decorrente dos direitos dos indivíduos, até a sua completa resolução, no âmbito do Direito Processual.

A técnica processual utilizada para resolver as crises apresentadas em sociedade é composta de fases distintas, com finalidades não coincidentes, mas entrelaçadas por um propósito comum: o desenvolvimento de um método adequado para que o Estado possa tutelar o Direito Material violado ou ameaçado de lesão (DINAMARCO, 1993).¹⁰

Bem por isso, pode-se inferir, desde logo, que a eficácia e a idoneidade da técnica processual são diretamente proporcionais ao exaurimento das fases que a compõem. Em outras palavras, a técnica processual será tanto mais eficaz no cumprimento de seu objetivo quanto melhor forem consumidas e esgotadas as fases que compõem o seu desenvolvimento.

¹⁰ De acordo com Cândido Rangel Dinamarco (1993, p. 225-226), “quando se passa à introspecção do próprio sistema processual e se procura num primeiro tempo criar, depois compreender e finalmente bem empregar os meios que compõem o seu mecanismo, então é especialmente da técnica processual que se está cuidando. Técnica processual é, nessa ótica, a *predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais*”.

Essas fases, que estabelecem relação de encadeamento entre si, podem ser assim identificadas: i) a compreensão da demanda apresentada pela sociedade, por meio do trabalho desenvolvido pelo pesquisador do Direito; ii) a criação da técnica processual, pelo ofício do legislador federal; iii) a interpretação da técnica processual positivada, pela doutrina e estudiosos do Direito; iv) a aplicação da técnica processual ao caso concreto, pelo julgador.

6.1 A compreensão do fenômeno social e as possíveis propostas para a criação da técnica processual

A primeira etapa do desenvolvimento da técnica processual — compreensão do fenômeno social — tem por finalidade examinar, com o auxílio de metodologia científica apropriada, os elementos que compõem aquele dado fenômeno jurídico. O exame criterioso feito pelo pesquisador do Direito objetiva compreender a natureza, a causa e as múltiplas variáveis que entremeiam aquela determinada realidade estudada (GALLIANO, 1979, p. 26).¹¹

Quando a pesquisa se desenvolve sob a perspectiva do Direito Processual — ou seja, a fim de permitir que a solução do problema seja alcançada mediante o processo jurisdicional —, constata-se que o campo de atuação do pesquisador se diversifica e se alterna em função das

¹¹ Exatamente nesse sentido, Afredo Galliano (1979, p. 26) afirma que: “Quando estuda um fato, a Ciência trata de analisá-lo. Para isso decompõe o todo em partes — não necessariamente nas menores partes em que o todo admite divisão. Tal decomposição tem o propósito de descobrir os elementos da totalidade e as interligações que justificam sua integração, a unidade da totalidade. A Ciência ocupa-se de problemas circunscritos e vale-se de sua análise mais como um instrumento para construção de sínteses teóricas. Sua investigação começa pela decomposição do objeto para tentar descobrir qual é a estrutura ‘mecânica’ do objeto observado. Mas a análise não termina com a descoberta e a análise dos elementos componentes do ‘mecanismo’ — ela prossegue na observação da inter-relação das partes. Finalmente, ao sintetizar seu exame, a Ciência trata de reconstruir o todo, mas o faz em termos das partes interligadas. Por essa razão não aceita a pretensão de que uma síntese pode ser obtida sem a prévia realização da análise”.

peculiaridades de uma dada sociedade, em um dado momento histórico. Nesse sentido, o pesquisador pode tomar como objeto de análise fenômenos que se relacionam, exemplificativamente, com: o aumento da litigiosidade; a compatibilidade de algum regramento processual à matriz constitucional; a atualidade de um dado instituto jurídico processual frente ao novo formato daquela comunidade; a ineficiência de um determinado procedimento para a tutela de um Direito Material específico; a insuficiência das disposições processuais até então existentes sobre aquela temática.

A variabilidade do objeto de pesquisa, nesses casos, deve-se ao fato de que o processo, como instrumento de obtenção da tutela dos direitos, é dotado da plasticidade necessária para se adaptar às mais diversificadas situações de crise e, ainda, para atuar em diversas frentes do problema apresentado, permitindo que o direito fundamental à tutela jurisdicional seja prestado de forma adequada a todos os direitos que compõem o ordenamento jurídico daquela sociedade.¹²

A empreitada desenvolvida pelo pesquisador nessa fase é de vital importância para o bom desempenho da técnica processual que será construída. Isso porque somente por meio do trabalho desenvolvido pelo pesquisador é que se torna possível identificar os problemas e as demandas presentes naquele recorte de realidade. Apenas a partir da catalogação dessa problemática, com a determinação das causas da disfuncionalidade do processo, é que será possível apontar soluções plausíveis para a resolução adequada e eficiente do problema.

¹² Luiz Guilherme Marinoni afirma, nesse sentido, que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige que referida proteção seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. Portanto, conforme elucida o mencionado autor, “tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos” (MARINONI, 2010, p. 145).

6.2 A criação da técnica processual e a construção do objeto de interpretação

A segunda fase do desenvolvimento da técnica processual — positivação do método — tem por objetivo precípuo esquadriñar, na seara da legística,¹³ o expediente processual mais adequado para a resolução daquela crise, com a melhor aderência possível ao Direito Material encenado.¹⁴

Diante da flexibilidade do Direito Processual e do colorido do Direito Material, as soluções encontradas pelo legislador federal — responsável pela edição da legislação processual (inciso I do art. 22 da CR/88) — não necessariamente corresponderão a um único padrão procedimental, unificador de ritos, mas, ao contrário, poderão corresponder aos mais diversificados métodos,¹⁵ tudo desenhado em função

¹³ André Sathler Guimarães e Ricardo de João Braga, ao refletirem sobre os limites e as propriedades essenciais conceito de legística, tomam por referencial o conceito de processo legislativo. Ao final de suas considerações, os autores concluem que legística pode ser definida como sendo o “conjunto de ações realizadas pelos órgãos do poder legislativo com o objetivo de proceder à elaboração das leis, sejam elas constitucionais, complementares ou ordinárias, bem como as resoluções e decretos legislativos” (BRAGA; GUIMARÃES, 2011).

No mesmo sentido, Fabiana de Menezes Soares, ao analisar a legística sob duas perspectivas distintas — a formal e a material —, afirma que “a Legística Material reforça a faticidade (ou realizabilidade) e a efetividade da legislação, seu escopo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico, por meio da utilização de técnicas (como, por exemplo, *check list*, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes) que permitam tanto realizar diagnósticos, prognósticos, mas também verificar o nível de concreitude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e dos resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor” (SOARES, 2007).

¹⁴ Daniel Roberto Hertel, ao trabalhar os aspectos da técnica processual a partir da obra de Ramiro Podetti, aborda o tema da seguinte forma: “A técnica de elaboração está relacionada à técnica legislativa de construção das normas processuais. O seu campo de estudo não se adstringe apenas ao Direito Processual, já que é no direito constitucional que está delineado o procedimento legislativo de elaboração das normas. No Direito Processual, todavia, é que poderão ser encontradas as diretrizes das normas processuais que serão elaboradas, ou seja, o efetivo conteúdo que elas deverão veicular. Deve-se ressaltar que o conteúdo das normas processuais é de suma relevância para a efetividade do processo e para o alcance de seus resultados substanciais” (HERTEL, 2006, p. 69).

¹⁵ Os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ao trabalharem a relação existente entre a técnica processual e a tutela dos direitos, tecem as seguintes consi-

do Direito Material que se busca tornar atuável nas situações de crise de adimplemento.

Em virtude do caráter instrumental e da expansividade do modelo constitucional de processo, a técnica processual não se resume meramente à construção de um procedimento diferenciado, mas, ao contrário, ela se alarga para abarcar, conforme ensina José Carlos Barbosa Moreira,

aqui, o conteúdo possível de providência jurisdicional; ali, as técnicas empregáveis para, em caso de necessidade, levá-lo a projetar-se a eficazmente sobre a realidade do mundo fático; acolá, os expedientes de que se pode lançar mão com o fito de assegurar essa utilidade prática e concreta da tutela a ser dispensada (MOREIRA, 1984, p. 29).

Deve ser reconhecido, portanto, que a técnica processual não reside somente na estruturação de procedimentos, mas, também, na instituição de meios e de instrumentos que melhor interajam e apresentem melhor rendimento diante daquela situação específica e particular de Direito Material.¹⁶

Constata-se, portanto, que as técnicas processuais não se resumem apenas à conformação de procedimentos adequados, mas também compreendem uma generalidade de disposições normativas, tais como os diversos tipos de ações previstas na legislação extravagantes,

derações: “Logicamente, a convergência das pretensões a serem tuteladas e desses outros interesses processuais e materiais pode exigir diferentes soluções do legislador e do juiz. Em certos casos, também será possível que mais de uma técnica processual seja idônea para atender a todos esses interesses, o que implica dizer que nem sempre haverá apenas uma única resposta possível para atender às necessidades com que trabalha o Direito Processual. Vale dizer: a consideração da *tutela dos direitos* pode levar a diferentes opções em termos de *técnica processual* para adequada estruturação do processo civil” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 43).

¹⁶ De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque: “Assim, também são opções relacionadas com a técnica processual a predominância da palavra oral sobre a escrita (oralidade), a maior ou menor profundidade da cognição, a restrição ou ampliação da iniciativa probatória do juiz, a liberdade ou legalidade das formas, a fungibilidade de meios, o regime de preclusão, a recorribilidade ou não das decisões, a regulamentação dos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito” (BEDAQUE, 2007, p. 73).

os procedimentos a serem desenvolvidos nos foros, as formas de cognição exercidas pelo juiz, a forma e a profundidade da instrução probatória, a concessão de provimentos de urgência, a previsão de meios executivos adequados, dentre outros.¹⁷

Tais expedientes processuais não se limitam à simples estruturação de procedimentos diferenciados do procedimento ordinário. Para além da especialização procedimental, também se enquadra na categoria de técnica processual qualquer expediente desenvolvido para resolver, em sede processual, a crise apresentada pelos direitos contemplados pelo ordenamento jurídico.

6.3 A interpretação da técnica processual e o fornecimento de soluções para a sua adequada aplicação

No que se refere à terceira fase do desenvolvimento da técnica processual — interpretação do método —, cumpre registrar que a interpretação do Direito visa, de maneira geral, determinar e precisar o significado do texto legal, abarcando as regras e os princípios nele contidos.¹⁸ Somente por meio do processo interpretativo é que se torna

¹⁷ Para Luiz Guilherme Marinoni, o direito fundamental à tutela jurisdicional “obriga o legislador a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo Direito Material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançados à distância da jurisdição. Nesse sentido se pode pensar, por exemplo, i) nos procedimentos que restringem a produção de determinadas provas ou ii) na discussão de determinadas questões; iii) nos procedimentos dirigidos a proteger os direitos transindividuais, iv) na técnica antecipatória, v) nas sentenças e vi) nos meios de execuções diferenciados. Na mesma dimensão devem ser visualizados os procedimentos destinados a permitir a facilitação do acesso ao Poder Judiciário das pessoas menos favorecidas economicamente, com o barateamento dos custos processuais etc.” (MARINONI, 2008, p. 126-127).

¹⁸ Sobre o processo de interpretação do Direito, Juarez Freitas assim esclarece: “[...] a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação. Frise-se que a ampliação do conceito de interpretação sistemática, ora promovida, apresenta-se simétrica àquela praticada em relação ao conceito de sistema jurídico. Em outras palavras, a interpretação tópico-sistemática faz-se compatível com as presentes funções do Direito. É, além disso, muito

possível, num primeiro momento, alcançar o entendimento acerca da regra positivada e, num segundo momento, viabilizar a sua adequada aplicação à situação concreta.¹⁹

Especificamente em relação à interpretação das técnicas processuais, o papel do intérprete é de fundamental importância, na medida em que, para além de contribuir com o entendimento sobre os significados dos textos jurídicos, é nessa etapa que são apontadas soluções harmonizadoras, que acabam por aprimorar o trabalho realizado pelo legislador, tornando a técnica processual mais efetiva e produtiva, já que aderente às diversas particularidades descortinadas pela realidade vívida.²⁰

Percebe-se, portanto, que a interpretação assume papel de destaque no desenvolvimento da técnica processual, visto que permite a intermediação entre o texto editado pelo legislador e a situação jurídica concreta deduzida em juízo.

mais do que a descoberta de sentido ou do alcance dos comandos legais. Trata-se do desvendar do alcance sistemático de cada princípio, regra ou valor, no desiderato da resolução eficiente e eficaz dos conflitos individuais e coletivos” (FREITAS, 2010, p. 82).

¹⁹ De acordo com Daniel Hertel, “a técnica processual passa ainda pela interpretação das normas processuais. Interpretar é avaliar, ou seja, analisar o sentido e o alcance de uma norma. Na esfera processual, a técnica de interpretação a ser adotada deve sempre levar em conta as finalidades para as quais o processo foi instituído. Não se pode admitir que o processo seja interpretado de forma apartada da sua realidade social. Ora, se o processo foi concebido para ser um instrumento de solução dos conflitos, a interpretação das normas de natureza processual deve ser feita, sempre, levando-se em consideração esse desiderato. Nesse passo, as normas processuais devem ser interpretadas precipuamente pelo método teleológico” (HERTEL, 2006, p. 70).

²⁰ Sob essa perspectiva, José Carlos Barbosa Moreira chama a atenção para a necessidade de domínio em relação à técnica processual. O referido autor apresenta sua manifestação nos seguintes termos: “E mais: quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesmo colocados à nossa disposição. Estamos convencidos de que vários, senão muitos, dos problemas ‘clássicos’ do Direito Processual demandam reexame em perspectiva ampliada, que tome na devida consideração o contexto global em que eles se inserem” (MOREIRA, 1997, p. 28).

6.4 A aplicação das diversas técnicas processuais e a tutela dos direitos

Por fim, a quarta fase do desenvolvimento da técnica processual — aplicação do método — trata da atividade estatal por meio da qual se constrói a norma jurídica para o caso concreto, determinando, de forma particularizada, a sua solução, bem como os mecanismos necessários para implementação do comando decisório.²¹

A construção da norma jurídica para o caso concreto, entretanto, não envolve somente a aplicação do Direito Material, mas também compreende o processo de densificação normativa do próprio Direito Processual. Em outras palavras, é relevante perceber que o Direito Processual, tal como o Direito Material, também precisa ser concretizado.²²

Em verdade, a concretização do Direito Processual é antecedente lógico à concretização do próprio Direito Material: somente após a identificação e a aplicação da técnica processual mais hábil e idônea àquela situação jurídica particularizada é que se poderá realizar a concretização do Direito Material, por meio da prestação de tu-

²¹ Importante registrar as considerações formuladas pelo jurista alemão Friedrich Müller, ao trabalhar o processo de concretização do direito: “‘Concretização’ da norma não significa tornar ‘mais concreta’ uma norma jurídica geral, que já estaria no texto legal. A concretização é, realisticamente considerada, a *construção* da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*” (MÜLLER, 2009, p. 305).

Em outra passagem, o citado autor assim esclarece: “A norma jurídica e a norma de decisão são produzidas apenas na situação do caso jurídico determinado e por meio do trabalho com vistas à sua solução. Somente elas devem ser denominadas ‘normativas’, pois somente por meio dos seus textos se determina de forma suficientemente concreta como o conflito do caso deve ser solucionado e como se deve proceder para implementar a norma de decisão” (MÜLLER, 2009, p. 131).

²² Oportuno registrar que a relação existente entre o Direito Material e o Direito Processual é de tal grandeza que, “sem reportar-se ao Direito Material, portanto, nenhum sentido teria o processo, já que este não é senão método para formulação ou atuação prática do direito substancial diante das situações litigiosas”. A partir dessa premissa, Humberto Theodoro Júnior destaca que “não seria jurídico nem lógico supervalorizar a norma formal, para colocá-la em plano superior ao da regra substancial. Ambas são igualmente importantes e se complementam, formando um todo indispensável para a vida jurídica de qualquer povo civilizado” (THEODORO JÚNIOR, 1980, p. 40).

tela jurisdicional estritamente vinculada às particularidades do caso concreto.²³

7 A “regra de ouro” para a adequada estruturação do processo: a relação de simbiose entre o Direito Processual e o Direito Material

Conforme anteriormente registrado, o modelo de processo justo, no intuito de alcançar o estado ideal a ser promovido²⁴ e de realizar o seu constante aperfeiçoamento, estimula a criação e determina o aprimoramento de técnicas processuais de forma a adequá-las às especificidades do Direito Material, num processo de retroalimentação. Sustenta-se, assim, que o vínculo existente entre o Direito Material e o Direito Processual é de intimidade — simbiótico^{25, 26}, portanto —, não

²³ “Nessas hipóteses, a concretização da norma processual deve tomar em conta as necessidades de Direito Material reveladas no caso, mas a sua instituição decorre, evidentemente, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador atua porque é ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, ficando o autor incumbido de identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual, e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, individualizar a técnica processual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito. Além disso, as necessidades do caso concreto podem reclamar técnica processual não prevista em lei, quando o juiz poderá suprir a omissão obstaculizadora da realização do direito fundamental à tutela jurisdicional mediante o que se pode denominar de técnica de controle da inconstitucionalidade por omissão” (MARINONI, 2008, p. 129).

²⁴ Interessante, nesse sentido, a observação de Humberto Ávila, ao afirmar que “os princípios também requerem, para a sua aplicação, um processo discursivo de valoração de razões, seja para a delimitação dos bens jurídicos que compõem o estado ideal a ser promovido, seja para a definição do seu âmbito de aplicação frente a outros princípios, seja, ainda, para a definição dos comportamentos necessários à promoção do fim que estatuem” (ÁVILA, 2016, p. 81).

²⁵ Simbiose. [Do gr. *syμβίωσις*, ‘vida em comum com outro(s)’]. *S. f.* 1. *Ecol.* Associação de duas plantas, ou de uma planta e um animal, ou de dois animais, na qual ambos os organismos recebem benefícios, ainda que em proporções distintas. 2. *P. ext.* Associação entre dois seres vivos que vivem em comum. 3. *Fig.* Associação e entendimento íntimo entre duas pessoas (FERREIRA, 2009, p. 1.847).

²⁶ Ao tratar da adequação do sistema processual ao Direito Material, Humberto Theodoro Júnior elucida que “embora haja autonomia científica entre o Direito Processual e o Direito Material, o certo é que a existência do primeiro só se justifica pela necessidade de solucionar problemas surgidos em relação à observância dos preceitos do segundo. Isto, porém, não faz com que o Direito Material seja mais importante que o Direito Processual, porque, nas situações de crise, em que

se permitindo pensar o Direito Processual como uma realidade técnica completamente isolada ou indiferente ao Direito Material.

A relação de mútua implicação existente entre o Direito Material e o Direito Processual é elevada, no modelo de processo justo, à máxima importância, de forma que a processualística deve cuidar, na atualidade, de vincular o direito do litigante à prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.²⁷

De conformidade com o ideário de José Carlos Barbosa Moreira, “todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema” (MOREIRA, 1984, p. 27), devem contar com a previsão de instrumentos de tutela adequados, que deverão estar à disposição por quaisquer que sejam “os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) [...], inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos” (MOREIRA, 1984, p. 27).

A partir da referida lição, infere-se que os métodos que compõem a técnica processual devem se diversificar na mesma proporção das particularidades apresentadas pelo Direito Material. O programa da técnica processual depende, vitalmente, das nuances e do colorido apresentados pelo Direito Material,²⁸ em ordem de tal grandeza que a

suas regras podem ser impostas coercitivamente, o império do Direito Material não se estabelecerá senão com o imprescindível concurso do Direito Processual. Registra-se, destarte, uma simbiose entre os ramos do ordenamento jurídico, gerando uma dependência recíproca entre eles” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 3).

²⁷ Kazuo Watanabe assinala, no particular, a necessidade de desenvolver as técnicas processuais e, por esse método de pensamento, buscar a melhor tutela dos direitos através do processo. Afirma, portanto, que as perspectivas do Direito Material e do Direito Processual, “devem mesmo constituir-se num método de pensamento unitário, de modo que se atinja, pelos esforços concêntricos partidos de ambos os polos, o objetivo comum, que é o de tutela efetiva de todos os direitos. Se de um lado há exigências próprias do Direito Material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do Direito Processual, não somente quanto à natureza do provimento (aqui o ponto maior de aderência ao reclamo do Direito Material), como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, à intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos” (WATANABE, 1987, p. 21).

²⁸ Sob este enfoque, Érico Andrade reconhece que “os direitos materiais são os mais diversos, e

utilidade e a efetividade da técnica estarão necessariamente atreladas ao cumprimento desse mister: i) quanto maior a sua afinidade às idiosincrasias dos direitos, maior será a eficiência do instrumento e melhor será resolvido a problemática; ii) quanto mais apartada e alheia à realidade do Direito Material, maior será a sua ineficiência, e, por isso, muito provável será a manutenção da insolubilidade do problema ou a resolução apresentada estará desprovida de efetividade e de tempestividade.

Bem por isso, mostra-se necessário, segundo preleciona José Carlos Barbosa Moreira, trabalhar o “âmbito de atuação do processo” e tentar aferir “quais são os conflitos de interesses havidos com ‘próprios’ para se submeterem à cognição judicial, e quais os que dela se veem, por uma ou outra razão, excluídos” (MOREIRA, 1984, p. 28). Isso porque

o uso exclusivo da palavra ‘direito’ semanticamente agrilhoadada à severa tradição dogmática gera para certas posições jurídicas de vantagem, desprovidas deste ou daquele atributo inerente ao conceito clássico de ‘direito subjetivo’, o perigo de verem-se relegadas à posição de inferioridade pelo prisma da tutela, no plano constitucional (MOREIRA, 1984, p. 32).

As técnicas processuais devem ser desenvolvidas em função das mais diversificadas situações de Direito Material, de modo que a tutela dos direitos não se restrinja à proteção de um dado artigo de lei, que assegura uma determinada prerrogativa jurídica. Ao contrário, as

a necessidade de tutela varia de acordo com as peculiaridades do direito substancial”, exigindo, portanto, “a estruturação de modelos processuais diversos, de acordo com as características e as necessidades desses mesmos direitos que constituem o objeto do processo” (ANDRADE, 2010, p. 71).

Em outra passagem, o citado autor afirma que a acepção que apregoava a neutralidade do processo em relação ao Direito Material resta desvanecida, na medida em que aquele passa a ser visto, por opção constitucional, “como instrumento engajado na atuação do Direito Material, ganhando os coloridos deste mesmo Direito Material que objetiva atuar, para se tornar cada vez mais eficaz e efetivo na sua missão constitucional de ser processo efetivo e justo” (ANDRADE, 2010, p. 55).

técnicas processuais, no modelo de processo justo, expandem-se para alcançar outras situações com igual relevância jurídica e que, portanto, desgarram-se da clássica compreensão de tutela dos direitos individuais patrimoniais e se espraiam para outras searas.

A “regra de ouro” para a adequada estruturação do processo consiste na diversificação das técnicas processuais na mesma proporção das particularidades apresentadas pelo Direito Material. A análise do fenômeno social, bem como a positivação, a interpretação e a aplicação do método — fases do desenvolvimento da técnica processual — devem, portanto, levar em consideração a relação de alta afinidade que deve existir entre o Direito Processual e o Direito Material.

8 Considerações finais

Das considerações até então formuladas, podem ser retomadas as seguintes ideias, alçadas, agora, a título de conclusão do presente estudo:

i) os tratados e os documentos internacionais preveem o processo como direito do homem e, nessa medida, como método de garantia, proteção e efetivação dos mais variados direitos, previstos no ordenamento jurídico no qual o indivíduo se encontra inserido;

ii) o mandamento constitucional de observância do valor da justiça serve de guia para elaboração da legislação infraconstitucional e, ainda, como diretriz para o trabalho interpretativo dos operadores do ordenamento jurídico, especialmente no que se refere ao estudo do fenômeno processual;

iii) o modelo de processo justo determina que a comunidade jurídica desenvolva, tanto quanto possível, seja no campo da pesquisa e da compreensão do fenômeno jurídico, seja na seara legislativa, seja no plano da interpretação ou, ainda, seja no momento da aplicação do Direito, técnicas processuais idôneas à prestação de uma tutela juris-

dicional especializada, necessariamente atrelada às necessidades reportadas pelo Direito Material e, portanto, mais efetiva e produtora;

iv) a técnica processual assume caráter eminentemente instrumental e, portanto, compreende os mais diversificados expedientes processuais, compostos por metodologia necessariamente adequada, a serem manuseados pelos operadores do processo, com o objetivo de tornar possível a obtenção da tutela jurisdicional especializada e efetiva;

v) o desenvolvimento da técnica processual engloba as seguintes fases: a compreensão da demanda apresentada pela sociedade, por meio do trabalho desenvolvido pelo pesquisador do Direito; a criação da técnica processual, pelo ofício do legislador federal; a interpretação da técnica processual positivada, pela doutrina e estudiosos do Direito; a aplicação da técnica processual aos casos para os quais ela foi elaborada, pelo julgador;

vi) a fase de compreensão do fenômeno social objetiva compreender a natureza, a causa e as múltiplas variáveis que entremeiam aquela determinada realidade, determinando as causas da disfuncionalidade do processo;

vii) a fase de criação da técnica processual tem por finalidade precípua esquadrihar, na seara da legística, o expediente processual mais adequado para a resolução daquela crise, com a melhor aderência possível ao Direito Material encenado;

viii) a fase de interpretação da técnica processual visa, num primeiro momento, alcançar o entendimento acerca da regra positivada e, num segundo momento, viabilizar a sua adequada aplicação à situação concreta;

ix) a fase de aplicação da técnica processual refere-se à estatal por meio da qual se constrói a norma jurídica para o caso concreto, determinando, de forma particularizada, a sua solução, bem como os mecanismos necessários para implementação do comando decisório;

x) a “regra de ouro” para a adequada estruturação do processo consiste na diversificação das técnicas processuais na mesma proporção das particularidades apresentadas pelo Direito Material.

Referências

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Ricardo de João; GUIMARÃES, André Sathler. Legística: inventário semântico e teste de estresse do conceito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 191, p. 81-97, jul./set. 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “Giusto Processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

GALLIANO, Alfredo Guilherme. *O método científico: teoria e prática*. São Paulo: Harbra, 1979.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um “renovado Direito Processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrónio (Orgs.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 3.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Dimensiones sociales del proceso civil. *In: _____*. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *In: _____*. *Temas de direito processual civil*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution Brésilienne. *In: _____*. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *In: _____*. *Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *In: _____*. *Temas de direito processual civil*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan./jul. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lições de direito processual civil*. Uberaba: Rio Grande, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do projeto de novo Código de Processo Civil com o processo justo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 190, t. 1, p. 237-263, abr./jun. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 11, ano VI, p. 21-40, jan./dez. 1980.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMEN-

TO, Carlos Valder do (Coords.). *Tratado de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

19. Análise crítica à teoria eclética liebmaniana sobre as condições da ação e o Código de Processo Civil de 2015

Rodrigo Martins Faria

Juiz de Direito do TJMG.

Pós-graduado em Direito Público pela Uniderp.

1 Introdução

Em princípio, a causa submetida à apreciação do Poder Judiciário deve ser examinada sob dois grandes grupos de questões: de um lado, as questões processuais e, de outro, as questões de mérito. Segundo ilustra Didier Júnior (2011), “a doutrina alemã, por exemplo, divide as questões em admissibilidade e mérito, simplesmente”.

Liebman, entretanto, desenvolveu a teoria eclética das condições da ação, que exige, para o exame de mérito, a presença da legitimidade de partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir. Trata-se de tese que foi, desde o seu nascedouro, extremamente questionada pela doutrina brasileira, especialmente sob a égide do Código de Processo Civil.

A questão não é puramente acadêmica, pois, na prática jurídica, a íntima conexão existente entre as condições da ação e o mérito da causa sempre conduziu a recorrentes problemas na solução dos casos concretos, servindo sempre como instrumento para subterfúgios protelatórios, em prejuízo do desenvolvimento dinâmico do processo e da rápida e adequada solução do litígio.

2 Teoria do direito de ação

Houve um tempo, não muito distante, em que não se falava em direito processual. O ordenamento jurídico gravitava em torno da ordem jurídica civil, o chamado direito material, de que temos bom exemplo no *Code Civil des Français*, editado por Napoleão Bonaparte, em 1804. Apenas o direito material era codificado e sistematizado. Não havia nenhuma norma que regulasse o processo, o qual era puramente prático. Essa etapa, dentro da linha de evolução do direito processual, é conhecida como fase sincretista ou privatista. Nela, não havia método para estudar o processo, que se confundia com o próprio direito material, visto assim sob uma ótica puramente privatista.

Nessa fase, vigia a teoria imanentista da ação, desenvolvida por Friedrich Carl Von Savigny, pela qual a provocação da jurisdição era inerente e dependente do direito material. Dizia-se que o direito de ação decorria da violação do direito material, o qual, de estático, assumia forma dinâmica (direito subjetivo). Era o que se convencionou denominar o Direito Civil armado para a guerra.

Da polêmica que se travou entre Windscheid e Müther, formou-se a base para a teoria concretista, que concluiu que o direito de ação seria autônomo, vinculado, entretanto, a um julgamento favorável. Só tinha direito de ação quem ganhava a causa. Carência de ação, então, confundia-se com sua improcedência (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Posteriormente, na Alemanha do século XIX, Oskar Von Bülow iniciava as primeiras discussões sobre o desenvolvimento de uma ciência do direito processual, aproveitando-se das ideias de Windscheid e Müther. Em sua obra *Teoria das exceções dilatórias e pressupostos processuais* (1868), Bülow demonstrou com clareza e sistematização a existência da relação jurídica processual independentemente da existência da relação jurídica material subjacente. Para tanto, deu como

exemplo a ação com pedido declaratório negativo, que, julgada procedente, reconhecia a inexistência da relação jurídica de direito material, sendo inegável a existência da relação jurídica de direito processual. Com Bülow, inaugurou-se a fase do procedimentalismo científico, e o estudo do direito processual passa definitivamente a ser autônomo ao estudo do direito material. Aqui, a autonomia passa a ser uma característica do direito processual (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

A partir daí, desenvolve-se a ideia de ação como o direito para um julgamento favorável. Para eles (os concretistas), discutiam-se no processo dois tipos de questões: as questões relacionadas à regularidade processual (pressupostos processuais) e as questões de mérito (acolhimento ou rejeição do pedido). Para os concretistas, as condições da ação são, pois, questões de mérito, visto que relacionadas ao acolhimento ou rejeição do pedido.

A concepção contraposta à dos concretistas é a corrente abstrativista, capitaneada por Degenkolb (THEODORO JÚNIOR, 2008), que afirmava ser o direito de ação aquele relacionado a qualquer decisão, e não somente o direito a uma decisão favorável. Trata-se, segundo essa corrente, do direito de ir ao Judiciário e obter dele qualquer decisão. Para os abstrativistas, não há condições da ação. Somente se discutem, no processo, pressupostos processuais e questões de mérito.

Com efeito, em razão da polarização jurídica da discussão sobre as condições da ação em duas correntes contrapostas, surgiu, como tudo no direito, a corrente mista ou eclética, defendida por Liebman, meio termo entre as duas correntes anteriores, a qual afirma ser o direito de ação aquele pelo qual se busca uma decisão de mérito. É o direito de ter o seu pedido examinado, acolhido ou rejeitado. Nem é a uma decisão sempre favorável, nem o direito a qualquer decisão.

Assim, os ecléticos desenvolvem a teoria das condições da ação, sendo elas as condições para uma decisão de mérito: legitimidade de

partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Surgem, portanto, três tipos de questão que devem ser examinadas pelo juiz. Nas duas primeiras, não se examina o mérito, e, portanto, não há que se falar em coisa julgada.

3 Histórico

O criador e principal expoente da concepção eclética foi Enrico Tullio Liebman (1903-1986), nascido em Leopoli, Itália, e graduado na Faculdade de Direito de Roma, sob o magistério de Giuseppe Chiovenda (discípulo de Carnelutti). Descendente de judeus, foi obrigado a se mudar para o Brasil em 1939, por contingências político-sociais implementadas pelo regime fascista de Mussolini no período entre guerras.

A partir daí, Liebman inicia o magistério na Universidade de São Paulo, onde encontra os então graduandos Alfredo Buzaid, Moacir Amaral dos Santos, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Ali implementou ideias revolucionárias no âmbito dos institutos processuais, dos quais se destaca o julgamento antecipado do mérito, a eficácia executiva dos títulos extrajudiciais e, especialmente, as condições da ação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Com o término da Segunda Grande Guerra, Liebman volta para sua terra natal, mas deixa plantado no Brasil o gene do que, nas mãos daqueles acadêmicos, viria a ser a denominada Escola Paulista de Direito Processual.

Sob o império do regime militar, o governo pretendeu um Código de Processo Civil moderno, daí por que o então Ministro da Justiça, Armando Falcão, informado de que no Largo São Francisco se desenvolviam estudos modernos sobre o processo civil, convida Alfredo Busaid para liderar projeto de reforma do Código de Processo Civil (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Após diversos estudos, chegou-se à conclusão de que a reforma do Código de Processo Civil de 1939 consumiria maiores esforços do que o desenvolvimento de um novo estatuto. Por essa razão, partiram para a construção de um novo estatuto, culminando com a edição do novo Código de Processo Civil, no ano de 1973, criação dos discípulos de Liebman, em sua homenagem.

Assim, e por óbvio, o Código de Processo Civil de 1973, desenvolvido sob as bases liebmanianas, acolheu a teoria eclética sobre as condições da ação,¹ entendidas como as condições necessárias ao exame do mérito da causa.²

4 Acepções da palavra ação

Dentro dessas bases históricas e teóricas, modernamente, pode-se divisar três acepções para a palavra ação.

Numa acepção material, o direito de ação é entendido como o direito subjetivo, relação jurídica de direito material exercitável contra o Estado em face de uma pessoa. É uma acepção que guarda alguma relação com a corrente concretista. Dela ainda há resquícios em nossa legislação, que podemos encontrar, *v.g.*, no art. 195 do Código Civil, ao dizer que “os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais [...]”.

Constitucionalmente, entende-se por ação o direito incondicionado, público e subjetivo de acesso à Justiça. Suas características são a autonomia (sem relação com o direito material) e a abstração (independentemente da qualidade do direito que se afirma em juízo). Trata-se de situação jurídica constitucional de conteúdo amplo e complexo, que confere ao seu titular o direito a um processo devido, com

¹ Conforme art. 2º do Código de Processo Civil.

² Conforme art. 267, incisos I e VI, e art. 295, incisos II e III, e parágrafo único, inciso III, todos do Código de Processo Civil.

as garantias processuais que lhe são inerentes e, portanto, qualificado pelos princípios que estruturam o valor supremo do devido processo legal. A acepção constitucional é aquela que melhor se amolda e assim decorre diretamente do desenvolvimento da teoria abstrativista.

Por fim, numa acepção estritamente processual, entende-se por direito de ação o ato de provocação da atividade jurisdicional. Conjuga, a um só tempo, o direito abstrato constitucional de ir a juízo e o direito de ação em sentido material, entendido como a submissão da relação jurídica de direito material à apreciação do Poder Judiciário. Para melhor compreensão desse ponto, passamos a enumerar os elementos da ação e sua correlação com os elementos da relação jurídica de direito material.

5 Elementos da ação

Toda relação jurídica de direito material é composta de três elementos: pessoa, objeto e relação jurídica propriamente dita (vínculo jurídico), entendida como o laço que une as pessoas em torno do objeto. O direito subjetivo se estabelece entre pessoas, em torno de um objeto, ligados por uma relação jurídica. Não por acaso, a Parte Geral de nosso Código Civil trata, no Livro I, “Das pessoas”; no Livro II, “Dos bens” (objeto); e, no Livro III, “Dos fatos jurídicos” (relações jurídicas).

Sempre que se vai a juízo, é essa relação jurídica de direito material que se coloca à apreciação do Poder Judiciário. Afirma-se ao juiz uma relação jurídica, em torno de um objeto, sendo essa afirmação formulada em face de uma pessoa. Trata-se do mérito da causa (*meritum causae*), coisa deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*). A demanda, no entendimento de Didier Júnior:

Toda ação concretamente exercida pressupõe a existência de, pelo menos, uma relação jurídica de direito substancial. Ocor-

rido o fato da vida previsto no suporte fático de uma determinada norma jurídica, ter-se-á, pela incidência da norma, um fato jurídico. Somente a partir de então é que se poderá falar de situações jurídicas e de todas as demais categorias de efeitos jurídicos (eficácia jurídica), nesse contexto, a demanda (entendida como conteúdo da postulação) é o nome processual que recebe a relação jurídica substancial quando posta à apreciação do Poder Judiciário. Inexistindo ao menos a afirmação de uma relação jurídica de direito material, inexistirá demanda-conteúdo e a demanda-ato será um recipiente vazio (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Em consequência, quando se ajuíza a ação, nela podemos divisar três elementos, correlacionados aos elementos da relação substancial, mas agora com natureza processual: partes (pessoas), causa de pedir (relação jurídica) e pedido (objeto).

Também não é por acaso a redação do art. 301 do Código de Processo Civil de 1973, repetido no art. 337, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, ao dispor que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Na perspectiva da teoria eclética, as condições da ação têm relação genética com os elementos processuais da ação e substanciais da demanda. A legitimidade de partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido são elementos diretamente correlacionados com os elementos do mérito da causa (sujeitos, relação jurídica e objeto).

Assim, não é difícil concluir que: a) as condições da ação são elos de interligação entre os elementos da relação jurídica de direito material e da relação jurídica de direito processual. Por essa razão, as condições da ação também são conhecidas como os pontos de contato do processo com o mérito da causa; b) as condições da ação, embora tangenciem certa natureza processual, impregnam-se de inegável natureza substancial.

6 Condições da ação

Discorreremos brevemente sobre o conceito dos elementos componentes das condições da ação e resumidamente sobre o conteúdo de cada um deles, apenas a título ilustrativo, já que essencial em nossa exposição.

a) Legitimidade de parte

Trata-se da aptidão atribuída a um sujeito, no polo ativo ou passivo, para conduzir um processo em que se discuta determinada relação jurídica. A lei atribui a alguém o poder de conduzir um processo a respeito de certa relação jurídica. Assim, somente é possível aferir a legitimidade a partir do exame da relação jurídica.

Afora o caso de legitimidade extraordinária — em que se autoriza a defesa de direito alheio em nome próprio³ —, trata-se da condição da ação que, apreciada, será a mais suscetível de gerar exame de mérito da causa, conforme veremos linhas abaixo.

b) Interesse de agir

Para a doutrina clássica, o interesse de agir é visualizado nas dimensões da utilidade e necessidade. Pela utilidade, o processo deve propiciar um proveito para o demandante, proporcionando-lhe algum benefício. Já a necessidade exige a demonstração de que o processo é necessário à obtenção daquele proveito útil. O processo deve constituir a única via para que a parte alcance sua pretensão.

³ Conforme art. 6º do Código de Processo Civil.

Alguma doutrina, entretanto, elenca um terceiro componente do interesse de agir, que seria a adequação da via processual eleita pela parte para a defesa de seu direito.

Dentre as condições da ação, talvez o interesse de agir seja a única que, apreciada, não conduza ao exame do mérito da causa, ao menos *primo icto oculi*. Tratar-se-ia, portanto, de questão que devesse ficar no mais das vezes relegada ao plano processual da causa.

c) Possibilidade jurídica do pedido

Inicialmente entendia-se por pedido juridicamente possível aquele que, em tese, pudesse ser acolhido pelo juiz. Cuida-se do elemento previsto como condição da ação somente no Código de Processo Civil de 1973.

A comunidade doutrinária, buscando contornar a inconsistência do sistema e adequá-lo ao princípio maior do acesso à jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, CF), falava que o pedido seria juridicamente impossível quando a pretensão fosse expressamente vedada pelo sistema, do que temos exemplo no art. 923 do Código de Processo Civil de 1973, repetido no art. 557 do Código de Processo Civil de 2015, ao prescrever que “na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio”.

Essa condição da ação, entretanto, sempre foi desprezada, porque impossível separá-la do mérito da causa. Se o juiz afirmasse que o pedido era juridicamente impossível, estaria afirmando que não há como acolher o pedido deduzido pelo autor, ao menos naquela oportunidade. O caso seria, assim, de improcedência do pedido, fazendo-se coisa julgada material. Entretanto, como se sabe, a coisa julgada sempre se submete à cláusula *rebus sic standibus*, é dizer, não veda o acesso à jurisdição se modificada a base fática da causa que ensejou o pronunciamento jurisdicional anterior.

7 Crítica à teoria eclética liebmaniana

A possibilidade jurídica do pedido era sustentada por Liebman com base na vedação legal que havia para o pedido judicial de divórcio na Itália, dadas as óbvias influências do direito canônico sobre o ordenamento jurídico daquele país. Entretanto, com a edição da Lei nº 898/1970 (Lei do Divórcio), na Itália, Liebman reviu sua teoria e, na última edição de seu livro, de 1972, passou simplesmente a ignorar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, sem nem ao menos explicar tecnicamente a razão. Nessas circunstâncias, não houve tempo para que Liebman comunicasse aos seus discípulos do Largo de São Francisco acerca da revisão da teoria, a qual acabou ingressando ultrapassada no nosso Código de Processo Civil de 1973.

A propósito, escreveu o próprio autor da teoria:

O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, para isto, a afirmação da lesão deste interesse e a idoneidade do provimento demandado para protegê-lo e o satisfazer. Será, de fato, inútil receber para exame a demanda para conceder (ou negar) o provimento pedido no caso em que na situação de fato que vem deduzida não se encontra afirmada uma lesão do direito ou interesse que se afirma em face da outra parte ou se os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já foram de qualquer maneira adquiridos, ou se o provimento seja, por si próprio, inadequado ou inidôneo a remover a lesão ou, por fim, se o provimento demandado não pode ser pronunciado porque não admitido pela lei (por exemplo, a prisão por dívidas) (LIEBMAN *apud* CÂMARA, 2011, p. 262).

Neves, por seu turno, esclarece:

O criador da teoria eclética, pela qual foram explicadas as condições da ação, foi Liebman, que em seus primeiros estudos sobre o tema entendia existirem três espécies de condições da

ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade, tendo sido essa construção consagrada pelo nosso ordenamento processual. E, com base nesse entendimento, o CPC/1973 consagrava três condições da ação. Ocorre, porém, que o próprio Liebman reformulou seu entendimento original, passando a defender que a possibilidade jurídica estaria contida no interesse de agir, de forma que ao final de seus estudos restaram somente duas condições da ação: interesse de agir e legitimidade (NEVES, 2016).

Essa é só uma das várias situações que apontam para a inconsistência da teoria das condições da ação. Praticamente não há nenhum autor brasileiro que não teça ao menos uma crítica à teoria de Liebman, partindo da premissa de que tanto a corrente concretista como a corrente abstrativista não reconhecem outra categoria que deva ser examinada pelo juiz além das questões processuais e materiais.

Liebman desenvolveu as condições da ação sob a base da teoria da apresentação, segundo a qual o exame da presença delas (condições da ação) deve ser feito à luz da prova produzida. Isso permite que o controle das condições da ação se dê a qualquer momento antes da sentença de mérito.

O fato é que — e aqui reside o ponto central de nosso tema — se o exame das condições da ação pressupõe a análise dos elementos da relação de direito material (sujeito, vínculo jurídico e objeto), conclui-se que, em caso de acolhimento de preliminar fundada na (suposta) ausência de condição da ação, há inegável juízo acerca do *meritum causae*.

Para ilustrar, vejamos o caso da ação possessória. Seu legitimado ativo é o possuidor, e o legitimado passivo, o esbulhador/turbador/ameaçador. Se, ao final do processo, ficar comprovado que o autor não é possuidor, para Liebman, será caso de ilegitimidade ativa, pois não há correspondência subjetiva entre o titular da posse e o autor da ação possessória. Em consequência, para Liebman, o processo deve ser

extinto sem resolução de mérito.⁴ A solução de Liebman é frequentemente adotada pelos operadores do direito na atualidade.

Trata-se, a nosso modesto juízo, de um contrassenso. Nesse sentido, perceba, na ilustração vista acima, que a proteção possessória é o objeto da ação. Assim, se o autor não tem direito a ela (posse), o caso é de improcedência do pedido. Veja que é nítida a confusão entre condição da ação e questão de mérito.

Buscando rever o posicionamento de Liebman, a doutrina desenvolveu a teoria da asserção (*prospettazione*, para os italianos), segundo a qual o preenchimento das condições da ação deve ser examinado à luz da narrativa feita na inicial, no estado da afirmação das partes (*in statu assertionis*). Pela teoria da asserção, o exame das condições da ação a partir das provas conduz necessariamente à solução do caso com julgamento de mérito.

Entretanto, mesmo que se adote a teoria da asserção — que buscou contornar a flagrante inconsistência da teoria da apresentação —, verifica-se que haverá, de toda forma, exame de mérito da causa. Nesse aspecto, rememorando o exemplo acima ilustrado da ação possessória, se antes mesmo de iniciada a fase instrutória concluir-se que o autor não é possuidor, para os adeptos da teoria da asserção, será caso de ilegitimidade ativa, pois não há correspondência subjetiva entre o titular da posse e o autor da ação possessória. Em consequência, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito.⁵ Assim, se ao juiz é possível resolver a lide pelo simples exame da narrativa feita na petição inicial, através do confronto dos fundamentos de fato e de direito com que o autor deduz a pretensão, é inegável que, mesmo nesse caso, há exame de mérito.

Voltando a nosso exemplo da questão possessória: se a relação jurídica de direito material, ou seja, a posse, é examinada pelo juiz, o

⁴ Conforme art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

⁵ Conforme art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

qual conclui, ao fim e ao cabo, pela improcedência da pretensão, há flagrante, patente e inegável exame do mérito da causa, pois os elementos da relação jurídica de direito material foram submetidos à apreciação do juiz e por ele examinados. Sua decisão neles se baseia, sendo, portanto, inconsistente afirmar que não houve resolução de mérito.

Trata-se de circunstância que aponta para o absoluto contrasenso que existe no julgamento da causa com extinção do processo *sem resolução de mérito*.

Como afirmado inicialmente, o problema não se esgota no plano meramente acadêmico. É que a extinção do processo não faz coisa julgada material, admitindo-se, com efeito, ao menos à luz do Código de Processo Civil de 1973, a repositura da ação:

No sistema do Código, a coisa julgada material só diz respeito ao julgamento da lide, de maneira que não ocorre quando a sentença é apenas terminativa (não incide sobre o mérito da causa). Assim, não transitam em julgado, materialmente, as sentenças que anulam o processo e as que decretam sua extinção, sem cogitar da procedência ou improcedência da ação. Tais decisórios geram apenas coisa julgada formal. Seu efeito se faz sentir apenas nos limites do processo. Não solucionam o conflito de interesses estabelecidos entre as partes e, por isso, não impedem que a lide volte a ser posta em juízo em nova relação processual (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 604).

Vimos, entretanto, que a extinção do processo por ausência de condição da ação é sempre hipótese de exame do mérito, daí concluir-se não ser possível a repositura da ação sem “correção” da condição considerada faltante, a despeito da extinção do processo sem resolução de mérito.

Nesse sentido, bem ilustra a situação caso decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no qual foi verificada a extinção do processo por ilegitimidade passiva, sem fazer, em tese, coisa julgada

material. Entretanto, concluiu indiretamente aquele Sodalício que estaria configurada hipótese de coisa julgada material, a despeito da extinção do processo sem resolução de mérito, vedada a repropositura da ação em face do mesmo réu, com repetição dos mesmos elementos.

Nesse sentido:

Processual civil. Ilegitimidade passiva. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Indeferimento da inicial. Sentença sem recurso. Efeitos. Coisa julgada material. - A sentença que indefere a petição inicial e julga extinto o processo, sem o julgamento de mérito, pela falta de legitimidade passiva para a causa, faz trânsito em julgado material, se a parte deixar transcorrer em branco o prazo para a interposição do recurso cabível, sendo impossível o novo ajuizamento de ação idêntica. - Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2001).

Nessa linha de ideias, o Código de Processo Civil de 2015 prevê, em seu art. 486, que o pronunciamento judicial sem resolução do mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. Até aqui, nenhuma novidade. Entretanto, o referido artigo preceitua, em seu § 1º, que a sentença sem resolução do mérito por falta de interesse de agir ou ilegitimidade de parte obsta a repropositura da nova ação se não houver a correção do vício que levou à sentença anteriormente proferida.

No mesmo sentido, o art. 966 do Código de Processo Civil de 2015 — que trata das hipóteses de cabimento de ação rescisória — prevê, em seu § 2º, que a decisão transitada em julgado, mesmo sem resolução de mérito, será rescindível desde que impeça nova propositura da demanda.

Verifica-se, portanto, ser inescapável a conclusão de que o exame das condições da ação conduz necessariamente ao julgamento da causa com resolução do mérito, com conseqüente formação de coisa julgada material.

8 As condições da ação no Código de Processo Civil de 2015

Partindo-se de uma premissa puramente normativa, pode-se verificar que o Código de Processo Civil de 1973 fazia expressa referência ao instituto jurídico das condições da ação, bem assim de correlata expressão “carência de ação”, ao preceituar, em seu art. 267, inciso VI, que “extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das *condições da ação*, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (destacamos); e, em seu art. 301, inciso X, dispor que “compete-lhe [ao réu], porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - *carência de ação*” (destacamos).

Ao contrário, verifica-se que o Código de Processo Civil de 2015 não fez referência nem ao instituto das condições da ação, tampouco à expressão “carência de ação”, ao contrário do que ocorria com o Código de Processo Civil de 1973. Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015, no seu art. 485, correlato ao antigo art. 267, dispõe que “o juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”. Já o seu art. 337, inciso XI, agora dispõe que “incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

Percebe-se, assim, que o Código de Processo Civil de 2015 suprimiu a expressa referência ao instituto jurídico das condições da ação e também à sua correlata expressão “carência de ação”.

Com efeito, a questão que se coloca é a seguinte: o Código de Processo Civil de 2015 extirpou do ordenamento o instituto jurídico das condições da ação como categoria processual autônoma, autorizando, assim, no plano das discussões jurisdicionais, somente o debate quanto a questões atinentes aos pressupostos processuais e às questões de mérito?

Sobre o tema, Neves faz a seguinte observação:

A retirada do termo ‘condições da ação’ do Novo CPC animou parcela da doutrina a levantar a questão do afastamento desse instituto processual de nosso sistema processual, de forma que o interesse de agir e a legitimidade passassem a ser tratados como pressupostos processuais ou como mérito, a depender do caso concreto.

Essa parcela da doutrina entende que o Novo CPC teria consagrado o binômio pressupostos processuais-mérito, e que, ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito ‘condição da ação’ que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar continuaria obviamente a existir.

[...]

Ao se admitir que as condições da ação não existem mais como instituto processual autônomo, cabendo agora analisar-lhes como pressupostos processuais ou mérito a depender do caso, seria ver consagrada no Novo CPC a teoria abstrata do direito de ação (NEVES, 2016).

Medina, por seu turno, esclarece:

A lei, em princípio, não deve adotar um determinado conceito ou concepção doutrinária. O projeto, em outros casos, opta por ‘definir’ institutos jurídico-processuais, aparentemente seguindo determinada concepção doutrinária, algo que não nos parece correto. Restará à doutrina e à jurisprudência definir se, à luz do NCPC, fará, ainda, sentido falar em ‘condições da ação’, ou se legitimidade e interesse processual seriam matérias que poderiam se inserir entre os pressupostos processuais ou no mérito (MEDINA, 2014).

Com efeito, para parcela dos processualistas, a falta de expressa referência às condições da ação pelo Código de Processo Civil de 2015, por si só, não extirpa do ordenamento jurídico o instituto das condições da ação como categoria autônoma. Nesse sentido, o mesmo Daniel Amorim Assumpção Neves assevera:

Certamente é tema que ainda suscitará muitos questionamentos e dúvidas, mas em minha primeira visão sobre o assunto não creio que o Novo CPC tenha adotado a teoria do direito abstrato de ação. Prova maior é que nas hipóteses já mencionadas de vedação à repropósito da ação, como do cabimento da ação rescisória, o Novo CPC deixa claro que não haverá julgamento de mérito. Como a legitimidade e o interesse de agir dificilmente podem ser enquadrados no conceito de pressupostos processuais, por demandarem análise da relação jurídica de direito material alegada pelo autor, concluo que continuamos a ter no sistema processual as condições de ação, e vou ainda mais longe. Apesar do respaldo doutrinário significativo e de inúmeras decisões judiciais acolhendo-a, o Novo CPC não consagrou a teoria da asserção, mantendo-se nesse ponto adepto da teoria eclética. Ainda que não caiba ao Código de Processo Civil adotar essa ou aquela teoria, ao prever como causa de extinção do processo sem resolução do mérito a sentença que reconhece a ausência de legitimidade e/ou interesse de agir, o Novo CPC permite a conclusão de que continua a consagrar a teoria eclética. [...]

É nesse sentido o art. 17 do Novo CPC, ao prever que ‘para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade’. Ainda que se possa entender que o dispositivo consagra a doutrina de Liebman a respeito do tema, tenho a impressão de que, de alguma forma, o legislador atendeu aos críticos da teoria eclética, em especial aos defensores da teoria do direito abstrato de ação. Naturalmente, mantém-se pela proposta analisada a teoria eclética, exigindo-se no caso concreto a existência de interesse de agir e legitimidade para que o juiz possa resolver o mérito (NEVES, 2016).

Na mesma toada, o pensamento de Nery Júnior e Nery:

Não há nenhum problema em continuar a fazer referência à expressão ‘condições da ação’, porque o sistema da lei não é incompatível com essa categoria doutrinária. De outra parte, interesse e legitimidade possuem *status* diferenciado em meio às demais questões preliminares, o que ainda se percebe pelo fato de o CPC 17 fazer expressa menção ao interesse e à legitimida-

de, de forma separada e destacada, como exigências para que se possa propor e contestar ação. A possibilidade jurídica do pedido não é mais condição autônoma da ação, porquanto integra o instituto do interesse processual: se o pedido for juridicamente impossível, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito porque o autor é carecedor da ação por falta de interesse processual. Lei não revoga doutrina (NERY JÚNIOR; NERY, 2016).

Noutro vértice, parcela oposta da doutrina processualista propugna que o Código de Processo Civil de 2015 extirpou, como categoria jurídica autônoma, as condições da ação, muito embora os seus elementos tenham permanecido intactos, sofrendo somente um deslocamento topológico. Esse fenômeno legislativo, na visão de muitos, representaria uma situação de silêncio eloquente, no sentido de que a omissão do legislador ordinário, ao não fazer expressa referência às “condições da ação”, seria absolutamente proposital, no objetivo de acolher a crítica doutrinária quanto à impertinência na adoção de um *tertium genus* classificatório.

Nesse sentido, Dinamarco, ainda antes da edição do Código de Processo Civil de 2015, propugnava:

[...] é muito cara à doutrina brasileira a indicação de três ordens de pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional, a saber: as condições da ação, os pressupostos processuais e os pressupostos de regularidade do procedimento e dos atos que o compõem. Não é tão importante fazer essa separação, todavia. Da perspectiva de quem examina o processo para verificar se o provimento deve ser emitido ou não pode sê-lo, basta enunciar linearmente todos os requisitos dos quais tal emissão depende, sem a preocupação de agrupá-los em categorias. Todos eles situam-se em um só patamar operacional, sendo objeto de um dos dois juízos a serem feitos pelo juiz no processo: antes de se decidir sobre o teor do provimento de mérito a ser emitido, ele decide sobre se o proferirá ou não. Todos os pressupostos de admissibilidade do mérito situam-se no patamar das preli-

minares, que antecede e condiciona o do julgamento do mérito (DINAMARCO, 2001, p. 217).

Nessa ordem de ideias, Didier Júnior leciona:

Há duas grandes diferenças em relação ao CPC-1973. O silêncio do CPC atual é bastante eloquente.

Primeiramente, não há mais menção ‘à possibilidade jurídica do pedido’ como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo. Observe que não há mais menção a ela como hipótese de inépcia da petição inicial (art. 330, § 1º, CPC); também não há menção a ela no inciso VI do art. 485 do CPC, que apenas se refere à legitimidade e ao interesse de agir; além disso, criam-se várias hipóteses de improcedência liminar do pedido, que poderiam ser consideradas, tranquilamente, como casos de impossibilidade jurídica de o pedido ser atendido.

A segunda alteração silenciosa é a mais importante.

O texto normativo atual não se vale da expressão ‘condição da ação’, apenas se determina que, reconhecida a ilegitimidade ou a falta de interesse, o órgão jurisdicional deve proferir decisão de inadmissibilidade. Retira-se a menção expressa à categoria ‘condição da ação’ do único texto normativo do CPC que a previa e que, por isso, justificava a permanência de estudos doutrinários ao seu respeito.

Também não há mais uso da expressão ‘carência de ação’.

Não há mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito ‘condição da ação’.

A ‘legitimidade *ad causam*’ e o ‘interesse de agir’ passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais.

A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.

A mudança não é insignificante.

Sepulta-se um conceito que, embora preenhe de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais

adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registro e aplausos (DIDIER JÚNIOR, 2011).

Na mesma esteira, Cunha, para quem:

[...] reafirmando um entendimento que defendo há mais de 10 anos, acosto-me à opinião do Prof. Fredie Didier Junior, com a devida vênia do Prof. Alexandre Freitas Câmara, para concluir que, se o projeto do novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) for aprovado desse jeito, não haverá mais a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, sendo a impossibilidade jurídica do pedido uma improcedência, juntamente à legitimidade ordinária da parte. Ademais, aprovado que seja o projeto desse modo, não haverá mais as condições da ação como categoria autônoma, passando o interesse de agir e a legitimidade extraordinária da parte a constituir pressupostos processuais (CUNHA, 2011).

9 Conclusão

Sem embargo da preciosa contribuição que a teoria agrega à prática, tentar amoldar a prática ao devaneio teórico coloca em sério risco de agravamento as sensíveis fragilidades da Justiça brasileira.

O juiz jamais pode flertar com a burocracia, cabendo-lhe, ao contrário, orientar o processo ao seu desfecho da maneira mais simples possível. Não estamos tratando de simplismo, mas sim de eficiência, ou seja, alcançar os fins com o mínimo de dispêndio de recursos, em homenagem ao valor supremo da instrumentalidade do processo.

Na preciosa lição de Dinamarco:

[...] a burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e do comodismo, e como já foi dito e destacado, a busca incessante da verdade não é de hoje que serve de pretexto para as práticas burocráticas. É preciso ousar. É indispensável ao juiz moderno romper com isso e vencer certos imobilismos. Onde o seu espí-

rito se considerar suficientemente capaz de afastar os ‘motivos divergentes’ e, como faria o homem médio da sociedade, tomar uma decisão conforme um grau satisfatório de probabilidade de acertar, que corra o risco (DINAMARCO, 1994).

No decorrer dessas breves considerações, permitimo-nos verificar que a teoria eclética de Liebman é composta de elementos intimamente ligados ao mérito da causa. As bases das teorias concretista e abstrativista do direito de ação, predecessoras da teoria eclética de Liebman, estavam corretas ao afirmar que a solução da causa passa somente por dois grandes grupos de questões que devem ser examinadas pelo juiz: questões processuais e questões de mérito. Em consequência, incabível se concluir, apenas no campo da doutrina, pela existência da figura de um *tertium genus*.

Referências

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 jan. 1973 e republicado em 27 jul. 2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 160.850/SP. Relator: Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 17 out. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 261-269, jul. 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria “condições da ação”? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 198, p. 227-236, ago. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 256-260, jul. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1992, v.1.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo CPC não deve adotar conceito sobre condições para a ação*. 25 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-25/cpc-nao-adotar-conceito-condicoes-acao>. Acesso em: 1º out. 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.



CAPÍTULO

III

**Negócios jurídicos
processuais**

20. Negócio jurídico processual: a calendarização processual enquanto ferramenta de efetivação do Princípio da Razoável Duração do Processo

Aline Cibele de Aguiar Gonçalves

Oficial de Apoio Judicial do TJMG.

1 Introdução

O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015), positivou a possibilidade conferida às partes e ao juiz de, em conjunto, fixarem um calendário para a prática dos atos processuais dentro de determinado feito judicial. Essa proposta veio com o fundamento de prestigiar a participação das partes na formação da decisão, mas, também, e ainda que pela via transversa, como instrumento de efetivação do Princípio da Razoável Duração do Processo.

Nesse cenário, houve a necessidade de se verificar se essa ferramenta teria mesmo o condão de trazer benefícios à efetivação desse princípio constitucional. Isso porque a realidade atual de sobrecarga do Judiciário aumentou a necessidade de buscar mecanismos que possibilitem a entrega mais célere da prestação jurisdicional, e, havendo,

no ordenamento jurídico, novo mecanismo que se proponha a tal fim, deve o mesmo ser conhecido e difundido no âmbito jurídico para que mais operadores o conheçam a fundo e dele façam uso na busca pela conclusão dos feitos em prazo razoável.

Este trabalho se valeu de minuciosa pesquisa voltada à literatura jurídica até então existente sobre a matéria, prestigiando o rico acervo disponível pela via eletrônica.

Buscou-se aqui definir se o calendário processual estabelecido pelo art. 191, CPC/2015, constitui realmente uma ferramenta capaz de contribuir para a efetivação de tal princípio constitucional, e na busca de resposta a esse questionamento é que se desenvolveu o presente artigo.

Como será exposto adiante, após análise do instituto da calendarização processual, do Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo e de considerações sobre o cenário de sobrecarga atual do Judiciário brasileiro, concluiu-se, de fato, pela relevância do instituto da calendarização enquanto ferramenta de efetivação do referido princípio constitucional, esperando-se, então, que ele seja melhor e mais amplamente utilizado pelos operadores do direito no dia a dia forense.

2 Contexto da positivação do instituto da calendarização processual por meio da Lei 13.105/2015

O processo civil historicamente sempre se desenvolveu sob uma perspectiva de superioridade do Estado-Juiz em relação aos litigantes, e até mesmo de um ativismo judicial, tomado por muitos como demasiado.

O juiz, enquanto destinatário da prova, respeitados os procedimentos legais estabelecidos, ditava os rumos de todo o processar do feito.

E sobre essa questão as partes não possuíam qualquer ingerência, até porque as questões procedimentais eram tomadas como sendo de ordem pública, e, via de consequência, indisponíveis (e inatingíveis) às partes.

Como ponderou Kuhn:

Antigamente não poderia reconhecer a autonomia da vontade no campo processual, seara na qual as normas eram consideradas de ordem pública e sem possibilidade de disposição pelas partes. Com as transformações provocadas pelas dogmáticas inovadoras, atualmente é possível às partes disporem sobre os procedimentos.

As convenções processuais surgiram em decorrência de um problema maior no processo civil: a divisão de trabalho entre as partes e o juiz. O modelo atual busca um equilíbrio nessa relação. Não mais uma balança desequilibrada que qualifica determinadas questões como mais das partes ou mais dos juízes. O que se vislumbra é uma evolução do modelo processual assimétrico, no qual o magistrado se posiciona acima das partes para um modelo processual cooperativo, onde existe paridade do diálogo e o juiz não é uma autoridade contra a qual as partes não podem se insurgir (KUHN, 2016, p. 8).

Prosseguindo em suas considerações, Kuhn argumenta que:

O modelo cooperativo é a tentativa de superação de uma cultura desarmônica no processo civil pátrio. O diálogo será a grande ferramenta e a soberania do juiz não pode ser tamanha que chegue ao ponto de se tornar autoritária.

Com essa filosofia de equivalência entre partes e juiz, surge a ideia inovadora de as partes poderem modificar os procedimentos, tendo em vista que esse não é mais indisponível, pertencente exclusivamente ao Direito Público. O procedimento

é das partes, que detêm o direito fundamental subjetivo a uma tutela adequada do Estado. Elas colaboram e, dessa forma, podem decidir inclusive questões importantes, como ritos procedimentais (KUHN, 2016, p. 9).

Percebe-se, então, que a calendarização processual fora concebida da necessidade de se buscar melhor equilíbrio na atuação dos sujeitos processuais e de permitir às partes atuar de forma a influenciar ativamente na formação da decisão que se busca com o manejo de toda ação judicial (influência essa extraída também, por exemplo, dos comandos constantes nos arts. 10 e 139, III, CPC/2015).

E só esse fundamento já seria o bastante para se conferir relevo ao instituto.

Entretanto, começou-se a extrair dele outra suposta relevância: teria ele o condão de servir de instrumento à efetivação do Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo?

Esse questionamento começou a assumir proporções relevantes, e é sob esse enfoque que o instituto é aqui abordado (sem qualquer demérito dos outros enfoques sobre os quais ele pode e deve ser analisado).

3 Breves considerações sobre o princípio constitucional da razoável duração do processo

Estabelece o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Reforçando esse comando e no trilhar do estabelecimento de um processo civil constitucionalizado, o novo CPC, em seu art. 4º, estabeleceu que “as partes têm o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Desde sua inserção na CF/1988 (o que ocorreu com a Emenda Constitucional [EC] nº 45/2005), vem-se buscando a efetivação desse princípio constitucional por meio da superação dos obstáculos que atravancam o Judiciário e que fazem com que o processamento dos processos judiciais, via de regra, prolonguem-se por tempo muito mais longo do que aquele que se pretendia, retardando em muito a entrega da prestação jurisdicional definitiva aos jurisdicionados.

Pontua Hartmann que

A atual complexidade social, caracterizada pelo surgimento de novos direitos e, portanto, novas demandas, exige que o Estado esteja suficientemente preparado para enfrentar os desafios da sociedade contemporânea, de forma a garantir a plena efetivação dos direitos consagrados.

O Estado deve preparar-se a fim de que possa atender as novas exigências que lhe são impostas, vindo a obter êxito no atendimento das demandas que lhe são dirigidas e garantindo aos cidadãos o livre acesso à justiça.

Cumpra registrar que não se estabeleceu o que e quanto seria exatamente o prazo razoável de um processo. Segundo Francisco Fernandes de Araújo, seria a correta observação dos prazos, evitando as etapas mortas do processo, *verbis*: ‘*Dilações indevidas, aqui, devem ser entendidas como “atrasos ou delongas que se produzem no processo por não observância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual do outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários*’ (HARTMANN, 2006) (grifo nosso).

Em linha complementar à acima colacionada e na tentativa de melhor compreender esse princípio constitucional, indaga Moro:

[...] o que é ‘razoável duração do processo?’ No que tange aos termos duração e processo, substantivos, há pouca margem para

dúvidas. Mas o adjetivo ‘razoável’ deixa, na verdade, a razão de lado. O adjetivo, na realidade, prestigia uma discricionariedade do próprio constrangido pela norma: em outras palavras, é o juiz que dirá o que é ‘razoável duração do processo’ que lhe incumbe conduzir à satisfação final (MORO, 2005).

Como se percebe, a análise da dimensão do referido princípio constitucional é questão que comportaria grandes digressões teóricas de cunho jurídico.

Contudo, para os fins a que se destina o presente trabalho, importa considerar que sua efetivação se encontra intimamente atrelada à necessidade de redução dos “tempos processuais mortos” (sobre os quais melhor se explanará no capítulo seguinte), considerando-se, via de consequência, que todo e qualquer mecanismo que possa contribuir para a redução desses tempos mortos já presta relevante contribuição à efetivação do Princípio da Razoável Duração do Processo.

4 A sobrecarga do Judiciário na contramão da efetivação do princípio da razoável duração do processo

Quando se fala em razoável duração do processo, inevitavelmente surge um contraponto com a morosidade do Judiciário que é vista, acertadamente, como um dos maiores obstáculos à efetivação do referido princípio.

É preciso, contudo, entender um pouco melhor as causas dessa morosidade para que, a partir daí, se possa buscar elemento para minimizar suas consequências negativas no âmbito processual.

Ao tratar da questão, Hartmann pondera que:

A possibilidade de obter-se a tutela jurisdicional em tempo razoável confunde-se em grande parte com a efetividade do processo. A morosidade processual apresenta-se como uma das

principais causas de descrédito do Judiciário. É notório o entendimento de que ‘justiça tardia não é justiça’.

A respeitabilidade e confiabilidade no Poder Judiciário estão ligadas a uma resposta rápida e eficaz nas lides ajuizadas. Humberto Theodoro Junior ensina: *‘A primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade’ [...]*.

A título de afastar a possibilidade da prática de uma injustiça, impõe-se um procedimento essencialmente lento e permeado de incidentes que o desviam do curso normal.

A morosidade é um expediente alcançado por aqueles que exploram indevidamente as possibilidades oferecidas pelo sistema para esquivar-se da lei e, sem dúvida, os desvirtuamentos da natureza e finalidade dos instrumentos processuais acabam por transformarem-se em fator de injustiça social.

Portanto, cada vez mais se exige do julgador a forma de bem conduzir o processo, indeferindo diligências desnecessárias, bem como ao Tribunal o não conhecimento de recursos meramente protelatórios (HARTMANN, 2006).

E, ainda que muitos fatores possam ser elencados como causas da referida morosidade, há um fator que aqui merece destaque.

Ainda que a coletividade em geral possa ter uma impressão diametralmente oposta, o Judiciário, principalmente de 1ª instância, na grande maioria das Comarcas, é carente de material humano.

Há, então, um número pequeno de servidores em cada vara da Justiça comum estadual que tem a missão de dar conta de um elevadíssimo acervo processual ativo em curso.

Consequência disso é que, havendo muitos e muitos atos pendentes de serem praticados diariamente por cada servidor, por certo, os processos ficam um tempo excessivo à espera da prática de cada ato.

A esse prazo de espera se convencionou chamar de “tempo morto” do processo.

Afirma Costa que:

[...] o grande vilão responsável pela demora na conclusão de uma ação não é o prazo do processo em si, mas sim a demora para a prática dos diversos atos processuais necessários à condução do feito, haja vista o exagerado número de ações judiciais e incidentes processuais que, por consequência, eleva o número de atos a serem praticados pelo juiz e pela secretaria (COSTA, 2015).

Ao tratar dos tempos mortos do processo, Costa registra que:

[...] os chamados ‘tempos mortos do processo’, que correspondem aos períodos ou lapsos temporais em que o processo se encontra em andamento sem que efetivamente sejam praticados atos processuais tendentes ao seu desenrolar e solução. Em outras palavras, o processo, embora ativo, fica paralisado aguardando que sejam praticados atos processuais, desde os mais simples como meros despachos, até atos de maior complexidade como, por exemplo, a apresentação de contestação, cujo prazo ainda não fora inaugurado por depender da juntada do mandado de citação cumprido.

Este é o verdadeiro gargalo do Judiciário: o tempo em que o processo fica parado aguardando a prática de atos processuais. *Não são os lapsos temporais para a prática de atos ou as suspensões de prazos decorrentes de recessos ou férias forenses que retardam a resposta do estado-juiz, mas sim os longos períodos ociosos diretamente ligados à absurda quantidade de ações e ao reduzido aporte humano para desempenho das atividades.*

Visando eliminar os ‘tempos mortos do processo’, o novo texto processual altera sua sistemática de atuação, reduzindo o número de atos processuais a serem praticados pelo Poder Judiciário, de modo que, ao se praticar menor número de atos por processo, consequentemente, alcança-se a prática de atos em um maior número de ações, fazendo com que se desenvolvam até atingirem seu resultado final (COSTA, 2015).

Como facilmente se constata, a existência desses tempos processuais mortos caminha na contramão da efetivação do Princípio da Razoável Duração do Processo. Com isso, mostra-se imperiosa a

adoção de medidas, não só no âmbito de cada serventia (com a implementação, por exemplo, de planos estratégicos de gestão que visem otimizar a produtividade de cada servidor), mas, principalmente, em âmbito macro, e que se mostrem capazes de reduzi-los (leia-se: os tempos mortos) gradativamente e futuramente eliminá-los do cenário processual do país.

5 A calendarização processual e suas principais características

Mesmo antes da entrada em vigor do CPC/2015, Lei nº 13.105/2015, já havia defensores da prática de atos de calendarização processual no processo civil. Contudo, como a questão não se encontrava legalmente positivada, esbarrava em disseminada resistência de aplicação/adesão por parte da maioria dos operadores do direito (seja advogado, membro do Ministério Público ou mesmo da magistratura).

Com a entrada em vigor do CPC/2015, veio a inovação legislativa de forma positiva.

Estabeleceu o art. 191, CPC/2015:

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário (BRASIL, 2015).

Por meio da calendarização, abriu-se às partes a possibilidade de, em comum acordo com o magistrado, fixarem as datas (ou os períodos) para a prática de cada um dos atos processuais subsequentes.

Registre-se que, caso haja acordo entre todos, podem inclusive ser fixados prazos diversos daqueles inicialmente previstos na legislação (respeitadas eventuais questões de ordem pública e notadamente o princípio do contraditório).

Comumente, essa calendarização vem sendo ofertada às partes pelo juízo na audiência preliminar de conciliação, prevista também de forma inovadora no art. 334, CPC/2015, por ser essa a primeira oportunidade de contato do juízo com ambas as partes de forma conjunta.

Contudo, registre-se que nada impede que, a qualquer momento, as partes se manifestem nos autos, por meio de petição, informando a estipulação de calendário processual entre elas e o submetendo ao crivo do juízo para homologação.

Importante, ainda, o registro de que a calendarização só deve ser ofertada nessa oportunidade da audiência de conciliação se constatado o esgotamento da possibilidade de realização de composição entre as partes acerca do próprio direito material objeto da demanda. Isso porque, havendo essa possibilidade, será ela sempre prestigiada pelo juízo, inclusive em respeito à diretriz estabelecida pelo art. 3º, § 2º, CPC/2015, que prestigia a solução consensual das demandas, sempre que possível.

Como registrado no capítulo anterior, o prazo que o feito fica aguardando para a prática do ato posterior é um dos fatores que mais contribui para a morosidade do processo.

Conforme o § 2º do art. 191, CPC/2015, acima transcrito, a estipulação do calendário processual pelas partes dispensa a realização de intimações das partes, pelo juízo, para a prática de ato constante no calendário.

Costa, prosseguindo suas considerações acerca dos tempos processuais mortos e da necessidade de adoção de mecanismos que contribuam à sua redução, assim discorreu:

Ocorre que duas importantes novidades introduzidas pelo novel diploma processual tendem a alterar esse cenário a médio e longo prazo, quais sejam, a concentração das possíveis respostas do réu na mesma ação, em detrimento da distribuição por dependência de incidentes processuais (art. 146, 336, 337 e 343 nCPC), e a possibilidade de formalização de negócios jurídicos processuais pelas partes em conjunto com o juiz (art. 190 e 191, nCPC).

[...] A segunda novidade – possibilidade de negócios jurídicos processuais pelas partes – é ainda mais audaciosa, na medida em que permite que as próprias partes, em conjunto com o juiz, e desde que a ação verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, estipule mudanças no procedimento a fim de adequá-lo às especificidades do caso e aos seus interesses lícitos, até mesmo *fixando calendário comum para a prática de atos processuais, dispensando-se a intimação para a realização dos atos previstos no calendário* (art. 190 e 191 nCPC). Se as partes entre si estabelecem a forma de condução do processo sem que sejam maculados os princípios constitucionais do processo, programando os atos a serem praticados e definindo suas datas, deixa de ser necessário realizar atos tendentes ao andamento do processo, inclusive intimações e publicações – desonerando o juiz e os servidores – que poderão se ocupar da prática de atos em outras ações, reduzindo os ‘tempos mortos processuais’ (COSTA, 2015) (grifo nosso).

Via de regra, oferecida às partes a calendarização processual em audiência de conciliação e aceita a proposta, as partes estipularão os prazos para oferecimento de resposta pelo réu; de impugnação à contestação pelo autor (e de contestação a eventual reconvenção); de apresentação de quesitos e indicação de eventual assistente técnico para realização de eventual prova pericial solicitada, e, inclusive, finda a fase postulatória, a data de remessa dos autos à conclusão para fins de prolação de decisão de saneamento e organização do processo, nos termos do art. 357, CPC/2015, ou mesmo julgamento antecipado

da lide, caso não haja necessidade de produção de outras provas nos autos.

Percebe-se, então, que a dispensa da prática do ato de intimação pelo juízo pode representar um importante impulso no trâmite processual, considerando que cada uma dessas intimações demanda tempo para sua realização, em decorrência do elevado acervo processual da grande maioria das Varas da Justiça Estadual de 1ª Instância.

Não se pode negar que a positivação do instituto da calendarização não teve o condão, por si só, de quebrar toda a resistência dos operadores do direito em relação à sua aplicação. Muitos ainda a rechaçam de forma veemente.

É de se registrar que a grande maioria da recusa se dá por parte dos advogados ao argumento de que a intimação pelo juízo é essencial para fins de se evitar a perda de prazos processuais (raciocínio esse arraigado em um modelo processual bastante metódico e, a cada dia, mais distante da proposta dinamizada de processamento de feitos que se busca, inclusive por meio do Processo Judicial Eletrônico – PJe).

Inegável, contudo, que sua utilização, de forma mais difundida, pode representar grandes ganhos na diminuição dos prazos mortos existentes atualmente no curso dos processos.

6 Conclusão

Chegando ao final deste trabalho, vale considerar que a efetivação do Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo é medida que se impõe no cenário jurídico, devendo ser prestigiado e difundido todo mecanismo, todo instrumento, que possa trazer contribuição a essa empreitada.

Sendo a morosidade do Judiciário um importante fator de entrave à efetivação desse princípio, deve ser ela combatida em todas as

suas facetas, merecendo relevo aquela que se atrela à deficiência quantitativa do material humano de que dispõe o Judiciário, notadamente na Justiça Estadual de 1ª Instância.

Nesse cenário, sendo escasso o número de servidores e bastante elevado o acervo processual que depende de atuação dos mesmos, a adoção e disseminação de instrumentos que visem reduzir a quantidade de atos pendentes de serem praticados pelos servidores e, via de consequência, que visem reduzir consideravelmente (e quiçá futuramente extirpar) os tempos processuais mortos, se mostram de grande valia.

É certo que a utilização do instituto da calendarização processual ainda esbarra na resistência de muitos operadores do direito, e daí se extrai a ainda maior necessidade de disseminação dele pelo meio jurídico e de realização constante de estudos sobre a questão, como fez o presente, para que todos possam conhecer efetivamente suas características, abrangência e finalidade.

Pelos contornos dados ao instituto da calendarização processual previsto no art. 191, CPC/2015, mormente no que concerne à dispensa da prática de atos de intimação pelo juízo, inegável que esse instituto, se amplamente utilizado, pode trazer importantes contribuições à efetivação do princípio constitucional sob enfoque, sendo imperiosa a adoção de medidas para expansão de sua aceitação e utilização pelos operadores do Direito.

Referências

BRASIL. *Código de Processo Civil*, Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. *Constituição Federal* de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

COSTA, Júlio César da. *Novo Código de Processo Civil - eliminação dos “tempos mortos” visando alcançar a celeridade e a razoável duração do processo*. 2015. Disponível em: <https://julio1979cesar.jusbrasil.com.br/artigos/228116931/novo-codigo-de-processo-civil-eliminacao-dos-tempos-mortos-visando-alcancar-a-celeridade-e-a-razoavel-duracao-do-processo>. Acesso em: 17 maio 2018.

HARTMANN, Denise. *Comentários ao princípio constitucional do prazo razoável do processo*. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8152/comentarios-ao-principio-constitucional-do-prazo-razoavel-do-processo>. Acesso em: 15 maio 2018.

KUHN, Guilherme Eduardo. *Convenções e calendários processuais*. Porto Alegre. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Processual Civil). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158864/001022574.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 maio 2018.

MORO, Luiz Carlos de. *Onde está a razoabilidade. Como se define a “razoável duração do processo”, prevista na Reforma*. 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-jan-23/definir_razoavel_duracao_processo. Acesso em: 17 maio 2018.

21. Do negócio jurídico processual e seus limites

Rodrigo Kuniochi

Juiz de Direito da Comarca de Espinosa/MG.

Ana Laiz Oliveira Lima

Estagiária de Pós-Graduação da Comarca de Espinosa/MG.

Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário (UniFG). Pós-graduada em Direito e Prática Trabalhista e Previdenciária pela Unigrad. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Elpídio Donizetti.

1 Introdução

Na esteira das reformas legislativas havidas no Código de Processo Civil de 1973, em 2010, foi submetido ao Congresso Nacional um Projeto de Código de Processo Civil, que culminou, após longa tramitação legislativa, no ano de 2015, na Lei 13.105, de 16/3/2015, criando o novo Código de Processo Civil.

Durante os estudos elaborados pela Comissão de Juristas, propôs-se a reconstrução das balizas processuais civis brasileiras contempladas pelo antigo Código, com o escopo de adequar a norma jurídica aos avanços reformadores, jurisprudenciais e doutrinários conquistados ao longo dos anos de vigência do *Codex* revogado.

De toda sorte, passados mais de cinco anos da vigência do novo Código de Processo Civil brasileiro, trazemos, neste breve estudo, considerações acerca dos avanços e modificações, legais e práticas, introduzidas pelo novel ordenamento processual pátrio. Tratando-se de tema extenso, impossível de ser estudado em um breve artigo, propomo-nos a apresentar uma breve síntese acerca do instituto jurídico

do negócio jurídico processual, previsto expressamente no art. 190 do Código de Regência.

De início, relembremos que a jurisdição brasileira é bipartida: a) a jurisdição contenciosa, que é a regra; a jurisdição propriamente dita, que traz como função primordial a pacificação social, a tentativa de autocomposição entre as partes; e, por fim, a resolução dos conflitos. Pressupõe, pois, a controvérsia entre as partes, também conhecida pela expressão *lide*, a ser resolvida pela atividade judicante exercida pelo Estado-juiz; e b) a jurisdição voluntária, aquela em que o Estado-juiz funciona na gestão pública de interesses privados. Nesses casos, não temos controvérsia entre as partes, isto é, não temos *lide*.

Avançando ao tema central, temos que acordos processuais existem há muito tempo no direito pátrio e são conhecidos, na legislação processual brasileira, como meio de impor à jurisdição determinados atos ou soluções processuais. O novo Código de Processo Civil, no entanto, encampou e adotou expressamente a teoria dos negócios jurídicos processuais, conferindo maior flexibilização procedimental ao processo, obviamente estabelecendo limites a serem respeitados, tais como princípios constitucionais, tudo com a finalidade de buscar a maior efetividade e satisfação do direito material para as partes.

Com efeito, o art. 190 previu e franqueou às partes a faculdade de estipularem mudanças no procedimento para ajustá-las às especificidades da causa, quando presentes partes plenamente capazes discutindo causas que versem sobre direitos que admitam autocomposição.

Em resumo, a nosso ver, o objetivo do instituto criado pelo Código de Processo Civil foi de democratizar o processo civil brasileiro, em busca do denominado *processo constitucional democrático*, tornando-o mais célere e eficaz, conferindo maior significância ao princípio do autorregramento da vontade no processo, e, ao cabo, a plena satisfação das partes.

Como dito alhures, em vista da grande abrangência do objeto dos negócios jurídicos processuais, ampliando a liberdade das partes na convenção sobre normas processuais, estabeleceram-se limites à autocomposição, quais sejam as garantias fundamentais do processo.

A imposição desses limites visa à garantia de sua legitimidade, conferindo ao ordenamento jurídico um ambiente favorável à efetividade da tutela, notadamente na aplicação dos negócios processuais atípicos, mas tudo com respeito às garantias fundamentais das partes e do processo, especialmente os princípios constitucionais processuais.

Diante de tal contexto, objetiva-se, com o presente trabalho, analisar o novel instituto dos negócios jurídicos processuais e os limites impostos à atividade criativa das partes, quando da celebração desses acordos processuais, avaliando seus fundamentos e a sua principiologia.

2 Breves considerações acerca dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil previu expressamente, no art. 190, os negócios jurídicos processuais, adotando a *teoria dos negócios jurídicos processuais*, permitindo às partes o direito à flexibilização procedimental do processo, isto é, franqueando às partes a permissão para estipularem mudanças no procedimento, a fim de ajustá-las às especificidades da causa.

Como exemplo da adequação do procedimento, podemos citar, dentre outros, o poder de convencionar sobre os ônus, poderes, deveres e faculdades processuais, antes ou durante o processo.

Apesar de novidade legislativa, os negócios jurídicos processuais já existiam sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, todavia, apenas em sua forma típica, limitada, considerando que as partes não tinham a liberdade de ajustar sobre todo e qualquer tipo de procedi-

mento, senão nas hipóteses expressamente previstas na lei de regência, a citar a cláusula de eleição de foro e as convenções sobre o ônus da prova (NEVES, 2016).

Parcela da doutrina, fundada na estrita legalidade, na afronta à segurança jurídica e ao devido processo legal, mostrava-se, e ainda se mostra, contrária à possibilidade de negociação processual atípica; todavia, a doutrina de vanguarda não só aceita, como festeja, a introdução normativa dos negócios jurídicos processuais atípicos, previstos na cláusula geral do artigo supracitado.

Por todos, podemos citar Greco, para quem a novidade legislativa permite que as partes,

como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública (GRECO, 2017, p.7).

Como frisado acima, o novo Código de Processo Civil teve a iniciativa de ampliar o rol dos negócios jurídicos processuais, e isso por meio da cláusula geral do art. 190, com o escopo final de adequar a norma ao modelo cooperativo de processo, em verdadeiro rompimento com o ordenamento anterior, que refletia um processo padronizado e estranho aos casos e ao direito material em discussão (COLOMBO, 2018).

Tal inovação legislativa, para além da adequação principiológico-normativa, privilegia a autonomia privada, que passa a ser consideravelmente elevada, permitindo a flexibilidade procedimental.

Vejamos o que prevê o novo Código de Processo Civil em seu art. 190, *in verbis*:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2015).

Podemos verificar, assim, que o instituto empodera a autonomia privada, ao permitir que as partes estipulem mudanças no procedimento, de acordo com as especificidades da causa, observados os limites legais e, sempre, sob a fiscalização do Estado-juiz.

Conceitua Didier Júnior como o “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 59-84).

Por sua vez, Theodoro Júnior ensina que o art. 190 estabelece requisitos a serem observados na celebração desses acordos sobre o procedimento, quais sejam: “(i) a causa deve versar sobre direitos que admitam autocomposição; (ii) as partes devem ser plenamente capazes; e (iii) a convenção deve limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres das partes (art. 190, *caput*)” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 719).

Com efeito, temos que as negociações processuais atípicas, como cláusula geral, apenas podem efetivar-se nas demandas que aceitam solução por autocomposição. Sobre esse primeiro requisito, observa Neves que essa posição do legislador foi acertada, na medida em que não confundiu direito indisponível com direito que não admi-

te autocomposição, sobretudo porque é permitida a autocomposição ainda que o processo verse sobre direito indisponível (NEVES, 2016).

No mesmo norte, Didier Júnior aponta que “o direito em litígio pode ser indisponível, mas admite solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direito aos alimentos” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 66).

Nessa mesma esteira, o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (2017): “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

Conclui-se, pois, que direito indisponível não se confunde com direito que não admite autocomposição, isto é, são conceitos que não se misturam.

No que se refere ao segundo requisito legal, a capacidade dos indivíduos para celebrar o negócio jurídico processual, Neves sustenta que “a parte precisa ter capacidade de estar em juízo, de forma que mesmo aquelas que são incapazes no plano material ganham capacidade processual ao estarem devidamente representadas” (NEVES, 2016, p. 324).

Como se nota, a espécie de capacidade tratada pelo art. 190 é a processual (*legitimatío ad processum*), pressuposto processual de validade.

Sobre o tema, Didier Júnior esclarece que:

Incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos. Mas se estiver devidamente representado, não há qualquer impedimento para que o incapaz celebre um negócio processual. De fato, não há sentido em impedir negócio processual celebrado pelo espólio (incapaz processual) ou por um menor, sobretudo quando se sabe que, extrajudicialmente, suprida a incapacidade pela representação, há para esses sujeitos mínimas limitações para a negociação (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 65).

Insta salientar que, em se tratando dos requisitos de validade do negócio jurídico processual, a legislação exige agente capaz, objeto lícito, possível e determinado, e também forma prescrita ou não defesa em lei, devendo ser observados, de igual modo, os requisitos previstos no direito material (art. 104, CC/2002) (HATOUM; BELLINETTI, 2016). Verifica-se, pois, que o desrespeito a qualquer das exigências do dispositivo supramencionado configura nulidade do negócio jurídico processual, reconhecível de ofício pelo magistrado, nos termos do parágrafo único do art. 190 (NEVES, 2016), mas que permite ao Estado-juiz conceder prazo para que a parte adquira a capacidade de estar em juízo, somente extinguindo o processo – no caso do autor – ou prosseguindo à revelia – no caso do réu – na hipótese de omissão da parte no suprimento do vício.

Outrossim, ressalte-se o posicionamento de Hatoum e Bellinetti, quanto aos requisitos de validade e existência dos negócios jurídicos processuais:

[...] o art. 166 do CC prevê sete hipóteses que, se configuradas, conduzirão à nulidade dos negócios jurídicos, a saber: (i) incapacidade das partes; (ii) se for ilícito, impossível, ou se tiver objeto indeterminado; (iii) se o motivo dominante, comum a ambas as partes, for ilícito; (iv) se não revestir a forma prescrita em lei; (v) se for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; (vi) se tiver por objetivo fraudar a lei; e (vii) se a lei taxativamente considerá-lo nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (HATOUM; BELLINETTI, 2016, p. 9).

Podemos concluir, com Hatoum e Bellinetti, que os negócios jurídicos processuais estão sujeitos aos requisitos de existência e validade dos negócios jurídicos materiais, de modo que, ausente qualquer dos requisitos disciplinados no art. 104, CC/2002, ou verificada algu-

ma das hipóteses do art. 166 do CC/2002, a celebração da convenção processual será nula e inválida (HATOUM; BELLINETTI, 2016, p. 9).

Dessa feita, uma vez respeitadas as restrições impostas pela legislação, e adotando-se o modelo cooperativo de processo, os negócios jurídicos processuais considerar-se-ão válidos e eficazes.

Nesse viés, a inovação tratada pelo Código de Processo Civil de 2015 foi a de estabelecer uma cláusula geral de atipicidade dos negócios jurídicos processuais. Diferente dos negócios processuais típicos, que pressupõe regra expressa para casos específicos, os negócios jurídicos processuais atípicos não encontram detalhamento rígido, fixado na lei, sobre o acordo a ser celebrado pelas partes, senão limites à sua celebração, tudo sob o escrutínio do Poder Judiciário, que zela pela igualdade processual das partes, ao averiguar se a negociação jurídica processual foi realizada em condições semelhantes, paritárias, para ambas as partes (NEVES, 2016).

Avançando, Neves dita que os negócios processuais atípicos compreendem o ajuste entre as partes de modo geral, podendo envolver tanto as situações jurídicas processuais quanto o procedimento. Como cláusula geral que é, o art. 190 permite diversas hipóteses de negócios jurídicos atípicos (NEVES, 2016), competindo às partes identificar as especificidades da causa, estabelecendo os ajustes procedimentais, ficando sob constante vigilância do Estado-juiz, tudo com fulcro no Processo Civil constitucional-democrático.

De fato, o Código de Processo Civil criou a possibilidade/poder de negociação pelas partes ao não condicionar a eficácia dos negócios processuais independentemente de homologação judicial, mas somente sob fiscalização do Poder Judiciário, sendo aos negócios atípicos a eficácia imediata, cabendo ao magistrado o dever de confirmar a sua validade.

Em vista disso, no exercício da função jurisdicional, é fundamental o controle da validade das convenções processuais pelo Esta-

do-juiz, recusando a aplicação da autocomposição nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único). Trata-se, pois, da maior garantia do jurisdicionado.

Nessa esteira, é claro que a possibilidade de as partes convençionarem sobre ônus, deveres e faculdades processuais se limita àqueles conferidos a si, dos quais têm disponibilidade, nunca atingido e permitindo a expurgação dos conferidos ao Poder Judiciário. A título de exemplo, temos que não é permitido estabelecer regras acerca da iniciativa probatória do juiz, do controle das condições da ação ou dos pressupostos processuais, tudo o que atine a normas de ordem pública.

Frisa Theodoro Júnior que

o juiz, no exercício de sua função de gerenciar o processo, deve, de ofício ou a requerimento, controlar a validade dessas convenções, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual qualquer parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único) (THEODORO JÚNIOR, 2015).

No que toca ao tema *vulnerabilidade*, Didier Júnior entende que “há vulnerabilidade quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica, fazendo com que a negociação não se aperfeiçoe em igualdades de condições” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 65). Nesse caso, o juiz pode não aceitar a realização do negócio celebrado pelas partes, devendo anular a convenção.

Repisamos a importante observação que faz Theodoro Júnior, ao salientar que a liberdade negocial não é absoluta e encontra restrições:

É evidente que a possibilidade de as partes convençionarem sobre ônus, deveres e faculdades deve limitar-se aos seus po-

deres processuais, sobre os quais têm disponibilidade, jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz. Assim, não é dado às partes, por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante. Tampouco é de admitir-se que se afastem negocialmente os deveres cuja inobservância represente litigância de má-fé (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 719).

Na mesma linha, Júlia Lipiani e Marília Siqueira sustentam que:

[...] os limites para a negociação em matéria processual ainda carecem de padrões dogmáticos seguros de modo que o objeto do negócio processual afigura-se como o ponto mais crítico e indefinido quando se fala em negociação processual atípica, notadamente com relação à segunda parte do *caput* do art. 190 do CPC, que trata da possibilidade de negociação das situações jurídicas processuais (LIPIANI; SIQUEIRA, 2015, p. 453).

Dessa forma, em virtude da grande abrangência do objeto dos negócios jurídicos processuais, que confere ampla liberdade para as partes convencionarem, é fundamental a efetiva participação do Poder Judiciário como fiscalizador/gestor das convenções privadas, ao que passamos à análise das limitações jurídicas dos negócios processuais, detalhados nos próximos capítulos.

3 Principiologia e fundamentos da negociação processual

Fixadas as premissas acerca da cláusula geral do negócio jurídico processual, passaremos às suas bases, principiológicas e jurídicas.

Para tanto, necessário destacar que a chegada da cultura pós-positivista, que prega que os conflitos-problemas jurídicos en-

contram soluções não apenas na norma jurídica, mas através de uma leitura moral da lei e das Constituições, o reconhecimento da normatividade dos princípios ganha destaque.

Indo adiante, Ada Pellegrini Grinover *et al.* leciona que a experiência jurídica pode ser analisada a partir de três aspectos, quais sejam: norma, valor e fato. Sob o aspecto da norma, institui-se a epistemologia (ciência do direito positivo), que compreende o direito como mandamento normativo, à qual pertence a dogmática jurídica. No que se refere ao valor, este é objeto da deontologia jurídica. E, por fim, o fato, avaliado pela culturologia. Nesse sentido, alguns dos princípios gerais do direito processual assentam-se em meio à epistemologia e à deontologia, em outras palavras, entre a norma e o valor, no limiar de ambos (GRINOVER *et al.*, 2012).

Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni *et al.* ensina que: “Os princípios expressam concepções e valores que estão indissociavelmente ligados ao ambiente cultural. Mas, como a sociedade evolui paulatinamente, os princípios devem ser redimensionados nessa mesma intensidade e velocidade” (MARINONI *et al.*, 2017, p. 44). Logo, os princípios são o fundamento do ordenamento jurídico, sendo que toda regra legal traz consigo um princípio. Portanto, os princípios são os responsáveis pela conexão do sistema, colaborando para sua integração e articulação.

Quanto à distinção entre princípios e regras, Robert Alexy preceitua que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilida-

des jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Infere-se, assim, que os princípios são colocados ao lado das regras e abordados como espécies do gênero, norma jurídica. Logo, entende-se que as normas de direitos fundamentais possuem a estrutura de princípios, sendo que são especialmente nos princípios constitucionais que se embasam as teorias processuais, estando na Constituição a base comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo (CINTRA, 2012).

Nesse diapasão, os princípios integram e balizam todo o sistema jurídico pátrio, existindo aqueles comuns a todos os ramos do direito, e outros específicos e aplicáveis a determinada parte do ordenamento. Conforme afirmam os ilustres doutrinadores, “[...] cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos os ordenamentos e em outros que lhe são próprios e específicos” (CINTRA, 2012, p. 59). E dessa conclusão não se aparta o processo civil brasileiro.

Forte nesse paradigma, a ampliação de uma conjectura dos direitos fundamentais, sobretudo pela proeminência da Constituição, composta pelas regras e princípios (BARROSO, 2005) impera na atualidade. Sobre o tema, Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam que:

Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que

não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas, trazendo em si seriíssimas conotações éticas, sociais ou políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador (GRINOVER *et al.*, 2012, p. 59).

Theodoro Júnior, dissertando acerca da importância dos princípios no estudo de qualquer ramo do direito, assim dispõe:

[...] é bom lembrar que, sendo ramo de um organismo maior, que é o direito em sua configuração total, as leis que regem o processo se apoiam, antes de tudo, nos princípios gerais observáveis em todo o ordenamento jurídico (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 107).

No que atine ao Código de Processo Civil, de acordo com a sua exposição de motivos: “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque rente às necessidades sociais e muito menos complexo”.

Com efeito, o CPC/2015 enaltece a supremacia da Constituição, mormente no que tange aos valores e princípios constitucionais, servindo de interpretação para novas regras compiladas. Como é possível observar, outrossim, o Código privilegia um sistema processual cooperativo, com igualdade de tratamento entre os litigantes, sobretudo quanto ao exercício dos direitos e faculdades processuais, além da garantia ao contraditório e à ampla defesa (WAMBIER, 2015).

Fixadas essas premissas, a cláusula geral de negociação processual também está sujeita aos princípios, dentre os quais podemos destacar o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, o princípio da liberdade e, também, o princípio da cooperação, disposto no art. 6º do CPC e que se apresenta como norma fundamental do processo civil (HATOUM; BELLINETTI, 2017).

Sendo esses os princípios regedores do novel instituto, decotaremos breves lições sobre os mesmos.

3.1 Princípio da cooperação

De acordo com o art. 6º do CPC/2015, “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Theodoro Jr. frisa que a cooperação processual constitui dever que completa a garantia do contraditório, com a finalidade de obter, em tempo razoável, uma decisão de mérito efetiva e justa. Dessarte, abrange o esforço das partes, a fim de impedir deficiências processuais e condutas indesejáveis que possam dificultar o andamento processual e comprometer a tutela jurisdicional. Nesse sentido, destaca:

Trata-se de um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo, como já se viu (THEODORO JR., 2015, p. 155).

Com efeito, a colaboração de todos os sujeitos do processo, que compreendem as partes e o Estado-juiz, não mais é incentivada, mas sim imposta aos atores processuais. E, quanto às partes, a cooperação se efetiva por meio da prática dos atos processuais em harmonia, os quais devem sempre ser realizados em conformidade com a boa-fé (WAMBIER, 2015).

Seguindo o mesmo entendimento, Teresa Arruda Alvim Wambier acrescenta dizendo que:

A cooperação não inibe a defesa reta dos interesses das partes pelos seus advogados, que, apesar de estarem em campos opostos, têm a obrigação de observar os deveres de veracidade e de

lealdade (art. 77, I). Sob outro ângulo, este vínculo cooperativo levará o juiz a dirigir o processo assegurando a liberdade das partes e a igualdade, tudo com vias a minimizar as diferenças fáticas, direcionando o processo para uma decisão rápida e justa (WAMBIER, 2015, p. 71).

Tal posicionamento é corroborado pelos ensinamentos de Didier Júnior, que ensina:

O modelo cooperativo de processo (art. 6º do CPC) caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado (DIDIER JÚNIOR, 2016).

Verifica-se, pois, que a previsão do art. 6º do CPC modificou a hermenêutica do processo civil, potencializando o diálogo entre os sujeitos do processo, a fim de promover a solução mais justa e adequada ao caso concreto, caracterizando uma comunidade de trabalho (DIDIER JÚNIOR, 2016).

Marinoni *et al.* explica:

Exatamente porque o processo deve ser visto em uma dimensão externa, de atuação dos fins do Estado, é que ele deve se desenvolver de modo a propiciar a efetiva participação de todos os seus participantes - do juiz e das partes (arts. 6º, 7º, 9º, 10 e 11). Um procedimento que não permite a efetiva participação das partes não tem qualquer condição de legitimar o exercício da jurisdição e a realização dos seus fins. Na verdade, um procedimento incapaz de atender ao direito de participação daqueles que são atingidos pelos efeitos da decisão está longe de espelhar a ideia de democracia, pressuposto indispensável para a legitimidade do poder (MARINONI *et al.*, 2017, p. 387).

Portanto, os negócios jurídicos processuais também estão sob a orientação e o regramento do princípio da cooperação, visto que o

espaço colaborativo enseja que as pretensões das partes sejam convergentes a ponto de tornar o processo e o procedimento mais apropriados às especificidades do caso concreto, que é o intuito das convenções processuais atípicas (HATOUM; BELLINETTI, 2017).

3.2 Princípio do autorregramento da vontade no processo

O Código de Processo Civil também fortalece a autonomia da vontade, como alicerce da liberdade, que constitui um dos principais e mais antigos direitos fundamentais expressos na carta constitucional (art. 5º, *caput*, CF/1988) (DIDIER JÚNIOR, 2015). Didier Jr. sustenta que o autorregramento da vontade é uma das bases da liberdade e fundamento inafastável da dignidade da pessoa humana (DIDIER JÚNIOR, 2015). Nessa linha, acresce dizendo:

O direito fundamental à liberdade possui conteúdo complexo. Há a liberdade de pensamento, de crença, de locomoção, de associação, etc. No conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade está o direito ao autorregramento: o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 132).

Dessa feita, a autonomia da vontade no processo objetiva tornar o processo um ambiente propício ao exercício da liberdade, ou seja, visa à obtenção de um espaço processual em que o direito de regular a si mesmo possa ser desempenhado pelas partes sem ressalvas irrazoáveis ou injustificadas.

Em vista disso, o princípio do autorregramento da vontade no processo é definido como um complexo de faculdades que podem ser desempenhadas pelas partes, em graus de intensidade variável, de

acordo com o ordenamento jurídico. Logo, os atos negociais se concretizam a partir do exercício desses poderes conferidos aos sujeitos de direito, resultando, após a incidência da norma, em situações jurídicas (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Em suma, a autonomia da vontade ou o autorregramento da vontade se localiza em quatro dimensões de liberdade, quais sejam liberdade de negociação (negócios preliminares), liberdade de criação (possibilidade de formar novos modelos de negócios atípicos), liberdade de estipulação (capacidade de constituir o conteúdo do negócio) e liberdade de vinculação (poder de concluir ou não o negócio) (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Embora a autonomia privada se manifeste com maior intensidade na seara do direito privado, insta salientar que a sua incidência no processo civil não enfraquece a sua importância, sobretudo quando se reflete a liberdade como fundamento do Estado Democrático de Direito (HATOUM; BELLINETTI, 2016).

Conclui-se que o Código de Processo Civil permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos por meio da cláusula geral prevista no *caput* do art. 190, para atender ao direito fundamental à liberdade.

Essa ideia é corroborada pelo posicionamento das autoras Júlia Lipiani e Marília Siqueira, para quem a previsão expressa do art. 190 do Código de Processo Civil estabelece

[...] a outorga às pessoas do poder de autorregramento da vontade no processo; outorga-se, pois, o poder de manifestação de vontade processual e com ele uma maior autonomia na condução da resolução do litígio por elas protagonizado (LIPIANI; SIQUEIRA, 2015, p. 453).

Mas como dito acima, o respeito à liberdade conferida às partes no processo não é ilimitado, tendo em vista os limites impostos

pelo ordenamento jurídico, bem como pela supervisão inafastável do Poder Judiciário, como ocorre em todo o sistema jurídico brasileiro.

4 Limites à liberdade das partes: das normas fundamentais do processo

O novo Código de Processo Civil foi elaborado com a finalidade de priorizar, dentre outros fatores, a rapidez, a efetividade e a isonomia nas decisões judiciais, sem, contudo, se desvirtuar das garantias processuais constitucionais. Para tanto, foram criados, na parte inicial do Código, as principais normas constitucionais que delineiam o sistema processual (WAMBIER, 2015).

Quanto às normas fundamentais do processo civil, Wambier dissemina:

Esta importante inovação trouxe para a parte inicial do Código as principais garantias constitucionais que balizam o sistema processual, as quais passam a retratar a principiologia do novo Código de Processo Civil – ressalva merece ser dada para o caráter não taxativo deste rol. Todos os demais livros, com seus respectivos títulos e capítulos, foram desenvolvidos a partir destes vetores normativos, podendo-se afirmar que existe uma relação direta entre eles (WAMBIER, 2015, p. 57).

Como se nota, o Código de Processo Civil de 2015 enaltece a supremacia da Constituição, sobretudo no que se refere aos valores e princípios constitucionais, servindo de interpretação para novas regras compiladas. Em vista disso, verifica-se, ao longo do texto, a adoção de um Direito Processual Constitucional, privilegiando os princípios do dispositivo e do impulso oficial (art. 2º), da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 3º), da razoável duração do processo (art. 4º), da cooperação (art. 6º), da isonomia, do contraditório e da ampla defesa (art. 7º), da boa-fé objetiva, do atendimento aos fins sociais, da digni-

dade da pessoa humana e da eficiência (art. 8º), entre outros (WAMBIER, 2015). Nesse sentido, preconiza o art. 1º do CPC:

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 (BRASIL, 2015).

Verifica-se, pois, que a inovação tratada pelo Código Processual Civil possui uma importante aplicação prática, porquanto consiste na garantia eficaz contra qualquer preceito que viole a Constituição Federal, servindo, ainda, de norte interpretativo para a aplicação dos dispositivos processuais. Nota-se, pois, a preocupação do legislador em harmonizar a lei processual com as normas fundamentais expressas na Constituição (WAMBIER, 2015).

À vista desses preceitos, a validade do negócio jurídico processual demanda seja observado que o procedimento sempre possui finalidades próprias, projetados com base nos direitos fundamentais, de modo que a permissão indistinta de acordos processuais poderia provocar prejuízo à liberdade dos próprios sujeitos envolvidos. É dizer, as convenções não podem ser realizadas à custa de abdições a direitos fundamentais processuais (MARINONI *et al.*, 2017).

Desse modo, como bem anota Marinoni *et al.*, a incidência das garantias fundamentais do processo deve refletir sobre os acordos celebrados que tornem consideravelmente difícil a atuação de alguma das partes, ou que se imponham sobre sujeito manifestamente vulnerável. Assim, as convenções processuais devem ser desconsideradas sempre que violem algum direito fundamental ou imponham restrição aos interesses das partes. Cita-se, como exemplo, o acordo celebrado com violação ao direito à isonomia e ao contraditório (MARINONI *et al.*, 2017).

Dessa feita, a norma fundamental que assegura o direito à igualdade e à paridade de armas, prevista no art. 7º do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”, sujeita limites aos negócios jurídicos processuais (MARINONI *et al.*, 2017).

Nessa mesma esteira, o direito ao contraditório constitui-se condição necessária para que se obtenha um processo justo, funcionando como garantia constitucional do processo (art. 5º, LV, CF/1988) e limite ao instituto ora estudado. Na linha descrita, a Constituição Federal disciplina, nos arts. 9º, *caput*, e 10 do Código de Processo Civil, o direito ao contraditório como o direito de influência e dever de debate do magistrado, bem como a vedação à decisão surpresa (MARINONI *et al.*, 2017), todos figurando como limites aos negócios jurídicos processuais.

Neves, em relação à aplicação do contraditório como garantia constitucional ao processo, ensina que:

[...] o contraditório é um princípio absoluto - para alguns uma garantia -, vedado qualquer afastamento no caso concreto tanto pelo legislador como pelo operador do direito. Ainda que se compreenda a importância do princípio, é possível compatibilizar o contraditório com todos os demais princípios, o que poderá mostrar no caso concreto que o contraditório pode se mostrar indispensável como se costuma imaginar (NEVES, 2016, p. 119).

Como se nota, a lei processual impõe o direito ao contraditório e ao tratamento isonômico entre as partes no decorrer do trâmite processual, devendo ser observados e avaliados no caso concreto, sob pena de os negócios jurídicos processuais incorrerem em nulidade.

Por oportuno, ressaltam-se os dizeres de Marinoni *et al.* sobre limites ao negócio processual, para quem:

Do mesmo modo, os acordos entre as partes podem eventualmente afetar a garantia da duração razoável do processo. Imagine-se um acordo que preveja a ampliação demasiada de prazos processuais. Também aqui, poderá o magistrado intervir no acordo para negar-lhe eficácia, ainda que as consequências do pacto só digam respeito às posições jurídicas das partes. Isso porque, rigorosamente, o juiz tem competência para velar para razoável duração do processo (arts. 5º, LXXVIII, CF/1988, e 4º) (MARINONI *et al.*, 2017, p. 411).

Outro princípio norteador e limitador ao negócio jurídico processual é o do devido processo legal. Segundo ensinamentos de Didier Júnior.:

O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limita injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição Brasileira (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 133).

Em sendo assim, não cabe à autonomia negocial se sobrepor ao princípio do devido processo legal, sobretudo considerando a sua segurança jurídica, que deve observar as normas positivadas e os acordos celebrados (MARINONI *et al.*, 2017).

Verifica-se, pois, que as normas constitucionais do processo devem ser amoldadas essencialmente para a proteção das partes no decorrer do processo, não podendo haver o seu desrespeito, sobretudo se ensejar prejuízo a alguma das partes, podendo, nesses casos, configurar nulidade dos atos ou, até mesmo, do processo em sua inteireza. Portanto, as convenções processuais que violem as normas constitu-

cionais do processo são nulas, por ilicitude do objeto, e devem ser reconhecidas pelo magistrado, fiscal da ordem jurídica.

Nesse viés, Marinoni *et al.* preconizam que “é preciso tomar com cautela a tendência à contratualização do processo civil, a fim de que esse não se converta em mero instrumento privado de solução de litígios” (MARINONI *et al.*, 2017, p. 414).

Conclui-se, assim, que, ainda que se privilegie o princípio do autorregramento da vontade no processo, por meio da autonomia das partes em entabular negócios jurídicos processuais, não se recusa e afasta do processo seu papel na proteção dos direitos fundamentais, limites à autocomposição procedimental.

Considerações finais

Diante das considerações suscitadas pelo presente trabalho, conclui-se que, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, ampliou-se consideravelmente a autonomia das partes no que tange aos atos do processo, especialmente diante de direitos que admitam autocomposição e de sujeitos capazes, permitindo, dessa forma, a celebração de acordos procedimentais.

Entrementes, restou evidente que a flexibilização procedimental não é absoluta, na medida em que tanto a lei como, principalmente, a atividade jurisdicional impõem o dever fiscalizatório de obediência às normas e aos princípios constitucionais processuais, os quais servem de limites ao exercício desse direito pelas partes.

Com efeito, os negócios jurídicos processuais, mesmo que pareçam legítimos e válidos, também podem ser obstados em respeito às garantias fundamentais do processo. Como todo direito, esse também se submete aos requisitos formais elencados pelo art. 190, parágrafo único, do CPC/2015, a impor limites ao poder de autorregramento da

vontade das partes de convencionarem negócios jurídicos processuais atípicos.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALONÇO, Ramon. Conflito entre princípios processuais e sua incidência no novo Código de Processo Civil. *Caderno de Estudos e Pesquisas Universitas*: uma publicação da Associação Educacional e Assistencial Santa Lúcia. Mogi Mirim, Santa Lúcia, ano 9, n. 16, p. 95-109, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), v. 240, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618> Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 9 set. 2019.

BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro*. 2016. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7026/1/Joao%20Paulo%20Bocalon.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 p. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em

Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COLOMBO, Juliano. *Negócios jurídicos processuais na perspectiva dos direitos fundamentais das partes: principiologia, fundamentos e aplicação na tutela executiva stricto sensu*. 2018. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 59-84, abr./jun. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Enunciado nº 135. Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, p. 7, out./dez. 2007.

HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. *Revista de Processo*, ano 41, v. 260, p. 9, out. 2016.

HATOUM, Nida Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 3, p. 242-278, dez. 2017.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios processuais sobre a fase recursal. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 445-479 [Coleção Grandes Temas do novo CPC].

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1* [livro eletrônico]. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil - Teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.] (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.



CAPÍTULO

IV

**Meios de impugnação
das decisões judiciais e
precedentes judiciais**

22. O agravo de instrumento no novo CPC e a sua interpretação jurisprudencial

Antônio Tadeu França Costa Filho

Assistente Judiciário do TJMG.

Pós-graduando em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/SP.

1 Introdução

O novo Código de Processo Civil inovou ao elencar, taxativamente, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.¹ Essa mudança, cujo escopo foi o de alcançar maior celeridade processual, evitando reiteradas interrupções à marcha processual, instaurou séria discussão doutrinária e jurisprudencial, notadamente diante do natural revés dos catálogos legais inflexivos, consistente na incapacidade do legislador de antever todas as situações que deveriam ser abarcadas pela norma. Nas palavras de Joseph Conrad, importante autor britânico, “a realidade, como sempre, suplanta a ficção”.

¹Art. 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 arbitragem; IV – incidente da desconsideração da personalidade jurídica [...] XXX – outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.

Para ilustrar o imbróglio, basta imaginar o quão contraproducente se apresenta a impossibilidade, em um exercício de subsunção puramente literal, de impugnação recursal imediata da decisão em que o juiz de primeiro grau declina da sua competência. Eventual acolhimento da insurgência de uma das partes quanto ao tema, manifestada por ocasião da apelação (art. 1.009 do CPC), redundaria em intuitivo desperdício jurisdicional.

Exatamente em virtude desse contexto, Daniel Amorim Assumpção Neves apresentou veemente crítica à novel sistemática, afirmando que “postergar para o momento de julgamento da apelação o julgamento da impugnação da decisão interlocutória é armar uma verdadeira ‘bomba relógio’ no processo” (NEVES, 2017, p. 1.660).

Também pode ser destacado, como exemplo do conturbado cenário, o indeferimento do pedido de tramitação da demanda em segredo de justiça, para impedir a ampla publicidade de documentos íntimos do autor. Negada essa pretensão, mostrar-se-ia inócua a interposição do recurso cabível ao final do processo, tendo em vista o exaurimento dos efeitos que se pretendia evitar com a restrição de acesso aos autos.

Sobre o ponto, Willian Santos Ferreira igualmente condena a predileção legislativa, assinalando que “seria como se o sistema fosse concebido para prever um ‘recurso que não é recurso’ ou um ‘recurso inútil’, que é uma contradição de termos” (FERREIRA, 2015, p. 124).

O presente trabalho busca expor, de forma pragmática, a recepção e a evolução jurisprudencial do Agravo de Instrumento do CPC/2015, apresentando as principais vertentes interpretativas que se formaram e analisando o recente precedente do Superior Tribunal de Justiça que, em julgado vinculante, definiu a natureza do rol do art. 1.015 do CPC.

2 A problemática

Como introduzido, a par das vantagens decorrentes da nova dinâmica recursal, a doutrina e a jurisprudência foram unânimes ao apontar a insuficiência do art. 1.015 do CPC, não tardando que surgissem pertinentes questionamentos acerca da natureza de tal dispositivo.

A primeira reação dogmática se amparou na ideia de que o exegeta deve conformar a norma à realidade, de modo a não interpretá-la de forma severamente inelástica, mas, sim, adaptando-a ao caso concreto. Nesse sentido, para essa corrente, seria viável a interposição de agravo de instrumento em hipóteses que, ainda que não positivadas, reclamem pronto reexame. Confira-se, a propósito, a lição de José Rogério Cruz e Tucci:

Tenho convicção de que, a rigor, essa foi a ideia do legislador ao estruturar as hipóteses do rol do supramencionado art. 1.015, que parece ter uma extensão menor do que realmente se desejava. Daí porque entendo que é acertada a interposição de agravo de instrumento, quando a matéria importar imediato exame, mesmo que não conste da enumeração tida como taxativa. Não se pode, com efeito, interpretar literalmente a aludida regra legal e deixar o procedimento fluir, depois de considerável tempo, para só então ser reexaminada, por exemplo, a arguição de ilegitimidade de parte ou de prescrição, ao ensejo do julgamento da apelação (CRUZ E TUCCI, 2017).

O mesmo raciocínio foi encampado por Cássio Scarpinella Bueno:

Há uma taxatividade fraca, decorrente da própria definição de recorribilidade geral das interlocutórias, mas ainda taxatividade, porque o agravante tem o ônus de demonstrar que é necessário o agravo de instrumento em razão da inutilidade (ou impossibilidade) de interposição e julgamento futuros de apelação (BUENO, 2017, p. 458).

Igualmente notável se mostrou a posição adotada por Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Sérgio Cruz Arenhart, Alexandre Freitas Câmara e Fredie Didier Júnior (2016), que, embora admitissem a taxatividade do dispositivo, advogavam em favor da ampla compatibilização entre esse atributo e a interpretação extensiva da norma. Por todos, Arruda Alvim ilustra essa vertente doutrinária:

Na medida em que não há aplicação da norma sem interpretação – mesmo porque norma não é o texto escrito, senão que o pensamento/comando que resulta da interpretação – afigure-se-nos possível, na hipótese, a interpretação extensiva; deve-se cuidar, todavia, para que tal interpretação não transborde os objetivos da previsão legal. É dizer: nem pelo fato de se interpretar extensivamente um dispositivo, ampliando-lhe a literalidade, poder-se-á estabelecer hipótese de cabimento não contida no sentido e na finalidade da norma. Do contrário, estar-se-á violando a taxatividade recursal, o que, a nosso ver, compromete sobremaneira a segurança jurídica (ALVIM, 2019, p. 1.315).

Como se nota pelo apanhado doutrinário, apesar das tênues diferenças entre as correntes, o elemento central do desenvolvimento teórico de ambas coincide na ideia de que o cabimento do agravo de instrumento não estaria absolutamente vinculado a expresso enquadramento normativo.

A despeito da pertinência e da louvável preocupação prática dos posicionamentos acima descritos, a parcela majoritária da doutrina sempre sustentou a taxatividade do art. 1.015 do CPC/2015. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, apesar de reconhecerem as fragilidades do novo sistema, pontuam:

Não há dúvida de que o rol do CPC, [art.] 1.015, é *taxativo* e não permite ampliação, nem interpretação analógica ou extensiva. Com o sistema do CPC 2015, houve involução na recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. A opção incorreta do legislador não levou em conta a experiência nega-

tiva que esse tipo de previsão (agravo casuístico em hipóteses taxativas) trouxe ao processo civil brasileiro com o CPC/1939 (NERY JUNIOR; NERY, 2018, p. 2.329).

Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Delloro, Andre Vasconcellos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. igualmente criticam o instituto, mas concluem na direção de que “considerando o direito posto, não se pode ampliar o rol do art. 1.015, sob pena, inclusive, de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo Código” (GAJARDONI *et al.*, 2017, p. 1.070).

Essa linha de pensamento se harmoniza, inclusive, com a exposição de motivos da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do novo CPC, que expôs que o agravo de instrumento seria o mecanismo recursal adequado para a impugnação dos “casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa”.

Outra evidência histórica do intuito legislativo pode ser extraída do Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego, no qual foi assinalado que o cabimento do agravo de instrumento teria como base as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.

Cumprido anotar, ainda, o que foi pontuado no Relatório do Senado da República, elaborado em torno do Substitutivo da Câmara dos Deputados:

Uma das espinhas dorsais do sistema recursal do projeto de novo Código é o prestígio ao recurso único, o que, ao final, não veio a prevalecer integralmente, em virtude da previsão de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Contudo, é possível inferir que a opção adotada pelo legislador,² ao promulgar o CPC/2015, foi a de manter assegurada a plena recorribilidade das interlocutórias, por meio de agravo de instrumento,

² Nesse sentido: REsp: 1.748.127/SP, data de publicação: 14/8/2018; e REsp 1.700.308/PB, data de publicação: 23/5/2018.

nos casos em que a lei assim o determina, expressamente; ou por meio de apelação (incluídas as razões ou contrarrazões), para os demais casos.

Essa conclusão é reforçada pelo fato de que, no Projeto do novo CPC formulado pela Câmara dos Deputados, o não prevalecido art. 1.028 (correspondente ao que se tornou o atual art. 1.015) previa um rol taxativo mais extenso, contemplando, inclusive, as decisões que versem sobre competência.

Sem embargo da discussão no âmbito acadêmico, desde a vigência do novo CPC, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se revelou uníssona quanto à taxatividade do art. 1.015 do CPC, ainda que, em algumas decisões, tenha admitido a interpretação extensiva dos seus incisos, sobretudo para autorizar a impugnação por agravo da decisão que nega o efeito suspensivo aos embargos à execução³ (contrapondo-se à literalidade do inciso X do art. 1.015 do CPC, cuja redação somente inclui as hipóteses de “concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo”).

Ilustrando a hegemonia do posicionamento majoritário, em informativo intitulado “Julgados em Números”, divulgado no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foi anunciado que 98,27% das decisões proferidas pelo Sodalício mineiro conferiram interpretação restritiva ao dispositivo legal em estudo.

Buscando uma resposta para o nebuloso quadro, passou-se a discutir a possibilidade de impetração do mandado de segurança contra decisões interlocutórias não previstas no art. 1.015 do CPC. A tese ganhou força com José Miguel Garcia Medina:

As decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento que não sejam imediatamente recorríveis (por agravo de ins-

³ Nesse sentido: AREsp: 1.354.710/SP, data de publicação: 10/10/2018; e REsp: 1.694.667/PR, data de publicação: 5/12/2017.

trumento, cf. art. 1.015 do CPC/2015), poderão ser impugnadas, posteriormente, por ocasião da apresentação das razões ou contrarrazões de apelação [...]. Rigorosamente, assim, não há decisão interlocutória irrecorrível no regime do CPC/2015, mas há decisões interlocutórias imediatamente recorríveis, e outras que, ao contrário, só poderão ser impugnadas posteriormente. O problema que se coloca, assim, à luz do Código de Processo Civil 2015, não é o da irrecorribilidade de alguma decisão interlocutória (já que todas, de algum modo, são recorríveis), mas o da impugnabilidade remota das decisões interlocutórias não recorríveis de imediato. [...]. Deve-se admitir o mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em 1º Grau de jurisdição, à luz de Código de Processo Civil 2015, sempre que se demonstrar a inutilidade do exame do ato acoimado de ilegal apenas por ocasião do julgamento da apelação (MEDINA, 2017, p. 1.532-1.533).

Tereza Arruda Alvim Wambier também lecionou nessa direção:

A opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, à luz do CPC de 1973, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa (WAMBIER, 2016, p. 549-550).

A corrente, contudo, encontrou intransponível óbice na Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal, que veda a impetração de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso. Isso porque, não obstante a axiomática inutilidade da impugnação tardia de determinadas decisões interlocutórias, não há como concluir que tais decisões são irrecorríveis, diante do que prevê o § 1º do art. 1.009 do CPC. Na dicção de Humberto Theodoro Júnior:

É impróprio afirmar que há decisões irrecorríveis no sistema do nCPC, apenas pelo fato de ter sido abolido o agravo retido e de o agravo de instrumento não abranger todas as decisões interlocutórias proferidas pelos juízes. Com efeito, todas as interlocutórias são passíveis de impugnação recursal. O que há são decisões imediatamente atacáveis por agravo de instrumento (nCPC, art. 1.015) e outras que se sujeitam, mais remotamente, ao recurso de apelação (art. 1.009, § 1º) (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 1.096).

Aliás, em elucidativo precedente quanto ao tema, o em. Ministro Herman Benjamin consignou que,

ainda que do ato judicial tido como coator, na nova sistemática do CPC/2015, não caiba o recurso previsto no art. 1.015, nos exatos termos do art. 1.009, § 1º, as questões decididas na fase de conhecimento que não comportarem agravo de instrumento não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, ou nas contrarrazões (BRASIL, 2017).

Além disso, admitir o *writ* nessas circunstâncias, conferindo ao interessado o extenso prazo de 120 (cento e vinte) dias para se insurgir contra certas decisões interlocutórias, configuraria franca contradição à razoável duração do processo, um dos principais marcos principiológicos do novo diploma (art. 6º do CPC).

Houve quem defendesse, ainda, o enquadramento da decisão que declina da competência (sem dúvida a decisão mais emblemática quanto à discussão em torno da natureza do elenco legal) ao disposto no inciso III do art. 1.015, que trata da “rejeição da alegação de convenção de arbitragem”.

Contudo, apesar de, em um primeiro momento, a tese ter recebido notável recepção (quicá em virtude do seu inegável resultado prático benéfico), havendo, inclusive, precedente do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, é certo que não se pode confundir os triviais conceitos de competência e jurisdição, institutos que se encontram em

planos distintos: a convenção de arbitragem é negócio jurídico que tem como efeito o deslocamento da jurisdição, em nada se relacionando com a competência, critério de delimitação da atuação jurisdicional estatal.

Não por outro motivo, o posicionamento dominante do STJ, reproduzido no REsp 1.700.308/PB, com acórdão publicado em 23/5/2018, foi na direção de que “não é a melhor interpretação possível a tentativa de equiparação da hipótese contida no inciso III (rejeição da alegação de convenção de arbitragem) à discussão em torno da competência do juízo”.

Diante desse panorama e atento às consequências práticas da insuficiência do rol do art. 1.015 do CPC – ponto comum na doutrina e na jurisprudência –, o Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, cadastrando-os no sistema dos Recursos Repetitivos sob o Tema nº 988, cujo objeto de deliberação consistia em:

Definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/2015 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do novo CPC (BRASIL, 2018).

3 A definição – análise dos Recursos Especiais nºs 1.696.396/MT e 1.704.520/MT e as suas repercussões processuais

Como adiantado, visando conferir ao art. 1.015 do CPC a interpretação que melhor se harmoniza com as normas fundamentais insculpidas no diploma processual, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por dar uma resposta definitiva à questão, vinculando as instâncias originárias, nos termos do inciso III do art. 927 do CPC.⁴

⁴“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos.”

A Ministra Nancy Andrighi, relatora dos recursos afetados, em voto acompanhado pela maioria dos integrantes da Corte Especial, estabeleceu como premissa que o estudo da tramitação legislativa do novo CPC leva à inafastável conclusão de que, de fato, houve uma decisão política consciente no sentido de restringir a utilização do agravo de instrumento.

Por outro lado, diante da existência de decisões judiciais que, se modificadas apenas em sede de apelação, implicariam regresso processual, com o refazimento de atos há muito praticados, foi aventado um exame interpretativo teleológico do art. 1.015 do CPC, método hermenêutico que busca a genuína razão do dispositivo, para, partindo do seu fim, descobrir as hipóteses que nele se enquadram (MAXIMILIANO, 2011, p. 233-234). Vejamos relevante trecho do voto condutor:

De fato, justamente para evitar as idas e as vindas, as evoluções e as involuções, bem como para que o veículo da tutela jurisdicional seja o processo e não o retrocesso, há que se ter em mente que questões que, se porventura modificadas, impliquem em regresso para o refazimento de uma parcela significativa de atos processuais, deverão ser igualmente examináveis desde logo, porque, nessa perspectiva, o reexame apenas futuro, somente por ocasião do julgamento do recurso de apelação ou até mesmo do recurso especial, seria infrutífero (BRASIL, 2018).

Nessa ordem de ideias, após concluir que a *mens legis* orientadora do dispositivo em comento seria possibilitar a pronta impugnação de questões urgentes, propósito legal que deveria se sobrepor à letra da lei, a Ministra Relatora propôs a seguinte tese:

O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação (BRASIL, 2018).

Então, admitida a mitigação do art. 1.015 do CPC, deve ser realizada uma análise casuística, apurando-se, no caso concreto, a presença, ou não, do elemento subjetivo norteador da novel orientação jurisprudencial. É o mesmo que dizer, em outras palavras, que o referido dispositivo encerra uma lista meramente exemplificativa, inábil a limitar ou estabelecer, abstratamente, as decisões agraváveis.

Importante registro há de ser feito quanto ao ponto: apesar de o posicionamento do Tribunal da Cidadania sugerir uma contradição com a premissa fixada no próprio julgado, de que o legislador optou conscientemente pela restrição legal, ciente de seus vícios e de suas virtudes, é certo que a vontade do legislador difere da função e do espírito que o seu produto, a norma, exerce dentro do ordenamento jurídico.

Ou seja, conquanto tenha sido claro o propósito de limitar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, estabelecendo um rol taxativo, o desígnio legal de tutelar as situações urgentes transcende essa materialização e, segundo o STJ, deve prevalecer. A distinção acima realizada foi brilhantemente sintetizada pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do AI 401.337/PE, com acórdão publicado em 3/3/2005:

É preciso advertir, neste ponto, que a *mens legislatoris* representa fator secundário no processo hermenêutico, pois, neste, o que se mostra relevante é a indagação em torno da *mens legis*, vale dizer, a definição exegética do sentido que resulta, objetivamente, do texto da lei. Ninguém ignora que a lei nada mais é do que a sua própria interpretação, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A escolha pela taxatividade, em outras palavras, é a mera materialização daquilo que efetivamente se buscou: limitar o recurso para os contextos prementes. Essa constatação, no entanto, não torna o precedente imune às críticas. Talvez a grande censura tenha advindo do grau de subjetivismo que preside a nova sistemática. Agora, a mes-

ma decisão interlocutória pode ser objeto de agravo de instrumento em um juízo, e não o ser em outro, a depender, exclusivamente, da valoração realizada pelo órgão jurisdicional.

Nessa direção, ao apresentar voto divergente à tese proposta pela Relatora, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em entendimento escorado na segurança jurídica, verberou:

A conclusão a que se chega é que o legislador poderia ter disposto de forma diferente sobre o cabimento do recurso de agravo. E parece haver consenso na doutrina que sua opção, tal como exposta na Exposição de Motivos de forma bem explícita, não tem se revelado, na prática, a melhor escolha. Porém, a possibilidade de esta Corte agir no lugar do legislador para tentar corrigir eventual equívoco não me parece razoável, pois penso que trará muita insegurança jurídica.

[...]

Desse modo, para que a segurança jurídica seja preservada, mister que a flexibilização das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento seja feita pelo legislador ordinário (BRASIL, 2018).

Acompanhando o posicionamento divergente e fazendo breve digressão histórica, o Ministro João Antônio de Noronha salientou que a análise da evolução do agravo de instrumento nos Códigos anteriores evidencia a razão de ser do art. 1.015 do CPC, não cabendo ao aplicador do direito ultrapassar os limites normativos:

Na verdade, a interpretação extensiva pretendida significaria adentrar novamente esse leque infinito que o legislador buscou evitar ao reduzir o rol das hipóteses de decisões interlocutórias agraváveis. A taxatividade, como ocorria no Código de 1939, não contemplava as várias situações emergenciais verificadas, de forma que a pressão dos intérpretes e dos operadores do direito desencadeou a liberação da recorribilidade ampla das decisões interlocutórias com o Código de 1973, o que teve consequências não desejadas, tais como o abarrotamento dos tribunais, de for-

ma que a restrição foi sendo introduzida por leis que iam modificando o CPC até que, com o novo CPC, optou-se novamente pela taxatividade.

[...]

Por mais criticado que possa ser o dispositivo ora analisado, não é dado ao intérprete flexibilizar os critérios de cabimento do recurso se o legislador os pretendeu restringir (BRASIL, 2018).

Outro ponto sensível diz respeito ao fenômeno da preclusão. Na sistemática inaugural, a decisão interlocutória prevista no art. 1.015 do CPC que não fosse objeto de insurgência recursal se tornaria imutável, não mais podendo ser questionada ao final do processo. Então, a título de exemplo, caso a parte se quedasse inerte quanto à negativa do seu pedido de limitação do litisconsórcio (hipótese que se amolda ao inciso VIII do art. 1.015 do CPC), a questão, fulminada pelo efeito preclusivo, seria inatingível por impugnação posterior.

A situação permanece incólume em relação às matérias tipificadas no rol legal, afinal, em relação a elas não houve nenhuma alteração, permanecendo válido afirmar que, nessas circunstâncias, o cabimento do agravo decorre de lei, e não de valoração subjetiva.

O mesmo raciocínio, contudo, não se aplica às demais matérias. Contra decisões que não se enquadrem diretamente no art. 1.015 do CPC, a parte nunca terá certeza quanto à viabilidade da interposição do agravo (já que, como dito, o cabimento do recurso dependerá de juízo valorativo).

Nesse panorama, surge a seguinte indagação: caso a parte opte por não se valer do incerto agravo de instrumento, deixando para manifestar o seu inconformismo apenas ao final do processo (na forma do art. 1.009 do CPC), poderá o relator da apelação reconhecer a preclusão do tema, sob a consideração de que a matéria cumpria o requisito da urgência e era, portanto, impugnável por agravo de instrumento?

Essa preocupação não passou despercebida pela doutrina, como se colhe da lição de Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, André Vasconcellos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Júnior:

Assim, a ampliação jurisprudencial dos temas passíveis de serem objeto de agravo pode trazer a reboque a expansão da ocorrência da preclusão imediata no processo, sobre temas sequer imaginados pelas partes, exatamente aqueles colhidos pela extensão. As partes confiando no sistema eleito não interporiam agravo de instrumento, sendo que posteriormente seriam surpreendidas pelo não conhecimento do tema em sede de apelação (art. 1.009, §§ 1º e 2º), sob o argumento de que deveriam ter recorrido imediatamente, pois a matéria estaria compreendida em uma interpretação extensiva do art. 1.015. O quadro gestado a partir disso seria de grave insegurança jurídica, em que a definição do sistema preclusivo vai depender de interpretações sobre o quanto pode ser esticado o rol do art. 1.015 (GAJARDONI *et al.*, 2017, p. 1.070).

À resposta para essa questão foi dedicado um tópico no voto da Ministra Relatora, no qual remanesceu decidido que, em síntese, somente haverá preclusão se a parte interpuser o agravo de instrumento “atípico” e o recurso for admitido pelo Tribunal:

De fato, admitindo-se a possibilidade de impugnar decisões de natureza interlocutória não previstas no rol do art. 1.015, em caráter excepcional, tendo como requisito objetivo a urgência decorrente da inutilidade futura do julgamento diferido da apelação, evidentemente não haverá que se falar em preclusão de qualquer espécie.

[...]

Igualmente, não há que se falar em preclusão consumativa, porque apenas haverá o efetivo rompimento do estado de inércia da questão incidente se, além da tentativa da parte prejudicada, houver também juízo positivo de admissibilidade do recurso de agravo de instrumento, isto é, se o Tribunal reputar presente o requisito específico fixado neste recurso especial repetitivo,

confirmando que a questão realmente exige reexame imediato (BRASIL, 2018).

Então, o instituto da preclusão no novo sistema recursal pode ser sistematizado de forma que, no que se refere às decisões interlocutórias expressamente elencadas no art. 1.015 do CPC, a ausência de manejo do competente agravo de instrumento culminará na imutabilidade da questão, que ficará imune a debates futuros. Por outro lado, em se tratando de decisões interlocutórias que, de acordo com a letra da lei, não são, desde logo, impugnáveis, a parte poderá optar por interpor o agravo de instrumento (o qual, somente se conhecido, gerará a preclusão do tema) ou aguardar para discutir a matéria em sede de preliminar ou contrarrazões de apelação (§ 1º do art. 1.009 do CPC), momento teoricamente adequado.

O efeito prático que decorre dessa constatação soa óbvio: desconsiderando-se aspectos patrimoniais (custas recursais), não há nenhum prejuízo à parte que se vale do agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias estranhas ao rol do art. 1.015 do CPC proferidas no processo, uma vez que, ou o recurso será conhecido, ou a matéria poderá ser levantada posteriormente, como já o seria de qualquer maneira.

Esse inconveniente resultado consistiu, justamente, em um dos fundamentos apresentados pelo Ministro Og Fernandes, que, igualmente acompanhando o posicionamento divergente, afirmou:

A tese da Relatora ocasionaria, como se verifica, a interposição de agravos de instrumento em praticamente todos os casos, pois a parte sempre tentaria indicar que seu caso é urgente, especialmente se não há qualquer prejuízo a ela se adotar tal atitude, pois, caso o tribunal entenda que não é caso de urgência, a parte poderá impugnar novamente a questão no momento da apelação ou em suas contrarrazões de apelo (BRASIL, 2018).

Apesar das posições contrárias, a tese encetada no voto de relatoria prevaleceu por maioria e, visando garantir a estabilidade de relações jurídicas já consolidadas, o Superior Tribunal de Justiça imprimiu um regime de transição, limitando a incidência do julgado às decisões interlocutórias proferidas após a publicação dos arestos paradigmáticos.

4 Conclusão

Apesar de todos os embaraços decorrentes do precedente em estudo, não se pode desconsiderar que as complicações negativas decorrentes da taxatividade pura do art. 1.015 do CPC, oriundas da manifesta sobreposição que o amplo e complexo leque de relações jurídicas exerce sobre as previsões abstratas, parecem ter sido resolvidas.

Além disso, não apenas esperável, mas é também desejável que, em um Estado Democrático de Direito, uma questão que exerce tão grande repercussão no cotidiano forense seja explorada sob diferentes óticas, ampliando o diálogo e trazendo à superfície os valores que devem ser ponderados.

Ainda é cedo para se oferecer avaliação precisa sobre os impactos da tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, já sendo possível, por outro lado, colher da jurisprudência pátria inúmeros julgados admitindo o agravo de instrumento contra decisões que declinam da competência,⁵ matéria que, até pela sua frequente ocorrência, propulsionou a reavaliação da sistemática.

De todo modo, é certo que a discussão em torno das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento não se encerra com a definição

⁵ TJMG - AI 1.0000.19.061660-7/001, p. em 26/9/2019; TJSP - AI 2058961-36.2019.8.26.0000, p. em 3/9/2019; TJRJ - AI 0009196-28.2019.8.19.0000, p. em 6/6/2019; TJDF - AI 0722295-91.2018.8.07.000, p. em 10/7/2019; TJAP - AGT 0000981-10.2019.8.03.0000, p. em 27/8/2019; TJES - AI 0006010-28.2019.9.08.0024, p. em 16/8/2019.

da natureza jurídica do art. 1.015 do CPC, tema explorado neste trabalho. A própria interpretação das hipóteses elencadas no mencionado dispositivo é alvo constante de controvérsias. A título de exemplo, em recente precedente,⁶ o Superior Tribunal de Justiça entendeu que as questões que, embora não se enquadrem no conceito nuclear de tutela provisória, mas que se associem à medida antecipatória, estabelecendo a forma ou o prazo de seu cumprimento, merecem ser abarcadas pela via de impugnação recursal imediata.

Outro ponto instável diz respeito à previsibilidade processual. É natural que, em virtude da subjetividade que dirige a nova orientação vinculante, um caso reputado urgente por um Tribunal poderá não o ser perante outro. Acredita-se, porém, que o passar dos anos proporcionará certa harmonia, com o estabelecimento de linhas jurisprudenciais coesas, alcançadas, sobretudo, com novos pronunciamentos da Corte Superior.

Como se buscou apontar neste breve estudo, apesar da recente existência do novo Código de Processo Civil, a polêmica tipicidade estrita (ou não) do agravo de instrumento dividiu a doutrina e impulsionou um elevado debate, cujos contornos, pela sua magnitude, levaram o Superior Tribunal de Justiça a elucidar o tema. As consequências do novo panorama ainda não estão bem delineadas, cabendo aos operadores do direito a lapidação do tema, encontrando o ponto de equilíbrio entre a efetividade e utilidade do processo e a segurança jurídica.

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁶ REsp: 1.752.049/PR, p. em 15/3/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil - Não cabimento do mandado de segurança contra decisão interlocutória - Art. 1.009, § 1º, e 1.015 do CPC/2015. Recurso em Mandado de Segurança nº 54.969. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, Acórdão de 23 de out. 2017. *Diário Judiciário eletrônico*, Brasília, outubro 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1645802&num_registro=201701949006&data=20171023&formato=HTML. Acesso em: 3 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Proposta de Afetação - Recurso Especial - Representativo de controvérsia - Seleção - Afetação - Rito - Art. 1.036 e ss. do CPC/2015 - Direito processual civil - Agravo de instrumento - Controvérsia - Natureza - Rol do art. 1.015 do CPC/2015. Recurso Especial nº 1.696.396. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, Acórdão de 28 de fev. 2018. *Diário Judiciário eletrônico*, Brasília, fevereiro 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1677360&num_registro=201702262874&data=20180228&formato=HTML. Acesso em: 3 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial - Processual civil - Aplicação imediata das normas processuais - *Tempus regit actum* - Recurso cabível - Enunciado Administrativo nº 1 do STJ - Exceção de incompetência com fundamento no CPC/1973 - Decisão sob a égide do CPC/2015 - Agravo de instrumento não conhecido pela corte de origem - Direito processual adquirido - Recurso cabível - Norma processual de regência - Marco ou definição - Publicação da decisão interlocutória - Recurso cabível - Agravo de instrumento - Interpretação analógica ou extensiva do inciso III do art. 1.015 do CPC/2015.

Recurso Especial nº 1.679.909. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, Acórdão de 1º de fev. 2018. *Diário Judiciário eletrônico*, Brasília, fevereiro 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1655954&num_registro=201701092223&data=20180201&formato=HTML. Acesso em: 3 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial representativo de controvérsia - Direito processual civil - Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/2015 - Impugnação imediata de decisões interlocutórias não revistas nos incisos do referido dispositivo legal - Possibilidade - Taxatividade mitigada - Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei - Requisitos. Recurso Especial nº 1.704.520. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, Acórdão de 19 de dez. 2018. *Diário Judiciário eletrônico*, Brasília, dezembro 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&formato=HTML. Acesso em: 3 fev. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento. *Portal Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso em: 3 fev. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, p. 273-282, abr. 2015.

FERREIRA, Willian Santos. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de et al. *Execução e recursos - comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Julgados em Números, Edição 3, de 1º de outubro de 2018. Tema: Agravo de Instrumento no novo CPC. *Portal do TJMG*, Transparência, TJ em Números, Julgados em Números - 2ª Instância. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/-julgados-em-numeros-edicao-03.htm#!>. Acesso em: 3 fev. 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Temas essenciais no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

23. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento: taxatividade mitigada e protagonismo judicial

Laura Campolina Monti

Assessora Judiciária do TJMG.

Doutoranda em Direitos Humanos, Integração e Estado Plurinacional (PUC Minas). Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia (Universidade FUMEC). Especialista em Direitos Humanos e Cidadania (Instituto DH).

André Moreira Storck Nunes

Assessor Judiciário do TJMG.

Especialista em Direito Constitucional (Faculdade Anhanguera).

Fábio da Silva Pedrosa

Assessor Judiciário do TJMG.

Especialista em Direito Processual (PUC Minas) e Direito Constitucional (ISEIB).

1 Introdução

O presente trabalho se propõe a estudar, de maneira breve, mas consistente, a evolução histórica das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, visando compreender o cenário no qual se insere a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 5/12/2018, que entendeu pela mitigação da taxatividade do rol inscrito no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

O tema aqui enfocado se reveste de evidente repercussão prática, na medida em que impacta cotidianamente a atividade profissional de advogados e servidores, bem como a atuação dos juízes, desem-

bargadores e ministros que compõem as cortes julgadoras do país. Não se pode perder de vista, tampouco, que a análise quanto ao cabimento ou não de um recurso repercute diretamente na vida dos cidadãos que recorrem ao Poder Judiciário a fim de solucionar suas demandas. Nesse sentido, muito além de ser relevante para a procedimentalidade, o tema eleito para estudo é de especial relevância por se relacionar diretamente com a efetivação de direitos constitucionalmente assegurados (como a inafastabilidade da jurisdição, inscrita no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal).

Para além do viés prático imediato, no entanto, o presente trabalho se propõe a analisar o pano de fundo que viabiliza a prolação de decisões como as proferidas nos REsp 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, em julgamento do Tema 988 dos recursos repetitivos, sua adequação ao projeto de Estado Democrático de Direito, ao qual estamos todos vinculados, e os potenciais riscos, caso se verifique a ocorrência de mitigação não apenas da taxatividade do mencionado rol, mas da própria separação dos Poderes por via reflexa.

Nesse sentido, a hipótese que se pretende investigar não diz respeito à necessidade ou desnecessidade de revisão do rol elencado no art. 1.015 do CPC/2015, mas, antes, à verificação de adequação da via adotada para tal fim.

O método de abordagem empregado, a despeito de partir especificamente da decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema Repetitivo 988, pode ser definido como sendo hipotético-dedutivo, visto que, partindo de hipótese fundamentada em estudo exploratório e na análise bibliográfica e jurisprudencial a partir da técnica de análise de conteúdo, procurou averiguar o desenvolvimento de conceitos, a interpretação a eles conferida por meio de decisões e, eventualmente, as motivações que permearam a fundamentação de tais decisões.

2 O agravo de instrumento no CPC/2015

A inclusão do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), através da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, alçou ao *status* de garantia constitucional do indivíduo a razoável duração do processo. Esse fato, dentre outras críticas que já vinham sendo formuladas ao texto do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), motivou a criação de uma comissão de especialistas em 2009, que, após dedicar-se à elaboração de um anteprojeto, apresentou-o ao Senado, que, por sua vez, o converteu no Projeto de Lei do Senado (PLS) 166/2010. Após longa tramitação no Congresso Nacional, uma vez sancionado, o CPC/2015 foi o “primeiro a ser elaborado em plena vigência de regime democrático no país” (AGÊNCIA SENADO, 2015).

A Lei 13.105/2015, que contém o novo Código de Processo Civil Brasileiro, foi sancionada em 16 de março de 2015, com previsão de *vacatio legis* de 1 (um) ano da data de sua publicação, trazendo uma série de mudanças, notadamente no sistema de recursos até então vigente e ao qual se atribuía uma grande parcela de responsabilidade pela morosa tramitação das ações judiciais cíveis. Nesse desiderato, além de extinguir alguns recursos, como os embargos infringentes, o CPC/2015 restringiu o uso de outros.

Dispondo sobre os recursos, o art. 1.015 do novo *codex* estabeleceu doze¹ hipóteses de cabimento do recurso de 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 desconconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justi-

¹ O projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional previa treze hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, mas o inciso XII, que tratava da conversão da ação individual em ação coletiva, foi vetado.

ça 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.

O mesmo dispositivo legal citado também prevê, em seu parágrafo único, que o agravo de instrumento é recurso passível de ser manejado contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação ou cumprimento de sentença, bem como nas execuções e no procedimento de inventário.

Nota-se, assim, que as limitadas hipóteses elencadas no art. 1.015 do CPC/2015, com exceção dos incisos X e XIII, referem-se ao cabimento do recurso de agravo de instrumento na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, já que, nas fases de liquidação e cumprimento de sentença, bem como no processo de execução e nos inventários, apenas a natureza da decisão judicial – se interlocutória ou não – é que determinará a possibilidade de interposição do agravo.

A questão atinente à limitação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, mesmo antes da entrada em vigor do CPC/2015, despertou imediato interesse acadêmico e doutrinário quanto às suas repercussões práticas, evidenciado pelo questionamento acerca do rol elaborado pelo legislador, bem como acerca da admissão de outras hipóteses de cabimento além daquelas expressamente previstas na lei.

Cássio Scarpinella Bueno defende que o referido rol “não é impeditivo, para que se dê máximo rendimento às hipóteses nele previstas”, apontando que “concretas e adequadas possibilidades interpretativas” podem ser “extraídas” do art. 1.015 do CPC/2015, a fim de se atender “às necessidades do dia a dia do foro e evitar a generalização

do mandado de segurança contra ato judicial”. Sugere, assim, que a análise de cabimento do agravo de instrumento, a partir do CPC/2015, seja feita sob uma ótica casuística, sempre relacionada ao verbo “versar” constante do *caput* do art. 1.015, o que “permite dar sentido mais amplo à grande maioria das hipóteses previstas nos incisos daquele dispositivo” (BUENO, 2019, p. 1.341-1.347).

Para Marinoni, a construção de um rol taxativo pelo legislador “não elimina a necessidade de interpretação para sua compreensão”, mesmo porque “a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação”. Muito embora esse autor reconheça que o legislador efetuou uma enumeração taxativa das hipóteses de cabimento do agravo, a saída por ele proposta encontra amparo na “analogia para interpretação das hipóteses contidas nos textos”, visto que “o raciocínio analógico perpassa a interpretação de todo o sistema jurídico, constituindo ao fim e ao cabo um elemento de determinação do direito” (MARINONI *et al.*, 2018, p. 1.143).

Nelson Nery Junior, por seu turno, é categórico ao afirmar que “não há dúvida de que o rol do CPC [art.] 1.015 é *taxativo* e não permite ampliação, nem interpretação analógica ou extensiva”, apesar de criticar a decisão do legislador em impor um *numerus clausus* às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Entretanto, esse mesmo autor propõe o uso do mandado de segurança e da correição parcial como forma de impugnar decisões interlocutórias que “tiverem potencialidade de causar imediato gravame de difícil ou impossível reparação” (NERY JUNIOR, 2018, p. 2.208).

Nota-se um traço comum nesses entendimentos doutrinários: a preocupação de que prejuízos irreparáveis possam advir para as partes se, para além das estritas hipóteses legais, estiverem impossibilitadas de submeter, imediatamente, certas decisões interlocutórias à instância revisora. Também há o temor de que, nesse cenário restriti-

vo de interposição do agravo de instrumento, o mandado de segurança retorne à cena processual como sucedâneo recursal, tal como já ocorreu no passado próximo.

Em que pese o esforço doutrinário em apontar “saídas interpretativas” com a finalidade de se ampliar o alcance das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, expressamente previstas em lei, não se pode descurar do caráter político estampado na escolha do legislador, que certamente se viu confrontado por essas considerações, ainda quando o projeto de lei tramitava no Congresso Nacional.

A criação desse rol - que, em princípio, afigura-se taxativo -, após extenso e legítimo processo legislativo, limitando as hipóteses em que o agravo de instrumento passaria a ser admitido, evidencia uma das grandes preocupações e motivações da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de lei do novo Código de Processo Civil: a celeridade de tramitação das ações cíveis perante um Poder Judiciário tradicionalmente moroso.

É o que se verifica dos apontamentos iniciais da exposição de motivos do CPC/2015: “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”, ressaltando que “a simplificação do sistema recursal leva a um processo mais ágil” (SENADO FEDERAL, 2015).

Além disso, dentre os cinco principais objetivos que orientaram os trabalhos da comissão de juristas, destacam-se os seguintes: “3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado” (SENADO FEDERAL, 2015).

Segundo se infere da exposição de motivos, a redução do número de recursos, em especial pela limitação das hipóteses de cabimento

do agravo de instrumento, visa à simplificação do sistema recursal. Contudo, tal alteração não configuraria necessariamente restrição ao direito de defesa, visto que todas as decisões anteriores à sentença, em relação às quais não se admite agravo de instrumento e, portanto, não sujeitas à preclusão, podem ser impugnadas na apelação (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015).

A análise das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento previstas no novo Código de Processo Civil, confrontadas com a exposição de motivos do próprio Código e sob a perspectiva dos debates legislativos que culminaram com a sua elaboração, leva à conclusão de que os incisos do art. 1.015 do CPC/2015 integram um rol limitado e pré-estabelecido pelo legislador, quanto à possibilidade de interposição dessa modalidade recursal.

2.1 A taxatividade mitigada: decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 988 dos recursos repetitivos

Não muito tempo depois que o novo Código de Processo Civil entrou em vigor, inaugurou-se nos tribunais pátrios uma divergência jurisprudencial que recaía, justamente, sobre esse tema: não obstante o limitado rol do art. 1.015 do CPC/2015, seria possível admitir a interposição do agravo de instrumento para combater decisões interlocutórias não abrangidas nas hipóteses legais?

A questão ganhou relevância nacional e, é evidente, logo se encontrava submetida a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 988), no bojo do REsp 1.696.396/MT e do REsp 1.704.520/MT, representativos da controvérsia.

Observa-se que o julgamento desses recursos em 5/12/2018, menos de três anos após a entrada em vigor do CPC/2015, levou à edição da seguinte tese jurídica pelo STJ: “O rol do art. 1.015 do CPC é de

taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento, quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”.

Erigiu-se, assim, o inusitado conceito de *taxatividade mitigada*, ou seja, apesar do restrito rol estabelecido na lei processual, o Poder Judiciário pode admitir o agravo de instrumento em outras situações, a serem verificadas caso a caso.

Considerando que a tese jurídica elaborada pelos tribunais superiores no julgamento de recurso representativo de controvérsia possui efeito vinculante, desnecessário explicitar que, a partir do julgamento realizado pelo STJ quanto ao Tema 988, todos os tribunais brasileiros devem passar a aplicar o entendimento ali esposado, qual seja de que as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento não se limitam ao rol legal.

Não obstante isso, a referida tese jurídica passou a exigir, de outro lado, um novo requisito de admissibilidade do agravo de instrumento que não tem previsão expressa no art. 1.015 do CPC/2015: a urgência decorrente de eventual risco de perecimento do direito e/ou inutilidade do julgamento da questão caso seja ela levada à instância superior apenas por ocasião da apelação.

A justificativa repousa nos seguintes fundamentos extraídos do voto condutor da Ministra Nancy Andrighi:

(ii) A majoritária doutrina se posicionou no sentido de que o legislador foi infeliz ao adotar um rol pretensamente exaustivo das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento na fase de conhecimento do procedimento comum, retornando, ao menos em parte, ao criticado modelo recursal do CPC/1939. (iii) O rol do art. 1.015 do CPC, como aprovado e em vigor, é insuficiente, pois deixa de abarcar uma série de questões urgentes e que demandariam reexame imediato pelo Tribunal. (iv) Deve haver uma via processual sempre aberta para que tais questões sejam desde logo reexaminadas quando a sua apreciação diferida puder causar prejuízo às partes, decorrente da inu-

tilidade futura da impugnação apenas no recurso de apelação. (v) O mandado de segurança, tão frequentemente utilizado na vigência do CPC/1939 como sucedâneo recursal e que foi paulatinamente reduzido pelo CPC/1973, não é o meio processual mais adequado para que se provoque o reexame da questão ventilada em decisão interlocutória pelo Tribunal (BRASIL, 2018).

Eis a contradição verificada entre a expressa disposição legal constante do art. 1.015 do CPC/2015, que elenca *numerus clausus* para as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, e a tese jurídica firmada pelo STJ em julgamento de recurso repetitivo e, portanto, vinculante, segundo a qual “o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada”.

3 Panorama histórico do agravo de instrumento

Não pode passar despercebido aos operadores do Direito que a novidade alardeada pelo Código de Processo Civil de 2015, relativamente à taxatividade das hipóteses de interposição do recurso de agravo de instrumento, pouco, ou nada, possui de inovador, quando analisada sob a perspectiva da evolução histórica dos códigos processuais pátrios.

Poder-se-ia imaginar que o art. 1.015 do novo Estatuto Processual Civil, ao conferir natureza exaustiva ao rol de decisões do juiz atacáveis pelo recurso de agravo de instrumento, inspirou-se na mesma sistemática do recurso em sentido estrito do Código de Processo Penal, em que também são restritas as hipóteses de impugnação das decisões interlocutórias.

Contudo, o atual diploma legal fez renascer o modelo da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que já vigorou no país no âmbito do processo civil. Por várias décadas antes do advento do Código de 1973, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, o

legislador pátrio havia estatuído um sistema restritivo quanto ao cabimento do agravo.

No contexto da ascensão de Getúlio Vargas ao poder, em 1930, com intensas aspirações nacionalistas e sob o influxo dos ideais de unificação e centralização do Poder, a Constituição Federal de 1934 e, em seguida, a de 1937 trouxeram para a União a competência para legislar sobre processo (ALMEIDA, 2016). Tal competência, até então, pertencia aos Estados da Federação, os quais no período entre 1891 e 1934 elaboraram seus próprios códigos processuais.

Uma das preocupações que inspirou os autores do código de 1939 era a necessidade de um processo mais célere e eficaz, que não servisse tão somente à defesa dos interesses de uma elite que detinha os recursos para prolongar demandas indefinidamente, em prejuízo da parte mais fraca e do propósito de pacificação social do direito. Em diversos trechos da exposição de motivos do *Codex* de 1939, redigida por Francisco Campos, é possível notar o espírito que moveu os redatores da época:

O processo em vigor, formalista e bizantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces.

[...]

Noutro sentido ainda, podemos falar do cunho popular do novo processo; ele é um instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária nos quadros do processo anterior singularmente desfavorecia (CAMPOS, 1939).

É por isso que, em oposição a um quadro de excesso de recursos que prejudicava a efetividade da prestação jurisdicional, o CPC de 1939 previu, no art. 842, as hipóteses taxativas de cabimento do agravo, muitas delas reproduzidas pelo atual código como, por exemplo,

a decisão sobre a intervenção de terceiros e as decisões que denegam ou revogam o benefício da gratuidade. Especificamente sobre o tema, Francisco Campos discorreu, na exposição de motivos de 1939, que:

Quanto aos recursos, foram abolidos os dos despachos interlocutórios. Tais recursos concorriam para tumultuar o processo, prolongá-lo e estabelecer confusão no seu curso. Fundavam-se na sua generalidade em matéria de caráter puramente processual, e só se justificariam em um sistema de processo concebido de maneira rígida ou hierática, como tendo por única finalidade a estrita observância das suas regras técnicas, sem atenção ao seu mérito e à sua finalidade (CAMPOS, 1939).

O referido modelo restritivo, quanto ao manejo do agravo, resultou no uso excessivo, e até mesmo anômalo, do mandado de segurança (DIDIER JÚNIOR, 2013), que asoberbava, de igual modo, os juízos impetrados e os respectivos tribunais. Por certo, o rol taxativo da lei não atendeu aos anseios dos jurisdicionados que não se resignavam com a irrecorribilidade de sem número de decisões prejudiciais aos seus interesses jurídicos, não antevistas pelo rol legal.

Em razão disso, na exposição de motivos do projeto do Código de Processo Civil de 1973, o então ministro da Justiça e ministro do Supremo Tribunal Federal de 1982 a 1984, Alfredo Buzaid, teceu os seguintes comentários acerca da alteração promovida em relação aos casos de cabimento do agravo de instrumento:

Outro ponto é o da irrecorribilidade, em separado, das decisões interlocutórias. A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correção parcial e o mandado de segurança. Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias. É mais

uma exceção. O projeto a introduziu para ser fiel à realidade da prática nacional (BUZAID, 1972, p. 19).

Vê-se que os redatores do Código de 1973 preferiram abrir o sistema recursal para as decisões interlocutórias, dando-se por vencidos pela realidade, ao reconhecerem não ser “possível modificar a natureza das coisas” (BUZAID, 1972, p. 19).

Nessa esteira, os recursos de agravo de instrumento se multiplicaram maciçamente nos tribunais desde que o Código de Processo de 1973 estabeleceu, em sua redação original (art. 522), que contra “todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento”. Ressalvou o legislador, tão somente, os despachos (irrecorríveis) e as sentenças (combatidas por meio de apelação).

Em 1995, a Lei nº 9.139 possibilitou a interposição do recurso de agravo por duas modalidades, de modo retido ou por instrumento. Em 2005, a Lei nº 11.187 alterou a redação original do CPC/1973, restringindo consideravelmente as possibilidades de aviamento do agravo de instrumento, para os casos, principalmente, de decisão interlocutória suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação. Desse modo, ficava a cargo do respectivo tribunal apreciar, caso a caso, o atendimento dos requisitos legais de admissibilidade do recurso.

Embora tenham sido significativas, as alterações legislativas não foram suficientes para esvaziar a cultura de interposição de recursos contra as decisões interlocutórias, em especial após a inclusão, no sistema, do instituto da tutela antecipada.

Desse modo, o CPC de 2015 pretendeu simplificar o sistema recursal, de modo a garantir, tal qual pretenderam os juristas de 1939, uma maior celeridade e eficiência do processo mediante limitação do excesso de recursos. Vejam-se os seguintes trechos da exposição de motivos do atual código:

Em suma, para a elaboração do novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo [...]

Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. [...] O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa (SENADO FEDERAL, 2015).

Por outro lado, as razões que inspiraram o legislador de 1973 a abrir o rol de cabimento do recurso de agravo não desapareceram. A própria existência dos recursos e do direito a um segundo grau de jurisdição deriva, em grande medida, da dificuldade humana em aceitar um revés. Assim, é certo que o Código de Processo Civil de 2015, ao regressar ao modelo anterior, exerceu uma opção política de dar acolhida a reclames de ordem prática, em detrimento da cultura recursal da prática forense nacional.

O acúmulo de um grande número de agravos nos tribunais é, por certo, um dos embaraços que inspiraram os juristas que compuseram a atual legislação processual. Todavia, com o retorno ao sistema anterior, o risco de reaparecimento dos mesmos problemas observados quando da vigência do CPC/1939 é bastante possível. Em uma rápida pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos dos grandes tribunais, já é possível encontrar julgamentos de mandados de segurança, impetrados contra decisões não atacáveis por agravo de instrumento (v.g.:

MINAS GERAIS, TJMG: 1.0000.17.006254-1/000; 1.000.18.064578-0/000; 1.0000.18.005969-3/000 e 1.000.16.066003-1/000).

Por enquanto, observa-se que a jurisprudência vem inadmitindo os *writs*, ao argumento de que a Lei nº 12.016/2009 prevê expressamente o não cabimento do *mandamus*, quando houver recurso com efeito suspensivo. É que, com a possibilidade de revisão da decisão interlocutória por meio de preliminar da apelação (art. 1.009, CPC/2015), não haveria preclusão e, assim, não seria cabível o referido remédio constitucional.

Todavia, os Tribunais Superiores possuem jurisprudência de longa data acerca da possibilidade de se manejar o mandado de segurança como sucedâneo recursal diante de decisões judiciais irrecorribéis que causem dano irreparável ou de difícil reparação à parte, bem como em face daquelas que atentem contra direitos fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa, direitos líquidos e certos dos jurisdicionados (v.g.: BRASIL, STF: RMS 14.554/DF; RMS 3.690/DF e RMS 5.271/SP. STJ: RMS 43.459/SP, AgRg no MS 16.870/DF).

Ora, se a lei exige que a parte aguarde por um determinado momento processual futuro para poder recorrer, há lapso temporal do qual pode exsurgir o dano irreparável ou de difícil reparação. A irrecorribilidade imediata, nessas hipóteses, dará ensejo ao mandado de segurança e outras formas anômalas de impugnação. Em suma, em todo caso em que a espera pela apelação resultar em prejuízo ou sério risco de prejuízo para a parte, violando a ampla defesa, o devido processo legal ou outro direito fundamental, haverá possibilidade do *writ*.

Nesse cenário, por exemplo, é possível imaginar inúmeras situações não catalogadas na lei nas quais a parte seria gravemente prejudicada caso não houvesse uma via recursal disponível. Imaginemos, por exemplo, a nomeação de perito sem a *expertise* correta/necessária para a realização da prova, ou ainda a decisão que arbitre honorários periciais em patamar excessivo. A parte precisaria se submeter ao

decisum, sob pena de preclusão da oportunidade de produção da prova. Outro caso, usado como exemplo pelo voto citado alhures da Min. Nancy Andrigli, no julgamento dos Recursos Especiais afetados ao do Tema Repetitivo nº 988, é o da rejeição da arguição de incompetência. As partes poderiam ser submetidas a sérios prejuízos, obrigadas a praticar atos perante juízo incompetente, até poder impugnar a decisão judicial em apelação.

Foi nesse contexto de iminência do retorno de meios defectivos de impugnação das decisões judiciais que o Superior Tribunal de Justiça engendrou a novel teoria denominada taxatividade mitigada. Uma contradição em termos.

4 Protagonismo judicial e a taxatividade mitigada

4.1 Separação dos Poderes e protagonismo do Judiciário

A teoria da separação dos Poderes foi inicialmente esboçada na antiguidade por Platão, ganhando vertente tripartite a partir de Aristóteles, em obra intitulada *Política* (2001), na qual admitia a distribuição do poder soberano em três esferas individualizadas, às quais cabiam as decisões estatais. Posteriormente, o pensamento foi reorganizado pela exposição de John Locke, que afirmou a existência de três Poderes, quais sejam: Legislativo, Executivo e Federativo (CARVALHO, 2010, p. 180). Entretanto, o núcleo da teoria clássica da tripartição de Poderes foi estruturado por Montesquieu, na obra *O Espírito das Leis*, como explica Elival da Silva Ramos (2010).

Conforme aduz Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (2009), a teoria clássica da tripartição de poderes foi pensada por Montesquieu com o objetivo de limitar o poder pelo próprio poder, sendo, portanto, divididas as funções do Estado em três frentes distintas, evitando-se, assim, a centralização e a arbitrariedade.

No núcleo da separação tripartite das funções estatais, situa-se a teoria do sistema de freios e contrapesos. Tal sistema tem por objetivo promover o controle mútuo das funções independentes exercidas pelo Estado, quais sejam a jurídica, a legislativa e a executiva. Tais centros de atuação exercem delicado controle uns sobre os outros, a fim de evitar excessos arbitrários, conforme aponta Paulo Fernando Silveira (1999).

Desse modo, nota-se que a teoria da tripartição do poder estatal, aliada ao conceito de freios e contrapesos, destina-se também à descentralização do poder e à proteção dos indivíduos contra a tirania e arbitrariedades do Estado. Desde o embrião da teoria, em Montesquieu, evidencia-se a preocupação em separar a função de edição da lei da função de execução da mesma. Na obra do referido autor, vê-se a seguinte proposta de estruturação para o poder estatal: *a) Função Legislativa*, a quem cabe fazer leis, por certo tempo ou para sempre, bem como corrigir ou ab-rogar as existentes; *b) Função Executiva*, que engloba a possibilidade de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir invasões; *c) Função Julgadora*, traduzida no poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares.

No cenário brasileiro, ao se realizar breve análise do histórico constitucional, é possível notar que a divisão de funções tem previsão expressa desde a Carta Imperial de 1824, quando assumiu dimensão quadripartite - além da legislativa, judiciária e executiva, foi prevista a função moderadora, de titularidade do imperador, que controlava todas as demais, conforme disposto no art. 10 do referido texto normativo.

Nessa toada, destaca-se que, apenas a partir da primeira Constituição republicana, em 1891, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a lógica de tripartição das funções estatais, tal como no modelo estruturado por Montesquieu (art. 15 do referido diploma). A partir

deste marco, todos os textos constitucionais até a vigente Carta Fundamental de 1988 abrigam tal teoria.

Entretanto, ao nos debruçarmos sobre o contexto histórico pátrio, é possível vislumbrar que, em períodos específicos, determinada função do Estado se destacou mais do que outras, chegando inclusive a subordiná-las. Tal fato evidencia-se, por exemplo, na análise do período de vigência da Constituição brasileira de 1967, que vigorou durante a ditadura militar. A referida norma fundamental contemplava, em seu texto, especificamente no art. 6º, a separação harmônica dos Poderes do Estado. Porém, ao arrepio de tal previsão, o cenário autoritário que se instalou promoveu o alargamento do Executivo e da figura do Presidente da República, interferindo nas atribuições do Legislativo e do Judiciário, conforme apontam Eduardo Martins de Lima e José Alfredo Baracho Júnior (2013).

Após o conturbado período ditatorial supramencionado e de muita luta social e política, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o intuito de promover a (re) democratização, ampliar o rol de direitos e garantias fundamentais, e reequilibrar as atribuições das funções das instituições estatais. Nessa linha, a Constituição previu, em seu art. 2º, a tripartição e a harmonia entre as funções do Estado.

Ocorre, no entanto, que, em face da ampla textualização de direitos, garantias e deveres promovida pela Carta de 1988 e da ineficiência dos agentes executivos, bem como da inércia dos membros do parlamento no que se refere à tutela de algumas garantias fundamentais, criou-se o cenário perfeito para o que se tem entendido como *protagonismo judicial*. Conforme aduz Luís Roberto Barroso (2012), tal fenômeno fica cada vez mais evidente e alarmante no país, em razão de estar a sociedade depositando nos magistrados sua expectativa para a melhor solução de velhos problemas e a garantia de direitos, com-

prometendo tais circunstâncias, no entanto, a estrutura do Estado que pretende se afirmar como democrático.

Para tratar de temática tão polêmica, faz-se necessário mencionar algumas distinções de extrema relevância para o presente estudo. Conforme aduz Amandino Teixeira Nunes Júnior (2014), o protagonismo judicial é gênero do qual podem ser extraídas duas vertentes que não se confundem: o ativismo judicial e a judicialização da política.

Para Luís Roberto Barroso (2012), é possível notar que o ativismo judicial e a judicialização da política, embora apresentem traços semelhantes, são ocorrências distintas. De acordo com o autor, a judicialização da política, também intitulada judicialização da vida, advém do próprio modelo constitucional pátrio, da vasta inserção de direitos na Carta Magna e da busca da sociedade pela efetivação desses direitos, e não da deliberação criativa do juiz. Já o ativismo judicial se refere à participação mais ampla e inovadora do Judiciário no espaço dos outros Poderes.

A despeito de esses fenômenos serem distintos, é importante ressaltar que a concentração da vida e de todas as decisões no âmbito do Judiciário, seja no aspecto do ativismo ou no da judicialização, é, em alguma medida, prejudicial aos ideais democráticos. Juliano Zaiden Benvindo (2014) se manifesta no sentido de que é possível afirmar que um Estado apenas pode se pretender democrático quando nenhuma de suas instituições detiver, de maneira substancial, o poder concentrado no exercício de suas atribuições, em detrimento da participação das demais.

Ao escreverem sobre o tema do ativismo, Mário Lúcio Quintão Soares e Renata Furtado de Barros afirmam que essa usurpação de competências do Judiciário é típica do constitucionalismo social e não deveria surpreender, uma vez que o sistema democrático possibilita

ao Judiciário interpretar as leis erigidas e, a partir daí, interferir nelas e no poder que as cria (2014, p. 181). Afirmam, no entanto, que:

O ativismo jurisdicional desconhece a distribuição de competências entre o legislador democrático e os efeitos do mandado de injunção ou o controle de constitucionalidade por omissão, colocando em xeque o princípio da separação dos Poderes.

Ora, em um sistema democrático, os Poderes constituídos devem dialogar entre si, dirimindo as questões que lhes são submetidas, segundo sua competência (SOARES; BARROS, 2014, p. 181).

Para Luis Roberto Barroso, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2011, p. 365). Em outras palavras, o ativismo judicial estaria relacionado apenas com a expansão da atividade jurisdicional, e não com a criação do direito. Ocorre que, conforme apontam André Karam Trindade e Fausto Santos de Moraes (2011, p. 156), ao contrário da leitura otimista sugerida por Barroso (2011) – segundo a qual o ativismo é uma tendência mundial, na esteira do neoconstitucionalismo, em face da fluidez da fronteira entre política e direito –, o ativismo judicial vem se tornando um fenômeno muito mais complexo e perigoso. Tais riscos são ainda mais prementes nas jovens democracias constitucionais, como o Brasil, quando se entende *ativismo* como a recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição.

Em síntese, o que se está a denunciar é a crescente crença no Judiciário como árbitro dos Poderes ou mesmo a pura descrença no projeto de Estado Democrático de Direito.

Feitas tais considerações, importa analisar a decisão que instituiu a taxatividade mitigada para as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob a perspectiva da eventual ocorrência de desequilíbrio entre as funções do Estado.

4.2 A decisão do Tema Repetitivo 988 e a mitigação do equilíbrio entre os Poderes

Como visto no tópico anterior, fato que ninguém ignora, a nossa Constituição, especificamente em seu art. 2º, adotou a tripartição das funções do Estado a fim de assegurar a manutenção de um sistema equilibrado e que se previna contra o surgimento de autoritarismos e arbitrariedades. Nesse contexto, o processo legislativo, via de regra,² é de competência do Legislativo, que deve observar uma série de prazos e procedimentos a fim de viabilizar o surgimento de uma nova norma no ordenamento jurídico pátrio.

Em atenção a tais balizas procedimentais, estendeu-se ao longo de anos o debate sobre a proposta de um novo Código de Processo Civil, tendo sido, conforme visto acima, objeto específico de tais discussões os prós e contras de eventual alteração da dinâmica de interposição do agravo de instrumento.

Existe um valioso histórico acerca da tramitação legislativa do PLS 166/2010, que cuidava da reforma do Código de Processo Civil, por meio do qual se verifica que, especialmente na Câmara dos

² É evidente que a visão de separação entre as atividades estatais não pressupõe a separação absoluta entre os Poderes. Cada um deles possui o que se chama funções *típicas* e *atípicas*; aquela exercida com preponderância é a típica, e a função exercida secundariamente é a atípica. A função típica de um órgão é atípica dos outros, sendo que o aspecto da tipicidade se dá com a preponderância. Por exemplo, o Poder Legislativo tem a função principal de elaborar o regramento jurídico do Estado – é sua função típica – mas também administra seus órgãos, momento em que exerce uma atividade típica do Executivo, podendo, ainda julgar seus membros, como é o caso do sistema brasileiro, assim como a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República é uma função atípica do Poder Executivo. Ocorre, no entanto, que o que se aponta no presente trabalho não é o exercício de função atípica pelo Judiciário, mas antes de usurpação por parte desse da função típica do Legislativo.

Deputados (quando o projeto foi renumerado para PLC 8.046/2010), houve sucessivas tentativas de alargar substancialmente o conteúdo ou, até mesmo, modificar a natureza do rol de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Conforme destacado pela própria relatora dos REsp 1.696.396/MT e REsp 1.704.520/MT, o relator-geral na Câmara chegou, em dado momento, a consolidar “uma redação que expressamente previa o cabimento imediato do agravo de instrumento em face das decisões que versavam sobre competência e também quando havia o indeferimento de prova pericial” (REsp 1.696.396/MT, Rel.^a Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 5/12/2018, *DJe* de 19/12/2018).

Ao retornar ao Senado Federal, no entanto, foi elaborado o Parecer nº 956, de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rêgo, em que se consignou expressamente que:

O projeto de novo Código de Processo Civil segue o caminho da simplificação recursal e do desestímulo ao destaque de questões incidentais para discussões em vias recursais antes da sentença, especialmente quando, ao final do procedimento, esses temas poderão ser discutidos em recurso de apelação. Por essa razão, no PLS, não se exacerbou na previsão de hipóteses de cabimento de agravo de instrumento. Essa espécie recursal ficou restrita a situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação. Nesse sentido, o PLS flexibilizou o regime de preclusão quanto às decisões interlocutórias para permitir, se necessário for, a sua impugnação em futuro recurso posterior à sentença. Uma das espinhas dorsais do sistema recursal do projeto de novo Código é o prestígio ao recurso único. Acontece que, no SCD (leia-se, PLC 8.046/2010), essa diretriz foi parcialmente arranhada, com o acréscimo de diversas hipóteses novas de agravo de instrumento, o que merece ser rejeitado na presente etapa legislativa (2014, p. 78).

Em trecho que chegou a ser destacado pela Ministra Nancy Andrighi, o referido parecer é cristalino ao afirmar que: “Suprimir a

taxatividade do cabimento do agravo de instrumento é incorrer em inovação legislativa não autorizada nessa etapa derradeira do processo legislativo” (p. 40).

A despeito de ter sido o tema debatido e de terem os órgãos competentes e com representação democrática chegado à firme conclusão de que o rol de cabimento do agravo de instrumento era taxativo no CPC/2015, o STJ imiscui-se na função de revisar o trabalho do Congresso Nacional, praticando verdadeira inovação legislativa, como constou do voto da relatora ao fazer referência ao Parecer nº 956, de 2014.

Em síntese, a tese arguida por aquela Corte é no sentido de que teria se estabelecido na doutrina e na jurisprudência uma indissolúvel controvérsia acerca da possibilidade de recorrer, desde logo, de decisões interlocutórias não previstas no rol do art. 1.015 do CPC/2015. Tal controvérsia poderia ser resumida, conforme indicou a relatora, nas seguintes posições: (i) o rol é absolutamente taxativo e deve ser interpretado restritivamente; (ii) o rol é taxativo, mas comporta interpretações extensivas ou analogia; (iii) o rol é exemplificativo.

Não se ignora que a doutrina, de fato, tenha discutido tal ponto. Conforme mencionado, autores como Nelson Nery Junior e Luiz Guilherme Marinoni, em legítimo exercício democrático e dialético, teceram críticas à opção legislativa adotada, indicando, no entanto, que não havia dúvidas quanto à taxatividade do rol. O que existia na realidade era o debate, intrínseco ao Direito, com relação à escolha do Legislador. Salvo temerários posicionamentos isolados, que argumentavam ser o rol exemplificativo, a despeito do texto da lei e do conteúdo público das discussões que lhe antecederam, tal debate não tinha escopo de promover *per se* qualquer alteração legislativa, mas, antes, se propunha a levantar a questão, contribuindo para eventual revisão do texto da lei pelo órgão competente.

Ocorre, no entanto, que, ao afirmar que existiam três correntes acerca da possibilidade de interposição de agravo de instrumento em face de decisões interlocutórias não previstas no rol do art. 1.015

do CPC/2015, o STJ não se mira no texto expresso do referido dispositivo e, tampouco, no conteúdo da exposição de motivos. O que se opera é verdadeiro malabarismo hermenêutico, na medida em que, a despeito da clareza da norma, a Corte aponta as teses doutrinárias como opções válidas.

O ato de interpretar pode ser compreendido como o exercício de atribuição de sentido ao texto. No Direito, ciência social por essência, é amplamente possível que a um mesmo texto sejam atribuídos mais de um sentido a depender do intérprete, sendo precisamente tal peculiaridade que, em regra, dá ensejo aos processos judiciais. Ocorre, no entanto, que a escolha de um sentido, por mais que contenha certa subjetividade relacionada ao contexto pessoal e sistema de raciocínio do leitor, não pode ser divorciada das balizas expressamente impostas no texto em si.

É certo que os Ministros do STJ não ignoram tal premissa, tanto é assim que, na fundamentação dos votos que deram ensejo à tese da taxatividade mitigada do rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, não se valeram do texto da lei para estabelecer o sentido. Antes, buscaram, na doutrina, supostos sentidos possíveis e o fizeram de maneira a atribuir à conclusão por eles pretendida contornos de razoabilidade.

Conforme mencionado, o voto da Ministra Nancy Andri ghi indicou duas interpretações extremas, quais sejam: o rol é absolutamente taxativo e deve ser interpretado restritivamente; e o rol é exemplificativo. Optou, no entanto, pela solução intermediária ao indicar que o rol é taxativo, mas comporta interpretações extensivas ou analogia. Ao se apresentar a questão dessa maneira, parece, à primeira vista, que a decisão da Corte foi acertada e evitou pender para qualquer extremo.

Ocorre, entretanto, que o art. 1.015 e as discussões que o antecederam deixam evidente que apenas um desses três sentidos mencionados no voto pode ser extraído do texto, sendo os demais resultado

do exercício de mera retórica que não encontra respaldo na norma. A fim de justificar sua conclusão, a relatora consignou ainda que “é tarefa desta Corte, pois, conferir à regra do art. 1.015 do CPC a interpretação que melhor se coaduna com a sua razão de existir e com as normas fundamentais insculpidas pelo próprio CPC”.

Tal afirmação é de todo descabida. A uma porque a interpretação adotada não encontra amparo no texto legal, conforme mencionado; a duas porque a “razão de existir” do referido dispositivo foi explicitada durante os debates que levaram à sua edição, estando de acordo ainda com a exposição de motivos do CPC/2015, sendo certo que a mesma pode ser traduzida em tese diametralmente oposta à articulada no voto em análise; a três porque a tarefa daquela Corte, conforme competência constitucionalmente atribuída, é limitada aos horizontes do art. 105 da Carta Magna.

Conforme se extrai do sítio eletrônico do próprio STJ, a atribuição da Corte é de “uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil”.³ Nesse sentido, autorizar àquele Tribunal a adoção de tese vinculante que seja expressamente contrária à lei fere de morte não apenas os dispositivos constitucionais que estabelecem suas competências, mas também o equilíbrio entre Poderes, essencial à manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Aparentemente, o potencial danoso da expansão do rol do art. 1.015 do CPC/2015 é ínfimo, cabendo, inclusive a consideração de que a revisão do dispositivo era necessária (ainda que não fosse possível por essa via). No entanto, a tese de fundo, relativa à possibilidade de o Judiciário em geral, e especificamente o STJ, valer-se de sua posição de intérprete da lei para promover verdadeiras inovações no ordenamento jurídico é, no mínimo, temerária, uma vez que ofende não apenas garantias constitucionais, mas a própria organização da União.

³ Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Atribuicoes>.

Conclusão

Em face do breve estudo aqui desenvolvido, conclui-se que a decisão que institui a taxatividade mitigada pode ser lida como um jogo de palavras, articuladas a fim de evitar a expressa manifestação do que, de fato, se operava: a transformação de um rol exaustivo em exemplificativo, a despeito da literalidade da lei. Não se contentando com o brocardo latino *in claris cessat interpretativo* (a interpretação cessa na clareza), a referida decisão apresenta construção discursiva para justificar uma leitura do art. 1.015 do CPC que lhe permita comportar aquelas hipóteses de recurso contra decisões não elencadas no rol, mas que podem gerar dano à parte. É um explícito retorno à regra do *caput* do art. 522 do CPC/1973 quanto à hipótese de cabimento do agravo de instrumento.

A argumentação constante dos votos que conduziram à consolidação do entendimento expresso na tese firmada no Repetitivo 988 é no sentido de que pretendeu o legislador salvaguardar apenas as situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação. No entanto, conforme se evidenciou, se fosse realmente esse o intento do legislador, ele assim o teria dito na lei, sendo relevante ainda se considerar que a taxatividade ou não do referido rol foi objeto de extensos debates durante a formulação do texto do novo código.

Nesse sentido, não há outra conclusão possível: a escolha legislativa foi explícita quanto à taxatividade, o legislador assim o fez ciente da impossibilidade de antever e catalogar na lei todas as hipóteses e situações práticas que vierem a surgir em decorrência da complexidade dos fatos do Direito e da vida. Atento estava o legislador sobre o retorno ao sistema anterior e das respectivas consequências.

O que se aponta no presente trabalho não é a desnecessidade de revisão do rol elencado no art. 1.015 do CPC/2015, sendo certo que

não se ignoram os efeitos inclusive históricos – tendo em vista as similaridades com o texto do CPC/1939. O que se está a denunciar é a modificação da literalidade da lei por meio de precedente judicial, em evidente afronta ao princípio da separação dos Poderes e, especialmente, o risco que tal premissa representa, não especificamente com relação ao agravo de instrumento, mas, antes, para a própria efetivação do projeto de Estado Democrático de Direito contido na Constituição Federal de 1988.

Referências

AGÊNCIA SENADO. *Novo CPC é sancionado pela Presidente Dilma Rousseff*. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/16/novo-cpc-e-sancionado-pela-presidente-dilma-rousseff>. Acesso em: 22 set. 2019.

ALMEIDA, Matheus Guarino Sant'Anna Lima de. *Francisco Campos e o CPC de 1939*. Uma perspectiva histórica do Direito Processual. 2016. Disponível em: http://www.encontro2016.rj.anpuh.org/resources/anais/42/1471214865_ARQUIVO_MatheusGuarino.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira; LIMA, Eduardo Martins de. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2012. Disponível em: <http://www.oab.org.br/edito->

ra/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 1º out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Post-scriptum. In: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro*. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502953>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. *Código de Processo Civil, 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no RMS nº 16.870/DF*. Rel. Ministro Castro Meira. Publicado no *DJe* de 17/2/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 43.459/SP*. Rel. Ministro Raul Araújo. Publicado no *DJe* de 3/2/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.704.520/MT*. Rel.^a Ministra Nancy Andrighi. Publicado no *DJe* de 19/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.696.396/MT*. Rel.^a Ministra Nancy Andrighi. Publicado no *DJe* de 19/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 5.271/SP*. Rel. Ministro Luiz Gallotti. Publicado no *DJ* de 4/6/1958.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 3.690/DF*. Rel. Ministro Rocha Lagoa. Publicado no *DJ* de 30/11/1958.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 14.554/DF*. Rel. Ministro Pedro Chaves. Publicado no *DJ* de 27/5/1966.

BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos*, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 29 set. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos*. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em: 30 set. 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. *Montesquieu e a releitura da separação de Poderes no estado contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica* (2009). Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=21>. Acesso em: 1º out. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança 1.000.16.066003-1/000. Rel.^a Des.^a Evangelina Castilho Duarte. *Diário da Justiça eletrônico - DJe* de 9/5/2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança 1.0000.17.006254-1/000. Rel.^a Des.^a Cláudia Maia. *Diário da Justiça eletrônico - DJe* de 9/6/2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança 1.0000.18.005969-3/000. Rel.^a Des.^a Cláudia Maia. *Diário da Justiça eletrônico - DJe* de 27/11/2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança 1.000.18.064578-0/000. Rel. Des. Marcos Lincoln. *Diário da Justiça eletrônico - DJe* de 27/2/2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. *O ativismo do Supremo Tribunal Federal*. 2011. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2011_10734_1.pdf. Acesso em: 12 set. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROS, Renata Furtado de. Limites constitucionais do ativismo judicial. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães (Coords.). *Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos: checks and balances*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

24. A racionalização procedimental como instrumento de melhoria da gestão judiciária e a busca pelo alcance do modelo social de processo no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Desembargador Afrânio Vilela

Primeiro Vice-Presidente do TJMG.

1 Introdução

O alcance da finalidade da prestação jurisdicional deve ser analisado sob a perspectiva de fatores diversos. Com efeito, demanda-se a observância do direito para atingir a justiça; mas não apenas isso. É necessária, ainda, a verificação do quão eficiente foi a atuação pública, analisando-se, nessa senda, se o resultado ocorreu em tempo razoável de duração do processo, com atingimento do sentido social da lei e menor dispêndio de tempo e recursos públicos.

A administração judicial se dá por meio de estrutura delineada no âmbito dos Tribunais pátrios, de modo que todas as atividades (meio e fim) são coordenadas por magistrados. As primeiras são postas à disposição, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Presidente, dos Vice-Presidentes e do Corregedor-Geral de Justiça, e esses organizam e estruturam as atividades realizadas no Tribunal. A atividade-fim, por sua vez, é gerida pelos magistrados, que encontram

guardada em sua consciência, no formato de justiça que possuem, segundo sua visão de mundo, e na normatização havida no ordenamento jurídico brasileiro. Tudo visando ao atendimento ao interesse público.

No Brasil, verifica-se um histórico de crescimento no número de demandas, especialmente a partir da redemocratização, sendo certo que a sistemática padrão adotada até agora não propicia a resolução de conflitos no quantitativo superior àqueles levados à apreciação judicial. Nota-se que quantidade significativa desses processos consiste em demandas potencialmente repetitivas, ou seja, que são fundamentadas nas mesmas razões de direito e/ou de fato. E esse fenômeno ocorre tanto com as demandas sob nova lide, quanto com aquelas que, mesmo já decididas inúmeras vezes, são reiteradas, especialmente sob o argumento de ser mais rentável demandar judicialmente do que cumprir administrativamente comandos jurisprudenciais já pacificados no Tribunal. Essas ações implicam maior dispêndio de tempo e recursos para seu julgamento, provocando verdadeiro congestionamento da máquina judicial.

E esse proceder social de desobediência à jurisprudência necessitou, ao longo dos tempos, da adoção de mecanismos necessários e suficientes, para que o Poder Judiciário possa responder à demanda de seu serviço público pela sociedade em geral.

As mudanças normativas e o novo horizonte havido, a partir do hoje, implicam a necessidade de adequação da sistemática organizacional dos Tribunais brasileiros, e, dentre eles, naturalmente, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, para o futuro.

Diante disso, o presente artigo tem como objetivo identificar e analisar as medidas necessárias à adaptação da estrutura organizacional do Poder Judiciário mineiro à nova realidade decorrente do advento do CPC/2015, assim como analisar os institutos por ele inaugurados, para dar vazão às demandas de caráter repetitivo e fortalecer a uniformização da interpretação das normas, para o fiel cumprimento

da nova sistemática introduzida pelo atual Código de Processo Civil, qual seja a simetria no filtro final do Judiciário sobre as questões que lhe são postas para decisão.

2 O Código de Processo Civil de 2015 – Lei nº 13.105/2015

O CPC/2015 foi elaborado com a finalidade precípua de conferir maior efetividade e eficácia à prestação jurisdicional, enfatizando-se que o processo é, acima de tudo, instrumento que intenciona a satisfação do direito material.¹

Nessa senda, para que o processo cumpra sua finalidade social, é necessário que ele permita que o jurisdicionado obtenha a efetiva tutela de seu direito material; que essa tutela se concretize; que isso ocorra rapidamente e, ainda, que o jurisdicionado não seja surpreendido com eventual decisão, proferida em outro processo, que estampe entendimento divergente daquele por meio do qual sua situação jurídica foi decidida.

A propósito, corrobora o professor Humberto Theodoro Júnior:

[...] efetivo, portanto, é o processo justo, ou seja, aquele que, com a celeridade possível, mas com respeito à segurança jurídica (contraditório e ampla defesa), proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 74).

Ao se delinear a nova sistemática, objetivaram-se alterações capazes de propiciar uma melhor gestão processual, permitindo-se, por conseguinte, julgamento de maior número de demandas, dispên-

¹ Na exposição de motivos da Lei nº 13.105/2015, explicitou-se que: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que tem cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2015).

dio de menor tempo de trabalho de magistrados e servidores e obtenção de decisões com melhor acerto em relação ao direito material.

2.1 Alterações legislativas que ensejam nova forma de gestão processual

Em primeiro lugar, destaca-se a concessão de maiores poderes de gestão processual aos magistrados, dentre os quais a possibilidade de calendarização do julgamento das demandas (BRASIL, 2015). Ao elaborar a exposição de motivos do novo diploma processual, o legislador deixou claro que as regras de gestão presentes no processo civil inglês, denominadas *case management powers*,² serviram de inspiração para a Comissão Autora do Anteprojeto da Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2009, p. 30).

Supôs-se, ainda, que a racionalização do procedimento para julgar ações de caráter repetitivo representaria importante ferramenta para o alcance das finalidades da nova legislação. Nesse sentido, destaca-se que:

[...] para a diminuição do número de ações (ou de seu peso sobre o bom funcionamento do Judiciário) o novo CPC quer se valer de procedimentos democráticos e expostos ao contraditório, como o uso de precedentes ou o incidente de resolução de demandas repetitivas (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 16).

Cumprido dizer que as ações de caráter repetitivo são aquelas que, baseadas em idêntica controvérsia de direito, são capazes de provocar multiplicidade de recursos e estão regulamentadas pelo art.

² Importada do sistema processual inglês, pode-se traduzir a expressão como sendo o “poder de gestão de processos” conferido ao julgador. Mencionada expressamente pelo Senado Federal no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, pode ser encontrada explicitamente no art. 139, IV, do novo CPC, que determina que o Juiz poderá “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” (BRASIL, 2015).

1.036 do CPC/2015³ (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 887). Sendo assim, uma vez que representam grande número de demandas, imaginou-se que, ao julgar referidas demandas em um único ato, poder-se-ia reduzir rapidamente a quantidade de procedimentos tramitando no Poder Judiciário.

Assim, o atual regramento processual, que sistematiza o julgamento das demandas de caráter repetitivo, mostra-se como potencial redutor do gargalo de demandas fundadas em mesmas questões de direito.

Soma-se a isso o fato de que, como dito, o modelo social de processo, preconizado pelo CPC/2015, é composto por alguns pilares, como, por exemplo, a celeridade e a segurança jurídica. Com efeito, a questão afeta à ausência de segurança jurídica, decorrente da diversificação na interpretação do direito idêntico em função de um dispositivo legal ou constitucional, revela o potencial de provocar acúmulo processual, implicando entrave à adequada resolução de processos. A preocupação do legislador restou consubstanciada no art. 926 do CPC/2015.⁴ É por meio de uma atuação jurisdicional não apenas célere, mas dotada de segurança jurídica, que se pode percorrer os caminhos para o alcance do modelo social de processo.

³ “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.”

⁴ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

3 A constatação da deficiência na prestação jurisdicional e o desafio da atividade administrativa – tempo de mudanças

O novo diploma processual civil instituiu diversas mudanças no ordenamento processual brasileiro. Contudo, não há dúvidas de que um dos problemas de maior monta verificado no Poder Judiciário consiste na demora no julgamento dos processos, na sobrecarga de trabalho e na existência de decisões conflitantes entre si.

Dessa forma, é de superior importância a análise dos pontos já mencionados, quais sejam: resolução conjunta de demandas repetitivas e valorização da uniformização do entendimento jurisprudencial, evitando-se, assim, a prolação de decisões contraditórias e, em consequência, elevando-se a segurança jurídica esperada pelos jurisdicionados.

As deficiências de gestão por parte dos órgãos do Poder Judiciário, especialmente em relação ao planejamento de suas ações e ao controle das atividades administrativas, também eram notórias em passado recente, sendo que, atualmente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais alcançou índices de alto nível de desempenho, conforme consta do Relatório do *Justiça em Números 2019*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Deve-se destacar que o maior desafio dos juízes é a assunção da atividade administrativa. Essa atividade assumida pelo juiz deve ter a finalidade de acabar com os problemas que envolvem a atividade-fim, ou pelo menos amenizar os efeitos desses problemas, contribuindo para a respeitabilidade do Poder Judiciário e seu prestígio em geral. Essa dificuldade não se atrela apenas à ausência de formação específica para a gestão administrativa, mas também pelo excessivo montante de processos judiciais que retiram do juiz o tempo para se debruçar sobre as questões de estruturação da atividade.

Esse desafio é maior na medida em que, como ocorre no Poder Judiciário, há uma divisão legal e legítima da Administração, em ativi-

dades meio e fim, a qual decorre da própria Constituição da República (BRASIL, 1988).⁵

As atividades-meio são desenvolvidas sob critérios de vontade, oportunidade e conveniência, postos à disposição do Presidente e dos demais integrantes da cúpula do Tribunal. São as atribuições de seus cargos. A atividade-fim, por sua vez, é gerida pelo magistrado, juiz e desembargador, cujos limites de atuação são diversos do Administrador e devem guardar respeito à própria consciência e às leis. São as competências divididas entre os juízes e desembargadores. São atividades que não se misturam, mas devem se completar a bem do interesse público a ser atingido, sempre em obediência ao sentido social das normas e leis. Confira-se:

[...] a Administração, ou gestão, é entendida como o processo de planejar, organizar, dirigir e controlar o uso dos recursos humanos, financeiros e materiais de uma organização, de modo a alcançar objetivos com eficácia, eficiência e efetividade. [...] Conforme Santos (2006), a etapa de coordenação é incorporada em todo o processo administrativo, especialmente na gestão pública. Para Fayol (1994, p. 126-127), ‘coordenar é estabelecer a harmonia entre todos os atos de uma empresa de maneira a facilitar o seu funcionamento e seu sucesso [...] é, em suma, adaptar os meios aos fins, dar às coisas e aos atos as proporções convenientes’ (VIEIRA; PINHEIRO, 2008).

Nesse sentido, ambas as espécies de atividade, meio e fim, devem ser desenvolvidas de maneira harmônica, norteadas para o alcan-

⁵ Com efeito, o art. 96 da Constituição da República determina que incumbe aos Tribunais, por exemplo: eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei. Ademais, sobre os Tribunais Superiores, impõe as seguintes atribuições: a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; a criação ou extinção dos tribunais inferiores; a alteração da organização e da divisão judiciárias, dentre outras.

ce do patamar desejado para a atuação jurisdicional, que é o controle do fluxo processual, a diminuição do acervo e a resultante maior: entregar a prestação jurisdicional segura a quem dela necessitar, em prazo razoável.

Nesse mote, o atual Código de Processo Civil, vigente desde março de 2016, reiterou e instituiu boas ferramentas, dentre elas:

a) Art. 947:⁶ dispôs sobre a proposição de julgamento, pelo órgão que o Regimento Interno indicar, se detectada relevante questão de direito que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários do Tribunal, em assunção de competência, cuja decisão será vinculativa, salvo a revisão de tese, na forma regimental (BRASIL, 2015);

b) Arts. 976 e seguintes:⁷ instituiu Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), quando identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes, a ser instaurado por iniciativa do Juiz presidente do processo ou do Desembargador relator (BRASIL, 2015); c) Art. 1.035:⁸ referendou o sistema de repercussão geral, nos casos de relevantes questões de ordem do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, o qual será obrigatório sempre que impugnada decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do

⁶ “Art. 947. 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.”

⁷ “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

⁸ “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.”

STF, contrariar teses de julgamento de casos repetitivos ou questionar decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. E, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, observar-se-á o Regimento Interno do STF para processamento da Repercussão Geral (BRASIL, 2015).

Não é de hoje que se buscam soluções para as ações repetitivas. Inclusive, vale ressaltar que a Carta de Aracaju,⁹ documento redigido no VII Encontro do Colégio de Vice-Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, realizado entre os dias 10 e 11 de novembro de 2011, em Aracaju-SE, já abordava o tema de instituir regramentos especiais para o julgamento de demandas repetitivas por um único juiz sorteado, ou Câmara sorteada. Veja-se:

O Colégio Permanente de Vice-Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil, em sessão plenária realizada entre os dias 10 e 11 de novembro de 2011, no Hotel Aquários, em Aracaju/SE, pelos participantes que abaixo subscrevem, resolve vir a público dar conhecimento de sua posição a respeito dos principais temas nela abordados, que representa a síntese de suas conclusões sobre os problemas nacionais que afetam a organização, a administração e o funcionamento do Poder Judiciário, para:
[...]

3) Sugerir aos Tribunais de Justiça que estudem a possibilidade de instituir regras regimentais para o julgamento de demandas repetitivas por único juiz sorteado, aguardando as demais distribuídas a decisão paradigma que as abrangerá. Igualmente, em relação ao 2º grau de jurisdição, no sentido de a Câmara primeiramente sorteada fique preventiva para o julgamento de todos os demais recursos da matéria repetida, a bem da economia, celeridade e segurança da prestação jurisdicional.

A par e passo, o Tribunal de Minas Gerais convocou o Pleno e constituiu a Comissão de Revisão Geral do Regimento Interno, por

⁹Disponível em: <http://www2.tjdft.jus.br/noticias/noticia.asp?codigo=16995>.

votação, a qual erigiu novel formato para atender a esse reclamo de julgamento célere, com efetividade e segurança jurídica, de forma que a mesma demanda seria isonomicamente decidida para todos que batassem à porta do Judiciário mineiro. Na oportunidade, coube-me a tarefa de redigir aquela primeira proposta em nome deste Tribunal e de sua Primeira Vice-Presidência, que foi aprovada. Também participei da Comissão do Novo Regimento, consubstanciado na Resolução do Tribunal Pleno nº 3, de 2012.

Compreendeu o Pleno do TJMG que a segurança jurídica adviria da aplicação desse entendimento a partir do cumprimento do art. 79 do RITJMG, cuja redação foi modificada, por diversas vezes, no curso dos trabalhos da Comissão. Apesar de desacertos, inclusive de técnica legislativa, sobressaiu a normatividade que determina que o primeiro relator que conhecer de uma determinada demanda que contenha certa lide ficará prevento para todos os demais recursos naquela ação ou em outra conexa.

Regra geral, esse comando tem gerado bons frutos para o TJMG, porquanto, a partir da identificação do direito aplicável àquele caso e do posicionamento da turma julgadora, a sociedade como um todo sabe qual será a definição de sua contenda judicial. De um lado, preserva-se a segurança jurídica e, de outro, propicia-se que as partes e seus advogados tenham maior interesse na composição pré-processual.

Ainda no âmbito do TJMG, desde o início das discussões sobre o CPC/2015, ações têm sido tomadas com a finalidade de preparação do Tribunal para o alcance dos objetivos delineados no novo diploma processual. Destaca-se, por exemplo, a implantação do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER), instituído por meio da Portaria nº 2.850/2013, cuja finalidade é agilizar a prestação jurisdic-

cional, por meio do gerenciamento especializado dos feitos de caráter repetitivo e submetidos ao rito de Repercussão Geral.

Tudo isso tem a ver não mais com o tacanho modo de dizer o direito, sob sistemática individual e em caso concreto, adentrando-se o mundo da gestão de patrimônio judicial de maior valia: a boa jurisdição, racionalizada pela nova legislação, que é boa.

4 Análise da racionalização procedimental no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG)

4.1 Racionalização procedimental: a valorização dos precedentes judiciais

Em 2016, foram criadas as Seções Cíveis do TJMG, cujas atribuições estão previstas no art. 35 do RITJMG, entre elas, o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do Incidente de Assunção de Competência (IAC).

Além dos precedentes qualificados, o art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 impõe aos tribunais o dever de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, em manifesta valorização da jurisprudência, estabelecendo, em seu § 1º, que tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

Por sua vez, o art. 932, IV e V, do mesmo Código possibilita ao relator negar provimento a recurso que for contrário a súmula dos Tribunais Superiores ou do próprio Tribunal, bem como dar provimento ao recurso, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, se a decisão recorrida for contrária a entendimento sumulado.

Nesse contexto, a edição de enunciado de súmula, além de contribuir para a uniformização da jurisprudência do tribunal, fortalecendo a segurança jurídica, fomenta a celeridade e a economia processuais, haja vista ser de cumprimento obrigatório pelos órgãos fracionários e desembargadores do Tribunal de Justiça.

Atento às supracitadas normas, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – RITJMG disciplina a edição de enunciados de súmula, nos seguintes termos:

Art. 530. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada em Súmula do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e de cumprimento obrigatório por seus órgãos fracionários e desembargadores (Redação dada pela Emenda Regimental nº 6, de 2016).

Parágrafo único. Será objeto de súmula: (Renumerado pela Emenda Regimental nº 12, de 2018).

I - o julgamento unânime ou de forma reiterada de uma mesma questão jurídica, pelo Órgão Especial nas causas de sua competência; (Redação dada pela Emenda Regimental nº 12, de 2018).

II - o julgamento unânime ou por maioria de votos das seções cíveis em incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Emenda Regimental nº 12, de 2018).

III - o julgamento, de forma reiterada e uniforme, de questão jurídica relativa às causas da competência das câmaras cíveis, câmaras criminais, Grupo de Câmaras Criminais e Conselho da Magistratura, observada a competência do Órgão Especial e das sessões cíveis. (Incluído pela Emenda Regimental nº 12, de 2018).

Art. 530-A. O Presidente, os Vice-Presidentes, o Corregedor-Geral de Justiça e o desembargador que integra os órgãos julgadores do Tribunal poderão propor a criação de enunciado de jurisprudência do Tribunal, quando verificar que entre os órgãos julgadores não ocorre divergência na interpretação do direito (Incluído pela Emenda Regimental nº 12, de 2018) (MINAS GERAIS, 2012).

Essas alterações realizadas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais promovem a organização dos recursos com potencial repetitividade e a conseqüente uniformização da interpretação, pelo TJMG, das normas jurídicas, traduzindo celeridade e segurança jurídica, além de viabilizar o uso da inteligência artificial, o que será tratado no tópico seguinte.

Isso, porque todas essas inovações ocorrem no momento em que o mundo vê sua 4ª grande revolução: a da Tecnologia da Informação com uso da inteligência artificial, que vem mudando o sentido das coisas, da vida e do que compreendemos hoje como mão de obra.

4.2 A Tecnologia da Informação como instrumento de racionalização procedimental

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, desde 2012, vem desenvolvendo ferramentas tecnológicas para otimizar a prestação jurisdicional e promover os princípios da celeridade e economia processuais, bem como da segurança jurídica. Destacam-se, dentre muitas: Ágil e Radar.

O sistema Ágil permite que o usuário detecte a movimentação anormal na distribuição de feitos nas comarcas e que apresente desproporção em um determinado período, exibindo a média normal de distribuição, o período do aumento, a natureza das ações distribuídas e o percentual de aumento em relação à média normal de distribuição.¹⁰ Ele possibilita, ainda, que o usuário filtre todas as informações relativas a processos, sendo possível escolher “apenas uma ou mais comarcas, um ou mais períodos, uma ou mais partes”.¹¹ Essa tecnologia de simples aplicação permite ao Tribunal que, a partir da análise

¹⁰ Manual do sistema ÁGIL. Disponível em: file:///C:/Users/t0033647/Downloads/Manual%20Agil.pdf.

¹¹ Manual do sistema ÁGIL. Disponível em: file:///C:/Users/t0033647/Downloads/Manual%20Agil.pdf.

das fontes de desavenças que levaram à massiva distribuição de feitos com idêntico pedido ou causa de pedir, possa orientar o magistrado a jungi-las e defini-las com um único julgar, conforme mandam os arts. 55, § 3º, ou 930, parágrafo único, do CPC, a depender do grau de jurisdição.

Contudo, como dito alhures, o mundo evolui rapidamente. Logo, essa grande ferramenta teve necessidade de ser complementada por outra que nos servisse de identificador das demandas repetitivas, de pedidos idênticos ou de causa de pedir iguais, inclusive indo além da identificação apenas dos chamados “dados estruturados”, ou seja, aqueles que ficam na capa do processo. Foi necessário avançar e criar uma ferramenta que adentrasse o íntimo da escrita do processo, que conhecesse dos dados chamados “não estruturados”, para ajudar, de uma vez por todas, a identificar demandas repetitivas e afins, prevenção de juízes, possibilitando a cumulação de feitos e os julgamentos conjuntos e repetidos. Imaginou-se o Radar.

A Plataforma Radar, utilizando a tecnologia *Elastic Search*, armazena dados processuais de forma não relacional e provê uma infraestrutura interna capaz de realizar pesquisas complexas com agilidade, representando um novo paradigma de armazenamento de dados especializado em buscas textuais, sendo projetado para tratar grandes quantidades de dados praticamente em tempo real.

Com as referidas plataformas, é possível identificar a repetitividade de demandas, a existência de prevenção para a distribuição e, futuramente, o precedente jurisprudencial aplicável ao caso.

Um caso concreto de utilização da ferramenta Radar como instrumento de racionalização procedimental foi o primeiro julgamento conjunto e simultâneo de algumas centenas de processos em menos de um segundo pela 8ª Câmara Cível do TJMG, na sessão ocorrida em 7 de novembro de 2018.

Os processos foram identificados pela ferramenta mencionada e versavam sobre a legitimidade do Ministério Público para pleitear, em demandas que contêm beneficiários individualizados, tratamento ou medicamento necessário ao tratamento de saúde desses pacientes (Tema 766 do STJ) e os efeitos jurídicos da contratação temporária para atendimento de necessidade de excepcional interesse público realizada em desconformidade com o art. 37, IX, da Constituição da República (Tema 916 do STF), nos quais foram aplicadas as teses fixadas pelos tribunais superiores em um voto padronizado, replicado pelo sistema Themis, que é utilizado no âmbito da Segunda Instância do TJMG.

As ferramentas estão à disposição dos desembargadores e, a partir da integração de todas as comarcas de Minas Gerais ao sistema PJe, advindo a digitalização dos processos cíveis e criminais, essas ferramentas serão utilizadas em toda a sua potencialidade, de forma que o trabalho repetitivo seja possível à máquina, através das tecnologias, e a consciência humana, reservada para os casos não repetitivos e àqueles cuja interpretação jurídica necessite revisão.

O caminho do futuro leva à irreversibilidade da utilização da Tecnologia da Informação, com utilização da inteligência artificial, para o fim de o Judiciário cumprir, com firmeza, os preceitos que o novo Código de Processo estabelece como a forma ideal de prestar a jurisdição. Em ambiente tão favorável à utilização desses sistemas de identificação, tratamento, conjugação e replicação de dados, não é demais assinalar que a cognição sempre será necessária para a humanidade bem viver em sociedade, mas a inteligência artificial muito ajudará em nossa missão de realizar a justiça. Não se quer dizer que o homem será substituído pela máquina; esta o ajudará a melhorar seu desempenho profissional, produzindo mais e com mais segurança, o que colaborará, também, com a saúde física e mental dos magistrados e servidores.

Teremos passado pela era das máquinas de datilografia – mecânicas, elétricas, eletrônicas – e dos computadores, chegando ao ápice

desse conhecimento que permite a interação em tempo real e a efetiva integração do mundo da comunicação de dados. Contudo, a presença humana sempre será necessária.

Vejamos: os sistemas computacionais utilizam-se de algoritmos, que são encontrados no ábaco babilônico de quase quatro mil anos atrás. E os empregos não foram extintos; as funções é que foram modificadas. O juiz de cem anos atrás, se pensasse no computador de hoje, pensaria que seria dispensável neste momento. Todavia, houve agregação de valores à sua atividade, que continua, mais do que nunca, indispensável nas sociedades democráticas.

Iniciada a revolução digital, será como sempre foi na mutabilidade da humanidade. A cada passo dado pela ciência, novas atividades, novas pesquisas, novas aplicações e novos formatos de empregos foram criados. Então, o operador de hoje e o do futuro serão diferentes, porque diferentes serão os mundos e as ideias para o mundo que virá.

Atualmente, o Poder Judiciário nacional possui dezenas de milhões de processos.¹² Na impossibilidade de sempre aumentar a estrutura com mais juízes e servidores, haveremos de nos adequar, como, de fato, o Judiciário mineiro vem fazendo, às novas tecnologias, obtendo a confiança na base de dados para fazer funcionar esse grande e complexo sistema de informação, de modo a aplicar efetivamente os novos dispositivos processuais postos na lei de procedimentos.

Tudo bem tratado e utilizado propiciará ao Judiciário cumprir com os preceitos constitucionais e legais de forma a distribuir a justiça, agora sob a formatação de uma gestão estratégica de bens e serviços, na qual a integração da inteligência humana com a capacidade da máquina de reproduzir e usar parâmetros para replicar padrões interpretativos, associada aos institutos processuais como o IRDR, o IAC, bem como às sistemáticas dos recursos repetitivos e repercussão

¹² Foram apurados 78,7 milhões de casos pendentes na justiça brasileira em 2018, conforme consta do Relatório do *Justiça em Números 2019*, elaborado pelo CNJ.

geral, responderão à sociedade com decisões soberanamente justas, eficientes e céleres, de forma isonômica.

O modelo de processo de hoje, sob a gestão da tecnologia da informação, está qualificado pela utilização da técnica de refinamento de dados e sua utilização virtual e eletrônica de forma a julgar e contribuir para o respeito ao meio ambiente, racionalizando o entorno judiciário e proporcionando melhoria para juízes, servidores e usuários.

5 Considerações finais

O Direito do futuro e o futuro do Direito passam pela reformulação da estrutura judiciária e de nossos conceitos atuais. Para adequar as atividades operadoras do direito à nova fase do Código de Processo Civil, que determina a segurança jurídica e a estabilidade das decisões dos tribunais para pacificar os temas controvertidos em questões de direito, mecanismos como o IRDR, o IAC, as sistemáticas da repercussão geral e dos recursos repetitivos, bem como as súmulas dos tribunais são apropriados.

Com efeito, houve mudança na lei, porque a sociedade entrou em estágio de transformação numa rapidez de proporções jamais vistas, exigindo do Judiciário o acompanhamento do novo formato de dizer o direito, inclusive com a ajuda de ferramentas tecnológicas que passaram a existir.

Com o objetivo de ajustar o seu funcionamento e possibilitar o aperfeiçoamento de suas atividades, o TJMG realizou alterações normativas e se integrou à revolução tecnológica para fazer funcionar correta e celeremente o grande sistema de julgamentos que o atual Código de Processo Civil oferece.

A racionalização procedimental decorrente da força dos precedentes judiciais associada à inteligência artificial é que tem o poder de transportar o Poder Judiciário do passado – fulcrado no processo

físico, individual e de julgamento específico – para a era atual, que reclama celeridade, eficácia e segurança jurídica, atendendo aos anseios do jurisdicionado, alcançando o modelo social de processo.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. 2015. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 21 maio 2016.

CASTRO, Ana Cristina de; CASTRO, Cláudia Osório de. *Gestão pública contemporânea*. Curitiba: InterSaberes, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018*. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l/PainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 2 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metodologia de gestão estratégica*. Disponível em: <http://cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/metodologia/609-gestao-planejamento-e-pesquisa/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/metas-do-judiciario>. Acesso em: 22 maio 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas nacionais do Poder Judiciário 2016*: glossários e esclarecimentos. Justiça estadual. Disponível em: <http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/afd5c18def-6dc2586d1f4c866b861297.pdf>. Acesso em: 22 maio 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 235, de 13 de julho de 2016*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2312>. Acesso em: 2 out. 2019.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ENCONTRO DO COLÉGIO DE VICE-PRESIDENTES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL, 7., 2011, Aracaju. *Carta de Aracaju*. Disponível em: <http://www2.tjdft.jus.br/noticias/noticia.asp?codigo=16995>. Acesso em: 2 out. 2019.

GRANGEIA, Marcos Aloar Diniz. *A crise de gestão do Poder Judiciário: o problema, as consequências e os possíveis caminhos para a solução*. [2011]. Disponível em: http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des_Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

JOBIM, Nelson. *Discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. 3 jun. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100094&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em: 2 out. 2019.

MINAS GERAIS. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Resolução do Tribunal Pleno nº 0003, de 26 de julho de 2012, texto atualizado com as alterações introduzidas pelas Emendas Regimentais nº 01, de 31/3/2014, nº 02 e nº 03, de 20/5/2015, nº 4, de 12/8/2015, nº 5 e nº 6, de 26/4/2016. Disponível em: <https://www>.

tjmg.jus.br/portal-tjmg/atos-normativos/regimento-interno.htm#.XZUTYIVKiM8. Acesso em: 2 out. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional*. Insuficiência da reforma das leis processuais [2005]. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em: 2 out. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Cartilha do sistema RADAR*. Disponível em: <https://rede.tjmg.jus.br/data/files/B5/92/90/DC/6881461011FB5F36B04E08A8/Radar%20-%20paper.pdf>. Acesso em: 3 out. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Manual do sistema ÁGIL*. Disponível em: <file:///C:/Users/t0033647/Downloads/Manual%20Agil.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual*. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm#.XZdCnlVKiM8>. Acesso em: 3 out. 2019.

VIEIRA, Luciano José Martins; PINHEIRO, Ivan Antônio. *Contribuições do Conselho Nacional de Justiça para a gestão do Poder Judiciário*. [2008]. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-B1084.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

25. A teoria da causa madura no Código de Processo Civil de 2015: análise no modelo constitucional de processo

Laís Alves Camargos

Assessora Judiciária do TJMG.
Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil.

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Assessor Judiciário do TJMG.
Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas.

1 Introdução

O objetivo desta pesquisa é realizar uma análise da teoria da causa madura no Código de Processo Civil de 2015, observados a ampliação do instituto na nova legislação e os reflexos daí decorrentes.

O estudo parte do exame do § 3º do art. 1.013 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (CPC/2015), o qual permite que, por um acórdão de tribunal, se julgue, pela primeira vez, o mérito da causa em grau recursal, a partir do modelo constitucional no Estado Democrático de Direito, bem como das teorias do processo civil.

A relevância do estudo decorre do fato de que eles refletem a forma pela qual a linguagem se estrutura em um determinado momento histórico, oferecendo as bases para a pesquisa. Há, portanto, a necessidade de verificar se o Código Processual Civil brasileiro de 2015, em especial o § 3º do art. 1.013, foi, de fato, baseado no Estado Democrático de Direito e em seu correspondente modelo constitucional processual.

Serão examinadas algumas das principais teorias do processo civil (teoria do processo como relação jurídica, teoria do processo como procedimento em contraditório, teoria neoinstitucionalista e teoria constitucionalista) a fim de determinar qual melhor se amolda ao Estado Democrático de Direito. Por fim, adentrar-se-á a análise do § 3º do art. 1.013 do CPC/2015, bem como a exposição de motivos do CPC de 2015.

Trata-se de questão com importância teórico-acadêmico-científica e prática, uma vez que a aplicação de uma norma que não esteja em consonância com o modelo adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pode trazer muitos danos ao jurisdicionado, especialmente se deixar de atentar aos preceitos constitucionais.

A técnica metodológica adotada foi a de pesquisa teórica, em livros, teses, dissertações e artigos, por meio do método hipotético-dedutivo.

2 O Estado Democrático de Direito e as bases do modelo constitucional de processo na Constituição da República de 1988

O Estado Democrático de Direito é o modelo estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que foi definido em seu preâmbulo¹ e no art. 1º, o qual estabelece que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

¹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (BRASIL, 1988).

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988).

O Estado Democrático de Direito decorre de uma evolução histórica, que passou pelo Estado Liberal e pelo Estado Social.

Importante mencionar, sobre aquele primeiro dos modelos constitucionais, que os deveres do Estado eram negativos e, por meio dele, se “[...] buscava entender o Direito como forma de assegurar o afloramento e a proteção das iniciativas e interesses individuais” (LEAL, 2002, p. 26).

[...] o Estado passou a atuar, portanto, somente nos estritos limites legais. A Lei, geral e abstrata, passou a estabelecer a dimensão do Estado, definindo o seu papel nos contextos político, social e econômico. Diferentemente de outrora, o Estado não mais possui o controle irrestrito sobre tudo e todos (SILVA, 2009, p. 57).

Quando o modelo Constitucional Liberal perdeu a aptidão de apresentar soluções das quais a realidade social e o avanço do capitalismo necessitavam, tornando-se insuficiente, surgiu o novo modelo: do Estado Social.

O paradigma jurídico-constitucional do Estado Social teve sua origem no período do Pós-Primeira Guerra, embora tenha se firmado somente após a Segunda Guerra Mundial. [...] O Estado [...] em sua esfera de atuação ampliada, tornando-se nitidamente intervencionista no objetivo de também garantir direitos sociais e econômicos aos cidadãos (THIBAU, 2008, p. 333).

A superação das contradições e deficiências dos modelos sucedidos resultou, atualmente, “na articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais” (BRÊTAS, 2012, p. 123).

Considera-se a democracia não apenas a forma de Estado e de governo, mas “um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder político, que tem origem no povo [...]” (BRÊTAS, 2012, p. 123-124).

Já o Estado de Direito, é “informado por gama variada de ideias-mestras que lhe dão contextura, espécies de subprincípios, albergados em normas expressas nas modernas Constituições, que determinam, direcionam e conformam as atividades do Estado, limitando-lhe o exercício do poder” (BRÊTAS, 2012, p. 125).

Dessarte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, configurando o Estado Democrático de Direito, o qual é representado por um conjunto de normas jurídicas constitucionais, garantidoras de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o direito à jurisdição pela garantia do devido processo constitucional, estruturado em princípios como o do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões emanadas por órgãos jurisdicionais e da prestação adequada de serviços públicos pelo Estado (FREITAS, 2010).

No Estado Democrático de Direito é possível afirmar que

[...] os direitos de participação e de fiscalização incessantes, intersubjetivas e isentas de coerções erigem-se fundamentais para a obtenção da legitimidade do Direito no paradigma jurídico-constitucional ora analisado. Assim, enquanto vigente o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a tomada de decisões relevantes passa pela observância irrestrita desses direitos, que, por conseguinte lógico, também devem reger os discursos de aplicação do Direito (THIBAU, 2008, p. 350).

Nesse sentido, com base nos direitos de participação e de fiscalização incessantes inerentes ao Estado Democrático de Direito, não é possível que um magistrado profira julgamento, sem se vincu-

lar ao complexo de regras e aos princípios constitucionais, os quais são a base do Estado de Direito. Ao se ater às regras e aos princípios constitucionais, garante-se, também, uma forma de controle da atuação dos juízes, evitando-se, assim, abusos e garantindo-se a tutela dos direitos fundamentais constitucionais.

Fato é que a opção da Constituição por um determinado modelo indica quais os fundamentos que deverão nortear a interpretação jurídica a ser realizada, a qual terá duração até o momento em que a teoria for substituída por outra, caso seja cientificamente superior (THIBAU, 2008).

Isso quer dizer que é o Estado Democrático de Direito que, enquanto vigente, definirá os critérios que regerão a interpretação do Direito, sendo de fundamental importância a observância atenta dos direitos de participação e de fiscalização para análise e aplicação do direito.

Dessa forma, o Direito é compreendido como o resultado de um processo dialético, por ser decorrente de tensões sociais em uma sociedade múltipla e complexa, e enseja a necessidade de que os fenômenos jurídicos sejam estudados dentro de um determinado contexto, o qual permeia as relações jurídicas existentes em cada momento histórico.

Dessarte, a presente pesquisa, com foco voltado para o § 3º do artigo 1.013 do CPC/2015, será realizada sob três prismas: o modelo instrumentalista, o neoinstitucionalista e o constitucionalista.

3 As teorias processuais

A importância de se analisar o objeto deste estudo, o § 3º do artigo 1.013 do CPC/2015, em alguns dos principais modelos processuais, decorre do fato de que reflete a forma pela qual a linguagem se estrutura em um determinado momento histórico, assim, há necessidade de se verificar se o Código Processual Civil brasileiro de 2015 foi, de fato, baseado, antes de mais nada, no Estado Democrático

de Direito e em seu correspondente, o modelo constitucional do processo. Daí, torna-se necessária a análise de cada uma das principais teorias processuais.

3.1 Escola instrumentalista - a teoria do processo como relação jurídica

Trata-se da teoria desenvolvida por Bülow, em 1868, e esmerada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, cujas principais características são os pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação jurídica entre autor, réu e o juiz, em estrita dependência entre si:

Nunca se duvidou que a Lei Processual Civil determina os poderes e deveres que colocam em conexão mútua as partes e o tribunal. Mas, assim, afirma-se, também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocas, isto é, uma relação jurídica (BÜLOW, 1964, p. 1, tradução nossa)².

Fato é que tratar de processo como relação jurídica significa dizer que uma parte pode exigir determinado comportamento da outra. Em outras palavras, que o juiz pode exigir comportamentos da parte.

Bülow passou, em 1868, a inserir o processo na órbita do Direito Público, ao considerar que o processo seria uma relação jurídica pública em constante movimento, desenvolvida perante funcionários públicos, envolvendo, portanto, Estado e cidadãos:

Costuma-se falar apenas de relações de direito privado. Para estes, no entanto, o processo não pode ser referenciado. Uma

² Texto original: “*Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica*” (BÜLOW, 1964, p. 1).

vez que os direitos e obrigações processuais ocorrem entre os funcionários do Estado e os cidadãos, uma vez que é no processo da função de funcionários públicos e uma vez que, também, as partes são levadas em conta apenas no aspecto da sua conexão e cooperação na atividade judicial, essa relação pertence, com todas as provas, ao direito público e o processo é, portanto, uma relação jurídica pública (BÜLOW, 1964, p. 1-2, tradução nossa).³

André Cordeiro Leal destaca que, ao apontar a necessidade da automização do Direito Processual, a teoria da relação jurídica de Bülow contribuiu para o avanço do estudo do processo (LEAL, 2002, p. 81):

É que Bülow, assumindo esse posicionamento teórico, deixou, por um lado, de entender o processo como consequência direta da relação litigiosa de Direito Privado debatida pelas partes perante os tribunais, como entendiam seus antecessores. Ao mesmo tempo, por outro lado, demonstrou que o processo possuía regras especiais e princípios próprios que nenhuma vinculação guardavam com o Direito Material.

Não obstante as inúmeras mudanças pelas quais passou essa teoria, até hoje vários autores da doutrina brasileira ainda adotam, sem as necessárias ressalvas, o conceito de processo traçado por Bülow.

E o entrelaçamento da teoria do processo como relação jurídica com o insuficiente paradigma do Estado Social leva vários desses autores a examinar o processo como relação jurídica desenvolvida entre partes, que se encontra à disposição do Estado, ao atendimento de interesses públicos de origem extralegal (escopos metajurídicos) (LEAL, 2002, p. 82).

³ Texto original: “*Se acostumbra a hablar, tan solo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación en la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública*” (BÜLOW, 1964, p. 1-2).

Assim, é possível verificar que, apesar da importância da teoria da relação jurídica de Bülow para o avanço do estudo do processo, ela não se amolda ao Estado Democrático de Direito, já que se encontra intrinsecamente ligada ao Estado Social, não havendo como, portanto, ser aplicada, enquanto vigente o atual paradigma constitucional, o qual, como visto, prioriza os direitos de participação e de fiscalização.

3.2 Processo como procedimento em contraditório

Elio Fazzalari, processualista italiano, foi quem consagrou a teoria do processo como procedimento⁴ em contraditório, teoria esta difundida por Aroldo Plínio Gonçalves, segundo a qual “[...] o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade [...]” (FAZZALARI, 2006, p. 118-121).

Deve ser ressaltada a importância dessa teoria na evolução do Direito Processual por conceber que o processo, como espécie do gênero procedimento, apenas existe se permeado pelo contraditório, embora tal fato isolado não baste para assegurar sua presença em todos os procedimentos preparatórios dos atos estatais (LEAL, 2002, p. 84-85).

Cabe destacar que,

o contraditório fazzalariano [...] não passaria de meros atos argumentativos juridicamente aleatórios ou estratégicos entre as partes para provocar provimentos cujos fundamentos não estariam priorizados e pré-estabilizados no bojo do sistema jurídico dentro do qual os sujeitos e partes processuais se encontravam (LEAL, 2013, p. 39-40).

⁴ “[...] sequência de atos preparatórios de um provimento estatal” (LEAL, 2002, p. 83).

Assim, tendo em vista que, no Estado Democrático de Direito, há a necessidade de observância irrestrita dos direitos de participação e de fiscalização, resta clara a incompatibilidade dessa teoria com o paradigma constitucional vigente.

3.3 A teoria neoinstitucionalista

Trata-se de uma teoria do processo, ainda em construção, criada por Rosemiro Pereira Leal, quem também fundou e preside o Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ), cujo fim é a promoção da oferta pública de atividades de pesquisa jurídica direcionada ao aprofundamento gradual da compreensão crítico-teórica da democracia na contemporaneidade (LEAL, 2013, p. 13).

Para essa teoria,

o processo é uma instituição (linguístico-autocrítico-jurídica) coinstitucionalizante e coinstitucionalizada (constitucional) que se enuncia proposicionalmente pelos institutos (princípios normados) do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade (igualdade). Essa biunivocidade se apresenta como direitos fundamentais fundantes do sistema, líquidos, certos e exigíveis, consoante posto, em caráter pré-cógnito, no bojo do sistema jurídico (LEAL, 2013, p. 40).

Assim, o processo não impõe a “[...] imanência do procedimento ao processo para ser assegurado o contraditório nas estruturas da procedimentalidade” (LEAL, 2013, p. 5).

Ou seja, o processo não pode ser simplesmente procedimento em contraditório, pois este deve reger o procedimento (LEAL, 2002, p. 89).

Essa teoria somente é conjecturável na perspectiva do direito democrático que se operacionaliza pelo processo como devir construtivo da norma e das decisões emitidas sobre seus fundamentos (LEAL,

2013, p. 102). De acordo com a teoria neoinstitucionalista, a Constituição não pode ser o referencial do direito, porque isso seria uma imposição autoritária. Assim, não há de se falar sequer em controle de constitucionalidade, e sim em controle processual de democraticidade sistêmica, desde a instituição da lei até sua aplicação, sendo aberto a qualquer um do povo (LEAL, 2013, p. 103).

A Teoria Neoinstitucionalista do Processo, na forma como foi concebida e é testificada, não é passível de aplicação prática e institucional na contemporaneidade, pois o referencial do direito está na plenitude de democracia, ou seja, a teoria se baseia em paradigma ainda inexistente, um paradigma que não reflete a forma pela qual a linguagem se estrutura nesse momento histórico, em que a maioria dos direitos e garantias constitucionais ainda não foi efetivada.

3.4 A teoria constitucionalista do processo

Trata-se de uma teoria desenvolvida, no Brasil, por José Alfredo de Baracho (1984), no México, por Hector Fix-Zamudio (1982),⁵ e na Itália, por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1990). Tendo em vista que começou a ser estudada a partir dos anos 80, a princípio, não foi totalmente aceita e compreendida, pois, além de contrariar a teoria dominante, qual seja a teoria da relação jurídica (escola instrumentalista), naquela época, ainda não havia sido implantado o atual modelo de Estado no Brasil (TEIXEIRA, 2008, p. 89).

⁵“El tema de las garantías constitucionales para la eficacia del proceso forma parte de una disciplina de confluencia situada de manera equidistante entre el estudio del derecho constitucional y del procesal, disciplina que podemos calificar como ‘derecho constitucional procesal’, y que consiste en el análisis de los principios, conceptos e instituciones de carácter procesal que están consagrados en las normas de las cartas fundamentales. Dentro de esta rama jurídica de frontera podemos descubrir dos grandes sectores: el primero se refiere a las normas constitucionales que regulan la organización y funcionamiento de los tribunales, a las que podemos denominar ‘garantías judiciales’; y en segundo término, los instrumentos relativos a la eficacia del proceso, que abarcan los derechos de las partes y el debido proceso” (FIX-ZAMUDIO, 1988, p. 538).

A teoria do processo constitucional, viabilizada no Brasil, entende o processo como uma instituição constitucionalizada, o que significa que ele deve ser estudado e efetivado a partir dos princípios constitucionais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a oportunização de defesa técnica, em espaço discursivo amplo, com plenitude de diálogo legítimo democrático entre os jurisdicionados.

Dessa forma, ao se ater às regras e aos princípios constitucionais, garante-se o controle da atuação dos juízes, o que faz com que abusos sejam evitados e direitos fundamentais constitucionais sejam garantidos.

Nas palavras de José Alfredo de Baracho:

O Processo Constitucional efetiva-se através [...] da consagração dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas. Em todas essas circunstâncias deve-se assegurar a efetiva igualdade das partes, em todas as fases de atuação no processo. Os princípios do devido processo legal, da defesa em juízo e do acesso à justiça foram elevados à categoria de disposições internacionais (BARACHO, 2004, p. 72).

Dessarte, o processo obriga que o magistrado organize o debate público e oportunize o contraditório para motivar a sentença.

De forma mais específica, Sérgio Henrique Zandoná Freitas explicita que:

[...] o processo constitucional demanda pressupostos essenciais, dentre eles: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração, e as formas de controle constitucional; que não podem ser confundidos com diminuição ou eliminação das garantias processuais constitucionais (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação das decisões, direito à prova,

instrumentalidade das formas, presença de advogado, dentre outros), sob pena de ferir o princípio do Estado Democrático de Direito (FREITAS, 2014, p. 52-53).

Assim, a teoria do processo constitucional se concretiza com a tutela da supremacia constitucional desaguando na proteção dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico (BRÊTAS, 2012a, p. 32).

Portanto, dentre as teorias efetivamente passíveis de aplicação no contexto atual do quadro normativo brasileiro, a teoria constitucionalista é a única que se amolda ao paradigma constitucional contemporâneo, qual seja o Estado Democrático de Direito, no sentido de que, do ponto de vista acadêmico-prático, deve buscar soluções para as distorções no sistema normativo processual brasileiro.

4 Análise crítica do art. 1.013 do Código de Processo Civil de 2015, diante do Estado Democrático de Direito e da Teoria Constitucionalista do Processo

Inicialmente, importante estabelecer o conceito de recurso. Trata-se, o recurso, de um “[...] direito fundamental democrático, [...] resultado de conquistas históricas por lutas sangrentas contra os déspotas e tiranos e é, no âmbito da teoria democrática, condição neces-

sária ao exercício da própria racionalidade crítica que torna o mundo compreensível” (LEAL, 2012, p. 342).

Este trabalho partirá do pressuposto de que “recurso é a forma legal de imputabilidade dos provimentos (decisões) jurisdicionais e administrativos elencados pela lei como suscetíveis de reversibilidade em outra instância diversa daquela em que foram exarados” (LEAL, 2005, p. 126-127).

Em outras palavras, o recurso é um direito fundamental, que reafirma o compromisso da democracia e do direito processual com a diminuição dos níveis de violência, não podendo, assim, ser suprimido por reformas legislativas, súmulas vinculantes ou ensino dos doutrinadores (LEAL, 2012).

É, portanto, o recurso, no âmbito do Judiciário, a forma voluntária de que as partes dispõem para impugnar uma decisão, visando obter a sua reforma ou invalidação, dentro do mesmo litígio e sem a necessidade de formar nova relação processual.

A respeito especificamente do recurso de apelação, o art. 1.009 do CPC/2015⁶ o conceituou como sendo o recurso cabível para impugnação de sentenças, ou seja, contra o ato pelo qual o magistrado de primeira instância põe fim ao processo no primeiro grau, com ou sem decisão de mérito.

Assim, o objetivo do recurso de apelação é a reforma da decisão que extingue a relação processual, com ou sem exame de mérito, sendo possível discutir, nesse recurso, todas as questões suscitadas em primeira instância, sejam de fato ou de direito, salvo aquelas atingidas pela preclusão.

Adentrando o estudo do § 3º do art. 1.013 do CPC/2015, percebe-se necessário, primeiramente, demonstrar como essa norma é diferente, mais ampla e abrangente do que o § 3º do art. 515 do CPC/1973.

⁶ “Art. 1.009. Da sentença cabe apelação” (BRASIL, 2015).

Enquanto o CPC de 1973, em seu art. 1.009,⁷ impunha alguns limites⁸ para a aplicação da chamada causa madura, buscando principalmente a celeridade e a efetividade, também nessa busca, o § 3º do art. 1.013 do CPC/2015, ao invés de manter os limites, amplia as situações nas quais os Tribunais devem decidir o mérito pela primeira vez:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

[...]

§ 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 (BRASIL, 2015).

Dessarte, surge a necessidade de verificar se os artigos do CPC/2015 guardam relação fidedigna com o modelo adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, qual seja o Estado Democrático de Direito, ao qual, conforme visto, se amolda a teoria constitucionalista do processo.

Leciona Rosemiro Pereira Leal sobre referida necessidade:

[...] em se tratando de lei nova (novo CPC) a ser editada no âmbito de um Estado Democrático de Direito constitucionalizado, como o brasileiro, a principal cogitação que se nos

⁷ “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.” (BRASIL, 1973).

⁸ Esse tipo de julgamento poderia ocorrer apenas nos casos em que houvesse sentença extinguindo o processo sem julgamento do mérito, a questão fosse exclusivamente de direito, ou seja, não houvesse necessidade de produção de provas, e estivesse em condições de imediato julgamento, o que significa que o contraditório já deve ter sido observado, bem como que deveria haver pedido expresso de julgamento do mérito por parte do apelante (BOABAID, 2009).

pesa logo à primeira vista é saber qual a linha interpretativa de seu próprio discurso jurídico definida em sua exposição de motivos e se os artigos que compõem a sua escritura guardam fidelidade ao paradigma jurídico-linguístico-processual constitucionalmente adotado. É nesse vértice que é possível, na atualidade, saber se um estatuto jurídico é democrático ou não (LEAL, 2013, p. 21).

Assim, é importante a análise da exposição de motivos do CPC/2015, porque isso “permite contextualizar o momento e as razões que justificaram a elaboração do anteprojeto do novo Código e constitui um importante instrumento teórico de análise da real compatibilidade material, ou substancial, do novo estatuto processual com a Constituição” (MARTINS; MOREIRA, 2015, p. 473).

É possível verificar que a exposição de motivos do CPC/2015 (BRASIL, 2010) delimitou a necessidade de que o sistema processual civil esteja de acordo com as garantias fundamentais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob o modelo do Estado Democrático de Direito, como o contraditório:

um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2010, p. 24).

Não obstante, a própria exposição de motivos do CPC/2015 definiu também como parâmetro para a redação do Código de Processo Civil brasileiro o potencial de gerar um processo mais célere e muito menos complexo.⁹

Cumpram ainda salientar que, na exposição de motivos, restaram consignados os objetivos do Código de Processo Civil de 2015 de

⁹ “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo” (BRASIL, 2010, p. 25).

forma expressa, sendo que, dentre eles, se encontra tanto a sintonia com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quanto a simplificação dos recursos - lembrando que estes são garantias fundamentais dos litigantes conforme expresso no inciso LV do art. 5º da CR/1988:¹⁰

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 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 (BRASIL, 2010, p. 26).

Em resumo, a exposição de motivos do CPC/2015 definiu que essa simplificação do sistema permite que o magistrado concentre atenção, de forma mais intensa, no mérito da causa,¹¹ bem como que isso não significou restrição ao direito de defesa.¹²

Entretanto, verifica-se que, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ter consagrado o recurso como direito fundamental, e de a exposição de motivos afirmar que o Código de Pro-

¹⁰ “Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]” (BRASIL, 1988).

¹¹ “A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz concentrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa” (BRASIL, 2010, p. 26).

¹² “Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso, deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado” (BRASIL, 2010, p. 33).

cesso Civil de 2015 foi criado em consonância com a CR/1988, em especial com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito - nas quais se incluem o contraditório, o direito ao recurso e à decisão fundamentada -, o § 3º do art. 1.013 do CPC/2015 permite que haja julgamento de mérito pela primeira vez na 2ª instância (instância revisora).

Importante frisar que a observância do princípio do contraditório implica que as partes participem efetivamente do processo e que, “por ele, se interdita ao juiz a possibilidade de tomar medidas sem comunicar às partes e de decidir fora dos limites dos fatos expostos sobre os quais tenha sido produzida a instrução probatória” (SÁ, 1999, p. 64).

Cumpra também salientar que, sob o enfoque da democracia constitucional, o recurso não pode ser suprimido por reformas legislativas, súmulas vinculantes, tampouco por ensinamentos dos doutrinadores (LEAL, 2012).

Ademais, uma das regras básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo é a inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos (BARACHO, 2004, p. 71-72).

O fato é que um acórdão que julga, pela primeira vez, o mérito da causa em grau recursal não apenas impede, claramente, o acesso do jurisdicionado ao recurso - direito constitucionalmente garantido que não pode, sob nenhuma hipótese, ser suprimido -, como também dificulta que o magistrado concentre atenção no mérito da causa (já que nem sequer o examinará), enquanto, ao mesmo tempo, permite que o direito de defesa da parte seja restringido.

O que ocorre, na prática, é que, caso a sentença seja omissa (inciso III) no exame de um dos pedidos da parte litigante, ou não seja congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir (inciso II), o jurisdicionado apresentará recurso de apelação à 2ª instância, que examinará, pela primeira vez, o pedido não examinado na instância de origem. Há, ainda, a hipótese do inciso IV, na qual a sentença terá analisado todos os pedidos, mas sem fundamentar ou explicitar suas razões de decidir (BRASIL, 2015).

Assim, o problema começa quando o jurisdicionado precisa recorrer, requerendo a análise de um pedido sem saber o motivo de seu indeferimento, já que simplesmente não saberá se contribuiu para a escolha da norma aplicável.

O problema continua quando o desembargador relator do recurso de apelação, ao invés de apenas rever e reexaminar a sentença, tem de proferir a primeira decisão de um caso, sem saber os fundamentos que levaram o magistrado da origem a decidir daquela maneira ou sem ter tido nenhuma análise acerca de determinado pedido.

Dessarte,

[...] como se trata de um processo argumentativo, a construção da decisão jurisdicional, que importa na determinação da norma adequada a um dado caso, assegurada num nível institucional, depende do entrelaçamento de argumentos e de perspectivas de interpretação sobre o caso concreto, que não pode, por um lado, deixar de considerar os pontos de vista dos diretamente implicados nem, por outro, se deixar reduzir à sua mera consideração. O que se coloca em questão, nesse momento, é a própria garantia de integridade do Direito, a fim de garantir tanto a coerência normativa da decisão ao sistema jurídico quanto sua adequabilidade ao caso concreto (OLIVEIRA, 2013, p. 204).

Dessa forma, sem entrar na análise de que esse tipo de sentença se trata de ato arbitrário que restringe direitos fundamentais sem justificativa plausível, fica claro que, quando o princípio constitucional do contraditório determina que as partes possam efetivamente contribuir com argumentos para a escolha da norma aplicável ao caso, o provimento jurisdicional, perante a ordem constitucional vigente, não pode mais ser abordado como ato solitário do julgador e, assim, o § 3º do art. 1.013 do CPC/2015 não respeita o mencionado princípio ao priorizar a celeridade processual.

Importante frisar que o § 3º do art. 1.013 do CPC/2015 (BRASIL, 2015) enquadra-se naquela situação, a qual, na incessante busca da efe-

tividade do processo, o legislador pátrio tem feito algumas alterações, na legislação processual, que deixam de lado princípios processuais e constitucionais consagrados, visando garantir aos jurisdicionados a entrega da tutela jurisdicional no menor tempo possível (BOABAID, 2009).

Todavia,

[...] o processo deve ser visto exatamente como uma conjunção de princípios; como verdadeiro pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos. Isso importa na efetiva participação das partes na construção do provimento final, o que só é alcançado com a observância das garantias e princípios constitucionais vigentes (CASTILHO, 2010, p. 600).

Assim, tendo em vista que a construção imparcial, coerente e participada da decisão jurisdicional, a qual garante a possibilidade de fiscalização, é o escopo que se pretende alcançar, essa situação imposta pelo § 3º do art. 1.013 do CPC/2015, ao ofender o princípio do contraditório e a garantia fundamental do jurisdicionado ao recurso, mostra o total descompasso da norma com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - a qual definiu expressamente que o modelo é o do Estado Democrático de Direito -, bem como com a teoria constitucionalista do processo, e, de acordo com esses preceitos, é inadmissível a supressão ou privação de recursos justamente por observância irrestrita dos direitos de participação e de fiscalização.

5 Conclusão

A teoria da causa madura encontra-se inserida no art. 1.013, § 3º, do CPC/2015 - dispositivo correspondente ao antigo art. 515, § 3º, do CPC/1973, representando instituto que foi sensivelmente ampliado pela nova legislação, com destaque para os impactos daí decorrentes.

O § 3º do art. 1.013 do CPC/2015, ao permitir que o direito de defesa da parte seja restringido, conseqüentemente, possibilita que o litígio tenha fim de forma célere, mas com forte risco de que a decisão seja considerada arbitrária e imparcial, a qual encontra lastro na legalidade, mas que afronta o Estado Democrático de Direito, pois induzirá a falta de plena e devida fundamentação, pela mitigação da ampla defesa e do contraditório, já que, por não ter participado na escolha da norma aplicável ao caso, tampouco na formação da decisão, o jurisdicionado não terá tido a real oportunidade de influenciá-la por seus argumentos e contra-argumentos, tampouco de fiscalizá-la.

Assim, tendo em vista que a opção por um modelo indica os fundamentos que direcionarão a interpretação jurídica a ser realizada em dado momento histórico, surgiu a necessidade de se estudar o § 3º do art. 1.013 do CPC/2015, a fim de se verificar se essa norma foi, de fato, baseada no Estado Democrático de Direito e em seu correspondente modelo processual, qual seja a teoria constitucionalista do processo.

O CPC de 2015 foi criado dizendo-se estar de acordo com as garantias fundamentais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas, ao mesmo tempo, visando a um processo mais célere e muito menos complexo.

Nessa busca de celeridade, de redução do tempo de tramitação processual, houve a reforma do sistema processual brasileiro, no qual foi incluído o dispositivo objeto deste estudo, o § 3º do art. 1.013 do CPC/2015, que permite que um acórdão julgue, pela primeira vez, o mérito da causa em grau recursal, impedindo, dessa forma, o acesso do jurisdicionado ao recurso.

Portanto, por não garantir a observância irrestrita dos direitos de participação e de fiscalização, é possível concluir que o § 3º do art. 1.013 foi incluído no CPC de 2015 em total afronta ao Estado Democrático de Direito e ao seu correspondente modelo processual, qual seja a teoria constitucionalista do processo.

Referências

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. (Curso di lezioni). Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 90, p. 69-170, 2004. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3>. Acesso em: 20 maio 2019.

BOABAID, Daniel. *Recurso de apelação cível após a inclusão do § 3º ao art. 515 do CPC pela Lei 10.352/2001*. Florianópolis: Insular, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Senado, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 30 abr. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. *Exposição de motivos*. Brasília, DF, Senado, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 7 maio 2019.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do processo constitucional. In: CASTRO, João Antonio Lima; FREITAS, Sergio Henriques Zandona (Coords.). *Direito processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CASTILHO, Natália de Rezende. Art. 515, § 3º, do CPC: aplicação, aceitação doutrinária e jurisprudencial e principais consequências. In: CASTRO, João Antonio Lima (Coord.). *Direito processual: estudo jurídicos aplicados*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual* [Istituzioni di diritto processuale]. Tradução de Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones procesales*. Madrid: Civitas, 1982.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Latinoamerica: constitucion, proceso y derechos humanos*. Ciudad Universitaria México: Uduval, 1988.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Carla R. C. C. Z. Poder normativo dos tribunais e o processo constitucional. *In*: CASTRO, João Antonio Lima; FREITAS, Sergio Henriques Zandona (Coords.). *Direito processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil*. 2014. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

HACKING, Ian. Ensaio introdutório. *In*: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. [e-book]

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. [e-book]

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. As inconsistências do direito ao recurso como meio de acesso ao duplo grau de jurisdição. *In*: CASTRO, João Antonio Lima; FREITAS, Sergio Henriques Zandona (Coords.). *Direito processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013 (Coleção Professor Alvaro Ricardo de Souza Cruz, 7).

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. *Comentários críticos à exposição de motivos do novo Código de Processo Civil (CPC): notas sobre o novo CPC e sua ideologia a partir da análise de sua exposição de motivos*. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/z6072K44AgwUc835.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.

MENDONÇA, André Luis de Oliveira. O legado de Thomas Kuhn após cinquenta anos. *Scientiae Studia*, São Paulo, v.10, n. 3, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662012000300006. Acesso em: 30 abr. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Processo constitucional*. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

SÁ, Djanira Mari Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, João Paulo Fernandes da. Proposta para uma releitura do fenômeno da regulação estatal sob o prisma do paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/880/664>. Acesso em: 6 maio 2019.

TEIXEIRA, Welington Luzia. *Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/787/631>. Acesso em: 10 maio 2019.

26. Em busca de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente: análise do art. 926 do Código de Processo Civil

Renzzo Giacomo Ronchi

Juiz de Direito da Comarca de Teófilo Otoni/MG.
Mestrando em Direito Processual Constitucional. Pós-graduado em Filosofia e Teoria do Direito.

1 Introdução

O novo Código de Processo Civil (nCPC) está completando cinco anos de sua promulgação, mas, apesar disso, certo é que muitos de seus temas propostos ainda estão sendo compreendidos pela comunidade jurídica e absorvidos pela cultura do país.

Um desses tópicos é o estudo dos precedentes judiciais, cuja aplicação sempre fez parte da rotina forense dos tribunais, mas, apenas há alguns anos, tornou-se uma disciplina com autonomia suficiente para ser sistematizada, orientando os operadores da Justiça acerca da metodologia adequada.

É que, no Brasil, sempre houve uma flagrante falta de uniformidade nas decisões judiciais, gerando considerável insegurança aos operadores da Justiça e uma dificuldade de se identificar, com clareza, qual é o entendimento de um tribunal sobre um tema específico, frente à ampla gama de decisões em diferentes sentidos tratando sobre a mesma matéria.

Nesse sentido, as mudanças frequentes nas decisões sobre determinados temas criam um enorme transtorno no sistema jurídico brasileiro, o que contribui para a multiplicação demasiada de recursos e, também, para o aumento da quantidade de processos nos tribunais,

uma vez que, não havendo orientação consolidada sobre determinadas matérias, as partes, conseqüentemente, são estimuladas a tentar obter o provimento jurisdicional que desejam por não acreditarem na racionalidade do sistema.

Assim é que, objetivando resolver esse problema, o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, elaborado por uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, destacou que seriam necessárias reformas mais profundas no processo judiciário, fundamentais para uma Justiça mais rápida e mais efetiva.

Desse modo, um dos objetivos do novo Código de Processo Civil foi expressamente estabilizar e uniformizar a jurisprudência, tendo pontuado a Comissão de Juristas que a segurança jurídica fica comprometida com a “brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito” (FUX, 2010).

Para o Ministro Luiz Fux, o propósito foi fortalecer significativamente os precedentes judiciais:

A força da jurisprudência adquiriu notável relevo em todos os graus de jurisdição, viabilizando a criação de filtros em relação às demandas *ab origine*, autorizando o juiz a julgar a causa de plano consoante a jurisprudência sumulada e oriunda das teses resultantes dos recursos repetitivos, sem prejuízo de tornar obrigatório para os tribunais das unidades estaduais e federais a adoção das teses firmadas nos recursos representativos das controvérsias, previstos no artigo 543-C do CPC, evitando a desnecessária duplicação de julgamentos, além de fortalecer uma das funções dos Tribunais Superiores, que é a de uniformizar a jurisprudência do país (FUX, 2010).

Portanto, quando o anteprojeto esteve submetido ao crivo do Poder Legislativo, houve grande debate sobre o papel dos precedentes no cenário jurídico nacional. Após muita discussão e modificações do

anteprojeto pela Câmara dos Deputados (Casa Revisora), que criava um capítulo específico intitulado “Do Precedente Judicial”, o Senado Federal (a Casa que iniciou o projeto) não aceitou parte das alterações feitas, suprimindo o capítulo proposto, a despeito de tê-lo reaproveitado parcialmente.

Esse reaproveitamento que constou, em definitivo, quando o Código de Processo Civil entrou em vigor ficou denominado “Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”, precisamente no Livro III da Parte Especial, Título I, Capítulo I, em seus arts. 926 a 928.

Nessa linha, o art. 926 do nCPC ficou redigido assim: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O presente trabalho propõe-se a examinar os deveres de estabilidade, coerência e integridade em consonância com o importante papel que a jurisprudência desempenha como fonte de segurança jurídica na aplicação do direito. Outrossim, aprofundando a análise do conceito de integridade, também será feita uma abordagem da teoria de Ronald Dworkin, especialmente suas ideias sobre o romance em cadeia que desenvolveu em seu livro *O império do direito* (1999).

2 O sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil

Não se discute que o Brasil é um país que adota o sistema jurídico *civil law* e que a aplicação do direito pelos juízes e tribunais é fundada na existência de regra escrita e positivada pelos órgãos legislativos competentes.

Sobre a distinção entre os dois sistemas jurídicos que predominam no mundo ocidental, Alf Ross propõe uma profunda abordagem:

Primeiramente, contemplamos o papel tradicionalmente protagonizado na evolução do direito pelo jurista acadêmico e a legislação sistemática. Cumpre buscar a diferença fundamental entre os dois sistemas nesse ponto. Na tradição da Europa continental, o direito é, em ampla medida, um produto acadêmico, ostentando por isso, num grau correspondente, o timbre do pensamento acadêmico e sua tendência à análise sistemática e à racionalidade. Com firme fundamento na tradição do direito e por meio do pensamento racional, busca-se chegar a princípios gerais que sirvam de diretrizes e sistematizar as normas jurídicas em conformidade com esses princípios. Ausentes a tradição acadêmica e os estudiosos do direito, os quais têm desempenhado o seu papel desde o tempo dos glosadores até a atualidade, as codificações da Europa ocidental seriam inconcebíveis. Na Inglaterra, por outro lado, foi o jurista prático — o juiz — quem exerceu a influência preponderante no desenvolvimento do direito, o qual, assim, evoluiu nas linhas de um método experimental. Por meio de um processo gradual de tentativa e erro de um caso para outro, buscou-se formular uma doutrina para expressar o direito que rege uma certa esfera da vida. Só nos tempos modernos surgiu uma tendência para sistematizar e generalizar o material jurídico desenvolvido daquela forma. Sob a pressão do número esmagador de precedentes que ameaçam detonar as bibliotecas, os norte-americanos têm produzido uma série de *restatements*, ou seja, codificações no padrão europeu, porém desprovidas de autoridade oficial. Esses *restatements* são o produto de extensos trabalhos coletivos realizados por estudiosos do direito. Na Inglaterra, igualmente, os trabalhos doutrinários de sistematização desempenham um papel crescente. A próxima etapa no desenvolvimento será, talvez, uma codificação detentora de autoridade, via legislação. Então desaparecerá a diferença real entre o direito da Europa continental e o anglo-americano, embora a doutrina de *stare decisis* permaneça inalterada (ROSS, 2007, p. 116-117).

A despeito de ser inegável que o Brasil é regido pelo sistema jurídico *civil law*, é sabido que o Poder Judiciário nacional vem enfrentando, nas últimas décadas, inúmeros problemas operacionais re-

ferentes à aplicação do direito, detendo um acervo geral de quase 80 milhões de feitos em tramitação,¹ motivo pelo qual têm sido estudadas novas técnicas de julgamento em larga escala, tendo como ponto de partida uma suposta homogeneidade de casos idênticos.

É como bem demonstra Rodolfo de Camargo Mancuso:

O primado dos direitos e obrigações em nosso país repousa na *norma legal* por expressa disposição constitucional (art. 5º, II), tratando-se, aí, da definição do regime jurídico-político do país, assim filiado à família *civil law*, dos países de direito codicístico, radicados na tradição romano-germânica, em contraposição aos países da família *common law*, onde impera o precedente judiciário, sobretudo os *binding precedentes*, sistema jurídico milenarmente reportado a *equity* e sumarizado na frase *stare decisis et non quieta movere*. Impende, todavia, desde logo registrar que essa antiga *summa divisio* já perdeu muito de seu rigor de outra, por conta, dentre outros motivos, da própria globalização do mundo contemporâneo e da interpretação dos diversos sistemas jurídicos (*v.g.* a *lex mercatória*, que preside o comércio internacional, para além dos sistemas jurídicos de cada um dos países envolvidos). Essa tendência tem levado países da *common law* a se interessarem cada vez mais pelo direito escrito (*v.g.* o advento do Código de Processo Civil inglês de 1999), enquanto que alguns países da *civil law* têm prestigiado, em modo crescente, o elemento jurisprudencial (*v.g.* o advento, dentre nós, da súmula vinculante do STF, com a EC 45/2004: CF, § 3º do art. 102; o estabelecimento de padrões decisórios de eficácia impositiva: CPC, art. 927 e incisos) (MANCUSO, 2019, p. 272).

Essa técnica deu surgimento a uma nova disciplina jurídica, qual seja o direito jurisprudencial, o qual foi pensado e construído para auxiliar a ciência processual, que enfrenta três tipos de litigiosidade: i) individual, sobre a qual o estudo e a dogmática foram tradicio-

¹ Informação obtida no estudo apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça no anuário Justiça em Números 2019 (ano-base 2018). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

nalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direito isoladas; ii) a litigiosidade coletiva, envolvendo direitos coletivos estrito senso, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam, a título de exemplo, os procedimentos coletivos representativos normalmente patrocinados por legitimados extraordinários; e iii) a litigiosidade de massa ou de grande multiplicação, embasada prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas, tendo questões comuns (jurídicas e/ou fáticas) para a resolução da causa.

Certo é que o sistema processual não estava preparado para lidar com esses três tipos de litigiosidade, pois, além de o Poder Judiciário estar extremamente sobrecarregado de processos em tramitação, alimentando um *gigantismo judiciário*, é também visível que não possui estrutura jurídica e administrativa para dar um tratamento adequado à litigiosidade coletiva e, mais ainda, à litigiosidade de massa, haja vista a taxa de congestionamento ainda ser bastante elevada no país, motivo pelo qual a criação de uma nova disciplina e sua previsão no novo Código de Processo Civil surgem como efetiva possibilidade de resposta nesse difícil cenário de desorganização.²

Ao sustentar a importância de um sistema de precedentes, Luiz Guilherme Marinoni foi preciso:

Um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário,

² A despeito disso, o anuário *Justiça em Números 2019* registrou uma sensível queda do acervo no país. Ao final de 2017, eram 79,6 milhões de processos em tramitação, enquanto, no final de 2018, eram 78,7 milhões, sendo que foram julgados, nesse último ano, 32,4 milhões de processos, sendo um milhão a mais que no ano anterior. Para maiores informações, pesquisar em <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal (MARINONI, 2016, p. 104).

Embora o Código de Processo Civil não tenha nominado expressamente o conceito de precedente judicial, fato é que doravante o tema passa a ser objeto de estudo, tanto que o art. 926 foi redigido da seguinte forma, já mencionada anteriormente neste texto: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O dispositivo legal prevê, assim, deveres gerais para os tribunais no âmbito do desenvolvimento de um sistema de precedentes, sendo eles: a) o dever de uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade; d) o dever de coerência; e e) o dever de dar publicidade adequada aos seus precedentes (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 473).

Realizando uma genealogia sobre o estudo do precedente judicial no Brasil, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron advertem:

Vivemos um momento invertido dos países do *common law*. Se lá se buscam cada vez mais técnicas para flexibilizar a alta estabilidade do uso dos precedentes (*stare decisis*); nós, do *civil law*, especialmente no Brasil, procuramos cada vez mais pensar em premissas para estabilizar nossa jurisprudência, diante de sua completa instabilidade e da falta de uma teoria dos precedentes adequada às nossas peculiaridades (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 293).

Assim, o mote para a previsão do art. 926 do Código de Processo Civil foi, acima de tudo, a preocupação de sistematizar a aplicação dos precedentes, apostando na criação de um ambiente decisório mais isonômico e previsível.

3 O dever de estabilidade

A harmonização dos julgados é fundamental para um Estado Democrático de Direito, pois tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica resulta na preservação do princípio da isonomia, além do que também gera segurança jurídica, uma vez que evita longos debates sobre a matéria, permitindo, assim, que todos se comportem conforme o Direito.

Ainda em 2005, a preocupação com o dever de uniformização da jurisprudência já era objeto de crítica por ministro do próprio Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros:

Processual. STJ. Jurisprudência. Necessidade de que seja observada. - O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. *Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós, os integrantes da Seção, não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la* (BRASIL, 2005, grifos nossos).

Como se percebe da ementa invocada, o dever de uniformização da jurisprudência resulta em conduta moralmente elogiável preocupada com os benefícios advindos dela (NEVES, 2016, p. 1.488).

Portanto, o primeiro passo para a concretização do princípio da segurança jurídica consiste em observar um precedente judicial do-

tado de autoridade, pois a previsibilidade, a igualdade e outras consequências jurídicas derivam da unidade do direito.

A estabilidade da jurisprudência contribui, assim, para melhorar a credibilidade da imagem do Poder Judiciário, pois afasta o modo irracional de administrar a Justiça. Ademais, as ideias de unidade do direito e de precedentes obrigatórios colaboram para o fortalecimento do Poder Judiciário como instituição (MARINONI, 2016, p. 109).

Dessa forma, compreendendo o primeiro conceito previsto no art. 926, entende-se que a estabilidade da jurisprudência impede que os tribunais simplesmente abandonem ou modifiquem seus julgados sem qualquer justificativa plausível, não sendo razoável, assim, que juízes e tribunais deixem de aplicar precedentes por motivos outros.

Nesse propósito, cumpre transcrever o Enunciado nº 453 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes”.

Para MacCornick e Summers, “os precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicam-se as lições do passado para resolver problemas do presente e do futuro, constituindo uma parte fundamental da razão prática humana” (MACCORNICK; SUMMERS *apud* THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 292).

Nessa ótica, a estabilidade serve como uma regra de autorrespeito ou de autorreferência, na qual o próprio tribunal se vê obrigado a respeitar a jurisprudência por ele mesmo criada.

Isso significa que qualquer mudança de posicionamento deve ser justificada adequadamente e também ter a sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 474).

A título de ilustração, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento firmando a tese (*ratio decidendi*) no sentido de que

não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado (BRASIL, 2014).

Cuida-se da teoria do fato consumado em sede de concursos públicos, que foi expressamente rejeitada pela Suprema Corte do nosso país.

Exemplificando, se o candidato ingressa em um concurso público para a polícia militar, sendo reprovado no exame psicotécnico, mesmo que obtenha decisão judicial liminar assegurando-lhe o direito de permanecer no certame e, ainda, tomando posse e exercendo a função por anos seguidos, ao final do processo, se a sentença for de improcedência, esse mesmo candidato deverá ser exonerado porque o tempo inteiro esteve nessa posição por força de uma decisão precária.

Assim, cumpre ao Supremo Tribunal Federal observar esse precedente (*ratio decidendi*) em todas as situações análogas, estabilizando, assim, sua jurisprudência e dando o exemplo de uniformização jurisprudencial necessária para evitar que longos debates em processos se protelem no tempo com a esperança de que a Corte, aleatoriamente, possa aplicar outro entendimento.

Isso significa que, em nome da estabilidade, um precedente jamais poderá ser afastado ou superado?

A resposta só pode ser negativa, pois pode ocorrer a hipótese de distinção (*distinguishing*) ou a hipótese de superação (*overruling*), sendo que, em ambas as hipóteses, faz-se necessária uma forte carga argumentativa.

No caso da superação do precedente, aliás, recomenda-se que seja precedida de audiência pública com a participação de pessoas, órgãos e entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese e,

ainda, que haja a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Nesse sentido, são os §§ 2º e 3º do art. 927 do nCPC:

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica (BRASIL, 2015).

4 O dever de coerência

Verifica-se que o novo Código de Processo Civil não se contentou apenas com a noção de estabilidade, e não parece que sejam sinônimas as noções de coerência e estabilidade, valendo inclusive citar a máxima hermenêutica, em termos de interpretação gramatical, de que a lei não contém palavras inúteis.

Pois bem. Quanto à coerência, cuida-se de um dever de reforçar a uniformização da jurisprudência, uma vez que prima por assegurar uma aplicação isonômica da tese firmada no precedente para casos semelhantes, isto é, que versem sobre a mesma questão.

Uma jurisprudência coerente impede que os sujeitos envolvidos em situações análogas sejam tratados de forma diferente, o que preserva o princípio da isonomia substancial, impedindo decisões construídas de forma solipsista pelo juiz, formadas a partir de seus entendimentos pessoais ('cada cabeça uma sentença'), postura conhecida como voluntarismo judicial, que na verdade esconde argumentações arbitrárias (NEVES, 2016, p. 1.490).

Sobre o dever de coerência, dispõem os Enunciados nº 454 e nº 455 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado 454. Uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência).

Enunciado 455. Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores.

Novamente exemplificando, em 2014, o Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo no Recurso Extraordinário nº 648.629/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, fixando a tese de que a Fazenda Pública Federal não possui a prerrogativa de intimação pessoal nos processos que tramitam nos juizados especiais federais, regidos pela Lei nº 10.259/2001. A essência da tese fixada consistiu na premissa de que os princípios que orientam os juizados afastam as regras pertinentes ao processo civil comum.

Para melhor compreensão da tese, parte da ementa deve ser transcrita:

[...] 3. O rito dos Juizados Especiais é talhado para ampliar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB) mediante redução das formalidades e aceleração da marcha processual, não sendo outra a exegese do art. 98, I, da Carta Magna, que determina sejam adotados nos aludidos Juizados ‘os procedimentos oral e sumariíssimo’, devendo, portanto, ser apreciadas *cum grano salis* as interpretações que pugnem pela aplicação ‘subsidiária’ de normas alheias ao microsistema dos Juizados Especiais que importem delongas ou incremento de solenidades. 4. O espírito da Lei nº 10.259/2001, que rege o procedimento dos Juizados Especiais Federais, é inequivocamente o de afastar a incidência de normas que alberguem prerrogativas processuais para a Fazenda Pública, máxime em razão do que dispõe o seu art. 9º, *verbis*: ‘Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato

processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos'. 5. Não se aplica aos Juizados Especiais Federais a prerrogativa de intimação pessoal dos ocupantes de cargo de Procurador Federal, prevista no art. 17 da Lei nº 10.910/2004, na medida em que neste rito especial, ante a simplicidade das causas nele julgadas, particular e Fazenda Pública apresentam semelhante, se não idêntica, dificuldade para o adequado exercício do direito de informação dos atos do processo, de modo que não se revela razoável a incidência de norma que restringe a paridade de armas, além de comprometer a informalidade e a celeridade do procedimento. [...] (BRASIL, 2014).

Embora o novo Código de Processo Civil discipline que a Fazenda Pública deva ser intimada pessoalmente (art. 183 do CPC), o Supremo Tribunal Federal vem mantendo coerente sua jurisprudência, pois já proferiu decisões, mesmo após a vigência do referido código, no sentido de que a Fazenda Pública não possui a prerrogativa de intimação pessoal em sede de juizado, podendo ser intimada por simples publicação no diário eletrônico.

Aliás, preservando ainda mais a coerência, a Corte estendeu esse posicionamento para os juizados especiais da Fazenda Pública, regidos pela Lei nº 12.153/2009, uma vez que não há razão jurídica para que haja tratamento distinto entre o juizado federal e o juizado estadual.

Cuida-se do julgamento realizado no Agravo no Recurso Extraordinário nº 965.750/RO, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 1º/7/2016 (decisão monocrática).

Não bastasse isso, em julgamento recente, mais uma vez a Suprema Corte estendeu a *ratio decidendi* fixada no julgamento do ARE nº 648.629/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, *DJe* de 7/4/2014, aos procuradores estaduais.

No caso em questão, a Turma Recursal de Jurisdição Exclusiva do Tribunal de Justiça de Minas Gerais não conheceu do recurso

extraordinário, por sua intempestividade, reconhecendo como devida a intimação do Estado a partir da publicação do acórdão no diário eletrônico, enquanto o ente público, por sua vez, defendeu, no recurso, sua prerrogativa de ser intimado pessoalmente.

Afastando a tese do Estado de Minas Gerais, o Min. Edson Fachin, ao proferir decisão monocrática, registrou que “o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido da inviabilidade de que seja conferida a prerrogativa de intimação pessoal aos procuradores do Estado”.³

Trata-se do julgamento ocorrido no Agravo no Recurso Extraordinário nº 118.192-4/MG, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 1º/4/2019.

Em sentido semelhante, colaciona-se outro julgado da Suprema Corte:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Processual Civil. Procurador do Estado. Direito a intimação pessoal. Inexistência. Precedentes. 3. Prazo recursal. Intempestividade reconhecida. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2016).

Assim, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. A coerência é, portanto, uma imposição, isto é, um dever inerente ao princípio da igualdade – casos iguais devem ser tratados igualmente, máxime quando a Corte já possui orientação firmada. Não pode o tribunal contrariar o seu próprio entendimento, ressalvada, obviamente, a possibilidade de sua superação.

3 Não é essa, entretanto, a posição adotada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual, escorado em enunciado de súmula da própria Corte (Enunciado 49), assenta que, “no Juizado Especial, o ente público possui a prerrogativa de intimação pessoal” (Correção Parcial nº 1.0000.18.122464-3/000, Rel. Des. Otávio Portes, Conselho da Magistratura, *DJe* de 26/7/2019).

Eros Grau, ao negar a discricionariedade judicial, anota que qualquer intérprete, assim como todo juiz, estará sempre vinculado pelos textos normativos e que a abertura dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta, isto é, qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido (GRAU, 2016, p. 91).

O mesmo se pode dizer da necessária vinculação do juiz à jurisprudência, de modo que a abertura para interpretá-la não pode resultar em negação do dever de coerência, simplesmente deixando de aplicar o mesmo precedente para casos iguais.

Nessa linha, portanto, a coerência impõe o dever de autorreferência, ou seja, o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los e demonstrar a distinção (*distinguishing*), se for o caso.

Em outros termos, o respeito aos precedentes envolve o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los, porém jamais ignorá-los (BARBOZA, 2014, p. 235).

Igualmente, o respeito aos precedentes não permite a escolha de trechos de julgados em consonância com o interesse de confirmação do aplicador, de acordo com suas preferências, sendo necessário promover uma reconstrução de toda a história institucional do julgamento do caso (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 307).

5 O dever de integridade em consonância com as ideias de Ronald Dworkin

Se estabilidade e coerência dizem respeito a aspectos formais da jurisprudência (estabilidade = uniformização e coerência = isonomia), o mesmo não se pode dizer do dever de integridade, que toca no aspecto material da jurisprudência.

Para compreender a noção de integridade, faz-se necessária uma abordagem da teoria de Ronald Dworkin, especialmente suas ideias sobre o romance em cadeia que desenvolveu em seu livro *O império do direito* (DWORKIN, 1999).

Dworkin defende que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, isto é, interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em desenvolvimento (DWORKIN, 1999, p. 271).

Para Dworkin, o direito como integridade é contrário à ideia de que suas manifestações são relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro, de modo que a interpretação combina elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, como uma política em processo de desenvolvimento (DWORKIN, 1999, p. 271).

Assim, o direito como integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine (DWORKIN, 1999, p. 274).

O princípio de integridade, segundo Dworkin, pressupõe que os juízes identifiquem direitos e deveres como se tivessem sido criados por um único autor, que seria a comunidade personificada, numa concepção coerente de justiça e equidade, na qual as proposições jurídicas são verdadeiras se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, oferecendo todos eles a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Nas palavras de Dworkin:

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente,

interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda (DWORKIN, 1999, p. 273).

A história, para Dworkin, é importante, no direito, como integridade, mas apenas em certo sentido, pois não se deve exigir dos juízes que tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar.

Partindo dessa linha de raciocínio, para Dworkin, a atividade judicante deve ser coerente, fiel a princípios como equidade, justiça, legalidade e integridade, de modo que os juízes são instruídos a identificar direito e deveres legais, partindo do pressuposto de que foram criados “por um único autor”.

A interpretação criativa, portanto, busca sua estrutura formal na ideia de intenção, mas não o faz com base nos propósitos de uma pessoa ou grupo histórico específico, servindo para conferir um propósito ao texto, dados ou tradições objetos da interpretação em que o juiz pode inclusive introduzir acréscimos na tradição que interpreta.

Esse procedimento envolve não apenas uma avaliação geral da parte de quem está escrevendo determinado capítulo, mas uma visão de desenvolvimento, de formação, de continuidade, e não uma série de recomeços, surgindo a ideia de adequação e de interpretação como dimensões de avaliação do texto para alcançar esse resultado integrado.

Nesse panorama, o juiz atua como autor e também como crítico, tendo que considerar o que os outros juízes decidiram em casos análogos, extraindo uma interpretação que, ao mesmo tempo, se adap-

te aos fatos anteriores e os justifique numa complexa interação entre a adequação e a justificação:

Qualquer conjunto de leis e decisões pode ser explicado histórica, psicológica ou sociologicamente, mas a consistência exige uma justificação, e não uma explicação, e a justificação deve ser plausível, e não postíça. Se a justificação que Hércules concebe estabelece distinções que são arbitrárias, e se vale de princípios que não são convincentes, então ela não pode, de modo algum, contar como uma justificação (DWORKIN, 2017, p. 186).

Ao fazer uma analogia entre a literatura e o direito, Dworkin cria a noção de *romance em cadeia* para a atividade interpretativa do juiz. Segundo ele, o magistrado “deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes” (DWORKIN, 1999, p. 276).

Para Dworkin, o juiz sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins, e, por isso, ele deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão (DWORKIN, 1999, p. 286).

Em trecho de sua obra que serve como síntese sobre sua teoria do *romance em cadeia*, Dworkin assim se pronunciou:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. [...] a integridade não recomenda o que seria perverso, que deveríamos todos ser governados pelos mesmos

objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões. Não insiste em que um legislativo que hoje promulga um conjunto de regras sobre a indenização, para tornar mais rica a comunidade, comprometa-se de alguma maneira com esse mesmo objetivo político amanhã. Poderia, então, ter outros objetivos a alcançar, não necessariamente em lugar da riqueza, mas ao lado dela, e a integridade não desaprova essa diversidade. Nossa análise da interpretação, e a consequente eliminação da interpretação, entendida como um simples apelo à política, reflete uma discriminação já latente na própria ideia da integridade (DWORKIN, 1999, p. 291).

Para realizar essa tarefa complexa, Dworkin apresenta o juiz Hércules, criterioso, metódico, um juiz filósofo, que seleciona diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes, aplicando princípios subjacentes a cada interpretação e verificando se cada questão está amparada em um princípio de justiça, rechaçando as hipóteses que não se amoldam a essa premissa, de tal forma que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

[...] eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo (DWORKIN, 2017, p. 165).

O juiz Hércules de Dworkin adota o direito como integridade, uma vez que está convencido de que oferece uma melhor adequação e

uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo por meio de uma abordagem marcada muito mais por perguntas do que por respostas, numa justificação que seja ao mesmo tempo consistente com os valores da comunidade de princípios e seja uma ponte interligando passado, presente e futuro.

Dessa forma, para Dworkin, o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, respeitando a ambição de uma comunidade de princípios.

Dworkin ressalta, contudo, que o direito como integridade pressupõe que os juízes se encontram em situação muito diversa dos legisladores, ou seja, os juízes devem basear suas decisões em princípios, e não em política, sendo que os juízes não devem, em momento algum, fazer escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade.

O juiz Hércules rejeita o pragmatismo e procura fazer uma interpretação construtiva da compartimentalização do direito, na qual está obrigatoriamente vinculado a um compromisso de oferecer uma justificativa de acordo com a história legislativa, moral e política do contexto em que o caso se assenta, assim como de demonstrar que sua decisão foi baseada em princípios, e não em compromissos ou estratégias políticas.

Interpretando a obra de Dworkin, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron esclarecem a teoria do romance em cadeia da seguinte forma:

[...] decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual os capítulos passados (julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência.

É dizer, para ele [Ronald Dworkin] a interpretação do Direito é *construtiva*: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também *produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura)* àquela construção referida (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 306).

Portanto, o magistrado deve se considerar um parceiro nesse complexo empreendimento interligado em cadeia, em que, por meio do exame dos “capítulos” que já foram escritos – que podem ser descobertos nas leis, nos precedentes, na doutrina e, principalmente, nas interpretações anteriores sobre esse conjunto de informações – tem a *responsabilidade* de dar continuidade à história, e não partir numa nova direção. Logo, o direito é caracterizado como uma prática interpretativa que só pode ser perfeitamente compreendida através de uma atitude também interpretativa em relação a tal prática e que busque uma concepção do *direito como integridade* (BARBOZA, 2014, p. 299).

Desse modo, a integridade, segundo a concepção de Dworkin, está necessariamente vinculada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito (STRECK, 2014, p. 422-423).

Ilustrando, retomemos, como exemplo, novamente, a teoria do fato consumado em sede de concursos públicos, a qual foi rejeitada pela Suprema Corte do nosso país.

Foi demonstrado que o Supremo Tribunal Federal rejeitou essa teoria no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 4/12/2014, e, ainda, que o dever de coerência impõe seja o precedente observado em casos análogos.

Não obstante, imagine-se a seguinte situação: o candidato é reprovado no exame psicotécnico. Ingressa com ação judicial, obtendo liminar favorável para continuar no certame e tomar posse, caso

aprovado nas demais fases. Algum tempo se passa, momento em que o candidato foi aprovado nas demais fases, toma posse no cargo, e, sete anos depois da liminar favorável, o juiz prolata a sentença, julgando improcedente o pedido e revogando a liminar outrora concedida. A parte interpõe recurso, e este é improvido.

Até esse momento, a teoria do fato consumado, já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, rejeita a possibilidade de o candidato permanecer no exercício do cargo porque tinha conhecimento de que sua situação era precária.

Mas, agregue-se um *plus*: e se, após a publicação do acórdão, tendo ocorrido o seu trânsito em julgado, decorreram cinco anos, e o poder público não tomou a providência de exonerar o candidato? Em outras palavras, o candidato já estava no exercício do cargo há sete anos quando o seu recurso foi julgado pelo tribunal e, após o trânsito em julgado do acórdão, permaneceu mais cinco anos exercendo a função, totalizando 12 anos de exercício do cargo.

Ou seja, o poder público permaneceu inerte por mais de cinco anos, mesmo após o trânsito em julgado do acórdão que negou provimento ao recurso do candidato.

Nessa hipótese, pergunta-se: aplica-se o precedente firmado pelo STF que rejeita a teoria do fato consumado?

Em decisão monocrática proferida em 21 de março de 2018, o Ministro Marco Aurélio afastou o precedente fixado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, *DJe* de 4/12/2014, sustentando que a situação ilegal foi consolidada pelo fato de ter decorrido mais de seis anos entre a publicação do acórdão e o ato de exoneração, que já era possível.

Cuidou-se do julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 966.047/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 21/3/2018 (decisão monocrática).

É sabido que a Administração Pública possui prazo para anular atos ilegais, quer eles sejam comissivos, quer eles sejam omissivos,

e que, mesmo atos nulos, se não corrigidos em determinado prazo, convalidam-se, segundo orientação emanada do Superior Tribunal de Justiça:

[...] O art. 54 da Lei 9.784/1999 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos (sejam eles nulos ou anuláveis) e permitindo, a *contrario sensu*, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno quinquenal, mediante a convalidação *ex ope temporis*, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício [...] (BRASIL, 2008).

Assim, o dever de integridade, a nosso ver, foi observado, pois o Ministro, ao examinar o caso e proferir seu julgamento, atentou-se para o ordenamento jurídico como um todo, compreendendo-o como um sistema de normas e se lembrando da advertência feita por Eros Grau de que o Direito não se interpreta em tiras: “não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo” (GRAU, 2016, p. 86).

O dever de integridade, por isso, pode ser compreendido como o elemento moral e necessário da jurisprudência para não ser engessada, inviabilizando, por exemplo, futura superação do precedente firmado (*overruling*) ou o eventual afastamento do precedente diante das peculiaridades do caso concreto (*distinguishing*).

Não há dúvida de que o dever de integridade consiste no elemento que, de certa forma, flexibiliza os deveres de estabilidade e coerência, isto é, a integridade consiste justamente na possibilidade que o julgador possui de, dialogando com decisões passadas, construir uma decisão distinta para o presente à luz das circunstâncias fáticas que distinguem o caso de seus antecessores.

Segundo o pensamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A forma pela qual o CPC 926 determina que a jurisprudência deve ser mantida estável é, no mínimo, curiosa; o texto dá a entender que a jurisprudência não poderá ser alterada, pois deverá ser mantida estável. Evidentemente, o sentido de estabilidade pela lei é o de que a jurisprudência uniforme não deverá ser alterada sem propósito — ou, ao menos, se espera que seja este, pois não se pode pensar em entendimentos que não sejam passíveis de alteração, tendo em vista as transformações sociais e econômicas inerentes à sociedade moderna — o que demonstra, conseqüentemente, as necessárias coerência e integridade do entendimento jurisprudencial (NERY JÚNIOR; NERY, 2016, p. 1.958).

Trata-se, portanto, de uma postura construtiva do direito, que não se reduz à ideia de reprodução automática de precedentes já firmados no passado e que, em tese, deveriam ser aplicados sem maior reflexão apenas para assegurar a estabilidade da jurisprudência.

6 Considerações finais

A previsão, no Código de Processo Civil, de um capítulo dedicado ao estudo do precedente judicial representa um grande avanço para o direito brasileiro, pois a jurisprudência, que antes era objeto de estudo aleatório e retórica forense, adquire *status* de disciplina autônoma com objeto e metodologia adequada.

Essa técnica deu surgimento à disciplina jurídica do direito jurisprudencial, que foi idealizado para auxiliar a ciência processual notadamente no enfrentamento da litigiosidade de massa ou de grande multiplicação, servindo como efetiva possibilidade de resposta em um difícil cenário de desorganização causado pela flagrante falta de uniformidade das decisões judiciais.

Nesse sentido, o art. 926 do nCPC, ao exigir que os tribunais uniformizem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, apostou na construção de um ambiente decisório mais isonômico e previsível.

O dever de estabilidade impede que os tribunais simplesmente abandonem ou modifiquem seus julgados sem qualquer justificativa plausível.

O conceito de coerência, por sua vez, prima por assegurar uma aplicação isonômica da tese firmada no precedente para casos semelhantes, impondo o dever de autorreferência, no sentido de dialogar com precedentes anteriores, até mesmo para superá-los (*overruling*) e demonstrar a distinção (*distinguishing*), se for o caso.

E o conceito de integridade, à luz da contribuição teórica fornecida por Ronald Dworkin, consiste em sustentar uma interpretação jurídica que interaja com elementos que se voltam para o passado e para o futuro em uma política de constante processo em desenvolvimento.

É um dever, outrossim, que exige do magistrado julgar o caso respeitando o passado, mas sem desconsiderar que sua decisão deve estar em conformidade com o direito; que sua decisão deve respeito à Constituição da República; que o direito deve ser compreendido como um sistema de normas; e que formar um precedente exige, acima de tudo, estado de atenção para com os argumentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese jurídica em debate.

É também o dever de integridade a permanente construção do direito à luz dos valores vigentes da sociedade, permitindo, por exemplo, que textos legais, inclusive da própria Constituição (mutação constitucional), adquiram novos significados sem alteração pela via do Poder Legislativo.

Em uma interpretação construtiva do direito, o juiz não pode ser só a *boca da jurisprudência* (como já o fora da lei, no tempo da escola da exegese em plena época de pós-revolução francesa), repetin-

do ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos, ou invocar julgados pontuais, porque precisa ter uma noção do que os julgadores do passado fizeram coletivamente. O magistrado não deve invocar julgados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal. Isso, além de uma simplificação reprovável, está em desconformidade com a *práxis* da *common law* em que se diz estar buscando inspiração (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 307).

Como descreve Ramires,

O problema do abstracionismo conceitual do direito brasileiro [...] é justamente a tentativa de extrair e conservar essências das decisões pretéritas. Toma-se um acórdão qualquer e busca-se espremê-lo até produzir um enunciado representativo do que foi essencial no julgamento, formulado no menor número possível de palavras. Assim como se extrai uma essência aromática através da destilação das flores, e depois se guarda num frasco para usos futuros, a conceitualização dos julgados despreza os casos de tudo o que julgar ser acidental, para ter em mãos apenas as suas 'propriedades imutáveis'. Quer se saber, por baixo daquela decisão pouco relevante em sua própria contingência, qual foi o critério permanente que a informou, porque ele seria a chave para orientar todo um conjunto de decisões futuras. Em suma, uma identificação exata do *holding* ou da *ratio decidendi* de um caso, ao gosto do tecnicismo. Ao invés de se construir uma dialética entre os casos passados e os casos futuros, tenta-se montar um monólogo, e acaba se criando *um coro de muitas vozes dissonantes* (RAMIRES, 2010, p. 140).

Superando esse agir simplista, Dworkin, comparando o direito à literatura, cria a noção de *romance em cadeia* para a atividade interpretativa do juiz, que deve tentar produzir o melhor escrito possível como se fosse obra de um único autor, e não como produto de muitas mãos diferentes, admitindo que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal.

Para realizar essa complexa tarefa, Dworkin apresenta a figura do juiz Hércules, que é capaz, segundo ele, de selecionar diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes, aplicando princípios subjacentes a cada interpretação e verificando se cada questão está amparada em um princípio de justiça.

Não se trata de exigir que juízes reais ajam como se fossem iguais à figura ideal do juiz Hércules, até porque o próprio Dworkin (2010, p. 79-80) não tinha essa intenção, mas de aproveitar essa concepção teórica para que os julgamentos sejam mais justos e equitativos, e, assim, a magistratura alcance o nível de excelência tão almejado pela sociedade.

Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. *Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp nº 593.309/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, j. em 26/10/2005, DJ de 23/11/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24.339/TO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 30/10/2008, *DJe* de 17/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR no RE nº 118.192-4/MG, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* de 1º/4/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR no RE nº 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 19/11/2014, *DJe* de 4/12/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR no ARE nº 952.438/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJe* de 1º/6/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR no RE nº 1.048.565/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. em 27/10/2017, *DJe* de 8/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR no RE nº 984.450/RN, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 17/2/2017, *DJe* de 13/3/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 648.629/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 24/4/2013, *DJe* de 7/4/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 965.750/RO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 30/5/2016, *DJe* de 1º/7/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 966.047/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15/3/2018, *DJe* de 21/3/2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Justiça em Números*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015. v. 2.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados nº 453, nº 454 e nº 455.

FUX, Luiz. Novo CPC vai dotar Judiciário para enfrentar processos. *Consultor Jurídico*, 5 fev. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-05/cpc-dotar-judiciario-enfrentar-milhares-processos>. Acesso em: 7 ago. 2019.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth, 1997 *apud* THEODORO JÚNIOR *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Correição Parcial nº 1.0000.18.122464-3/000, Rel. Des. Otávio Portes, Conselho da Magistratura, *DJe* de 26/7/2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

27. (Re)pensando a técnica de julgamento do Código de Processo Civil de 2015 à luz da Análise Econômica do Direito

Vinícius Lacerda

Assessor Judiciário no TJMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos (FDMC). *Contract Law* pela Harvard University (HarvardX).

1 Introdução

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 entrou em vigor em 18/3/2016 e trouxe diversas novidades ao sistema processual brasileiro. Dentre elas, encontra-se a técnica de julgamento prevista no art. 942, pela qual, ante a existência de divergência na tríade de julgamento na segunda instância, o processo deverá obrigatoriamente seguir em pauta para que os demais julgadores integrantes da Câmara votem.

O que se quer demonstrar, ao longo deste ensaio, é a ausência de racionalidade econômica dessa técnica. Para tanto, adotar-se-á o raciocínio de uma teoria positiva contemporânea originada no pensamento jurídico americano que vem ganhando força desde o ano de 1973, com o impulso de Richard Posner, Henry Manne e Gary Becker, apesar da idealização de Ronald H. Coase (1960) e Guido Calabresi (1961), que é a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*).

Assim, faremos considerações pontuais sobre como funciona exatamente o julgamento em câmara cheia, sobre a possibilidade de violação ao princípio constitucional da duração razoável do processo (CF/1988, art. 5º, LXXVIII), sempre à luz da combinação interdisci-

plinar das ciências jurídica e econômica com vistas a (re)pensar essa particular instituição trazida pelo novo sistema processual brasileiro.

Aliando-se características comuns entre a Análise Econômica do Direito e as diretrizes que guiaram o novo Código de Processo Civil, como a resistência ao formalismo e ao convencionalismo, a racionalidade das normas/princípios e o custo de determinados instrumentos jurídicos/pronunciamentos jurisdicionais na persecução do objetivo do processo, chegaremos a uma solução de anomalia para melhor satisfazer as necessidades dos interessados.

Com efeito, desde já, faz-se o alerta de que a Análise Econômica do Direito não se confunde com o consequencialismo econômico e financeiro advindo da aplicação do direito e do ordenamento jurídico (art. 20, *caput*, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB), mas, sim, trata-se da aplicação da microeconomia neoclássica do bem-estar, que avalia os preceitos legais que são positivos ou negativos ao uso eficiente dos recursos, o que é absolutamente compatível com a crítica dirigida ao julgamento estendido contido nas disposições do CPC/2015.

No tocante à metodologia da presente pesquisa, elege-se a pesquisa documental indireta, com consulta a fontes primárias da legislação brasileira, aliada a fontes secundárias de investigação bibliográfica. O procedimento a ser empregado será o jurídico-compreensivo analítico pelo método hipotético-dedutivo.

2 A técnica de julgamento nos tribunais: considerações sobre o art. 942 do Código de Processo Civil de 2015

O art. 530 do CPC/1973¹ previa a possibilidade de interposição do recurso de embargos infringentes pela parte que tivesse a sentença

¹“Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência” (BRASIL, 1973).

reformada em seu desfavor pelo órgão colegiado, desde que julgado o mérito da demanda.

A partir daí, com a entrada em vigor do CPC/2015, imbuído do ideal de agilidade aos processos, com a supressão de recursos como o agravo retido e os mencionados embargos infringentes, além da limitação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (apesar da taxatividade mitigada pelo STJ no REsp nº 1.696.396), esperava-se que o legislador não mais ampliasse o julgamento do processo em função de divergência no posicionamento do colegiado, até mesmo porque tal fato, já à época da edição do CPC/1973, se considerou uma surpresa (MOREIRA, 2002).

Não obstante, já na fase final de tramitação do projeto, introduziu-se o atual art. 942 ao CPC/2015.² A nova técnica amplia o *quorum* de magistrados sem a necessidade de requerimento das partes para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial e, *ipso facto*, tem o escopo de propiciar a prevalência do voto minoritário, de sorte que este não será somente uma dissidência isolada, mas uma posição que poderá vir a ser a vencedora por um maior número de julgadores, sendo ela uma questão fática ou de direito.

² “Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial” (BRASIL, 2015).

A ampliação do *quorum* inibe o encerramento do julgamento e implica a continuidade do exame da matéria independentemente da vontade das partes. Portanto, o que se vê é que, conquanto não se possa dizer que se trata de um recurso, em sede de apelação, a nova técnica, na prática, automatizou os extintos embargos infringentes e assim o fez na condição de um mero incidente e sem exigir que a decisão julgue o mérito e que o acórdão reforme a sentença, requisitos esses que eram indispensáveis ao cabimento dos infringentes, sendo suficiente apenas a ausência de unanimidade quantitativa ou qualitativa.

Já no agravo de instrumento e na ação rescisória, é imprescindível que o acórdão reforme a decisão do juiz que julgou parcialmente o mérito ou que rescinda a sentença, respectivamente.

Com efeito, o CPC/2015 reforçou, assim, que o interesse havido na manutenção do procedimento não pertence somente às partes, mas também há um interesse público, dada a extensão da discussão do caso em apreciação independentemente da vontade dos litigantes (LAMY, 2014, p. 378).

Com a ampliação do colegiado, ao qual não se aplica o efeito devolutivo por não possuir natureza jurídica de recurso, os novos julgadores podem debater e votar levando em consideração a integralidade do recurso, e não apenas a matéria inicialmente divergente.

É o que defende Leonardo Carneiro da Cunha:

Justamente por não ser um recurso, a ampliação do julgamento prevista no art. 942 do CPC não tem ‘efeito devolutivo’. Significa que os novos julgadores, convocados para que o julgamento tenha prosseguimento, não estão limitados a decidir sobre o ponto divergente. O julgamento está em aberto, não se tendo encerrado. Quem já votou pode alterar seu voto e quem foi convocado pode decidir sobre tudo que está pendente de deliberação definitiva. Se o julgador que já proferiu o voto afastar-se ou for substituído, não poderá ter seu voto alterado (CPC, art. 941, § 1º) (CUNHA, 2017).

O entendimento fixado pelo STJ disso também não discrepa, pois, por meio do julgamento do REsp nº 1.771.815/SP, decidiu ser possível a análise do recurso como um todo pelos novos integrantes, podendo, assim, ser também analisada a matéria que havia sido votada anteriormente de forma unânime.

Além disso, seguindo na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o marco temporal para aferir a incidência do art. 942, *caput*, do CPC/2015 deve ser a data da proclamação do resultado não unânime da apelação, em respeito à segurança jurídica, à coerência e à isonomia” (BRASIL, 2019).

Acredita-se que esse seguimento automático do julgamento é fruto de uma suposta crença no sentido de que, quanto maior o número de julgadores no órgão colegiado, maior seria a previsibilidade e a segurança jurídica do provimento jurisdicional, o que, *a priori*, atenderia até o comando do art. 926 do CPC/2015.³

Todavia, um interessante estudo realizado na Universidade de Chicago revelou que as decisões colegiadas são mais imprevisíveis em comparação às monocráticas. Veja-se:

Estudo interdisciplinar conduzido por David Schkade, Cass R. Sunstein e Daniel Kahneman na Universidade de Chicago analisou mais de 500 julgamentos colegiados sobre responsabilidade civil. Todos os casos diziam respeito à quantificação de valores reparatórios (*compensatory damages*) e punitivos (*punitive damages*). A conclusão a que se chegou é que, em comparação com os julgamentos individuais, as decisões colegiadas são significativa e sistematicamente mais imprevisíveis e mais variáveis. A imprevisibilidade decorre do fato de o reconhecimento do dever de indenizar ser mais errático em decisões deliberadas. Já a variabilidade decorre do fato de os júris quantificarem em valores maiores as grandes indenizações e em valores menores as pequenas indenizações. Esse

³ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

resultado pode ser compreendido a partir da chamada polarização de grupo (*group polarization*). De acordo com esse fenômeno, decisões coletivas tendem a ser uma versão extremada das opiniões individuais de seus membros. A polarização acontece quando uma tendência inicial dos membros do grupo é potencializada pela deliberação conjunta. Consequentemente, a decisão coletiva costuma ser mais radical se comparada à decisão que um dos membros do grupo tomaria individualmente. [...] Não é difícil associar esse fenômeno a comportamentos incompreensivelmente típicos dos tribunais brasileiros, como a jurisprudência defensiva. Como explicar que, mesmo diante de um consenso generalizado em torno da necessidade de efetividade do processo, de acesso à justiça e do desapego ao formalismo, os tribunais continuem criando requisitos formais não previstos em lei para a apreciação de recursos? E, pior, como compreender a imediata negativa de seguimento a recursos que não observam esses requisitos, sem sequer se oportunizar a convalidação do vício? Como explicar, ainda, os inúmeros enunciados normativos afirmando a inaplicabilidade de normas do CPC que priorizam o julgamento de mérito? (ALVIM, 2017, p.19).

Logo, vemos como uma falsa premissa a ideia de que a submissão do caso ao colegiado sempre implicará maior previsibilidade. Afinal, assim como o magistrado singular, o órgão colegiado também é composto por magistrados (por certo que mais experientes), mas que têm a árdua tarefa de atribuir sentido ao direito, identificar princípios e regras, em meio a um interminável ordenamento jurídico, para dar a melhor solução constitucional possível à celeuma posta a exame.

Outra questão cujo registro se faz imperioso é a da patente nulidade em caso de não observância do art. 942, CPC/2015, ou seja, ante a existência de divergência, o julgamento não ter o seu devido prosseguimento em câmara cheia, podendo ser alegada e reconhecida a

qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (art. 278, parágrafo único, CPC/2015), de modo que não há se falar em trânsito em julgado, o que ensejaria, inclusive, a *querela nullitatis* (BARBUGIANI, 2017, p. 18). Também poderá ser a primeira nulidade a ser apontada em preliminar em eventual recurso especial (WAMBIER, 2017, p. 47-48).

Já há, inclusive, precedente no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que decretou a nulidade da decisão para corrigir o vício relativo à não aplicação da técnica de julgamento.⁴

Ademais, o ideal é que o julgamento tenha sequência na mesma sessão somente se os demais julgadores que integrarão a turma estiverem presentes e, em caso de sustentação oral, tiverem a oportunidade de ouvi-la; do contrário, o presidente deverá designar nova inclusão em pauta com a presença de todos os magistrados.

Enfim, tendo em mente que a jurisprudência dos tribunais deve se manter íntegra, estável e coerente a princípios adjudicativos (DWORKIN, 1986, p. 176), nos termos do já citado art. 926, CPC/2015, o dissenso deve ser tratado como um sinal de alerta de que a temática e o caso em apreciação são de maior complexidade e merecem uma atenção especial na argumentação e na fundamentação.

Portanto, o propósito não é apenas ampliar o *quorum*, mas, sim, a devida cautela a um caso controverso que merece maiores reflexões sobre qual é a jurisprudência que se quer criar no âmbito de um Estado Democrático de Direito (KOZIKOSKI; PUGLIESE, 2017, p. 34).

Para entendermos melhor as dificuldades práticas e operacionais do incidente, passa-se à explicação da teoria da Análise Econômica do Direito, pela qual se pretende demonstrar mais adiante a ausência de eficiência e racionalidade da técnica.

⁴ Cf. TRF3, 4ª Turma, AC 00003007520114036104, Des. Federal André Nabarrete, e-DJF3 Judicial 1 - Data: 7/10/2016.

3 A teoria da Análise Econômica do Direito (Law and Economics)

Conforme já adiantado na introdução do estudo, a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), também conhecida como teoria dos custos do direito, é um ramo que aplica à microeconomia neoclássica do bem-estar (em conjunto com a vertente welfarista) para avaliar e inclinar determinadas instituições jurídicas como facilitadoras do livre mercado e como solução de seu desequilíbrio.

É relativamente contemporânea em comparação a praticamente todas as outras correntes da Filosofia do Direito, idealizada, em 1960, por Ronald Coase (“The problem of social cost”, *Journal of Law and Economics*, nº 3), quando feita uma crítica à intervenção estatal e ao custo social e econômico, de sorte que o entrave principal do mercado são os custos de transação (assimetrias informacionais, custos de barganha, custos legais e custos de busca) e não as externalidades (PACHECO, 1994, p. 28), pelo que as trocas entre os agentes econômicos devem ser livres a fim de que a eficiência econômica seja sempre alcançada (Teorema de Coase).

Na mesma toada, em 1961, Guido Calabresi (“Some thoughts on risk distribution and the law of torts”, *Yale Law Journal*, v. 68) examinou a distribuição de riscos como forma de atribuição de responsabilidade de danos (ALVAREZ, 2006, p. 52).

Todavia, tal corrente só ganhou força em pesquisa e em visibilidade a partir de 1973, com o impulso dado pelo estudo de Richard Posner, da conservadora Escola de Chicago, denominado *Economic Analysis of Law*, no qual defendeu que a função do jurista deveria ser alocar os recursos jurídicos de maneira eficiente, interligando o Direito e a Economia simultaneamente, de modo a sempre abarcar uma ação que maximize a própria satisfação racionalmente, reagindo a estímulos e desestímulos externos (POSNER, 1990, p. 84).

Seria positivo, então, registrar o conceito de eficiência, bastante conhecido, que é o de Kaldor-Hicks, segundo o qual é a confrontação dos custos sociais e dos benefícios de determinada norma jurídica, no sentido de que a vigência dessa norma sempre implicará benefícios para um grupo e custos para outro. Por isso, diz-se que a eficiência está intimamente ligada ao bem-estar social, porque, quando a regra ou o princípio é eficiente, ela gera impactos positivos na sociedade (TABAK, 2015, p. 324).

Com efeito, a Análise Econômica do Direito retoma os postulados do realismo e supera a limitação do formalismo, consignando que a racionalidade das normas e do ordenamento jurídico como um todo é uma racionalidade do tipo econômico, que visa à maximização dos interesses pelo menor custo possível.

Nesse sentido, quanto às escolhas racionais, Cristiane de Oliveira Coelho diz que os indivíduos tomam suas decisões de forma racional e para maximizar a diferença entre os benefícios buscados e os custos advindos de suas condutas. Dessarte, sopesam como determinado comportamento refletirá em seu bem-estar a fim de abarcar o máximo de satisfação possível (COELHO, 2007, p. 10).

Assim, é premissa fundamental dessa teoria a ideia de que os indivíduos sejam agentes racionais que sempre optarão por uma ação que potencialize suas próprias utilidades baseadas em preferências consistentes e transitivas (SPECTOR, 2003, p. 9).

Richard Posner assevera que a *Law and Economics* é dividida em dois ramos: o primeiro é derivado de Adam Smith e tem como objeto as leis que regulam o mercado desenvolvido com o progresso da economia como ciência e a inexorável regulação do próprio Estado desse mercado. Já o segundo ramo é fruto das pesquisas de Jeremy Bentham e tem por objeto a legislação que regulamenta o comportamento alheio ao mercado explícito, ao qual Adam Smith faz referência,

pelo que o direito seria um mecanismo de incentivos de caráter instrumental como meio de atingir os fins sociais (POSNER, 2000, p. 66-67).

A partir disso, vemos que o direito, do ponto de vista prático, influencia o comportamento do seu jurisdicionado, quando fixa preços e responsabilidades para certas estruturas e fixa sanções para determinadas condutas.

Portanto, uma vez bem estabelecida a teoria da ação racional nesse contexto, vê-se que o direito nada mais é do que um conjunto de guias e incentivos de escolhas individuais para a consecução da eficiência econômica.

A teoria de Richard Posner desdobra-se na teoria econômica do impacto legal, na qual se analisam os efeitos das normas desde o ponto de vista econômico, aplicando-se a econometria para especificar e quantificar os efeitos das normas e os custos de seus efeitos produzidos no mercado. Assim, introduz-se um viés consequencialista no processo de tomada de decisões. Entretanto, a novidade da Análise Econômica do Direito é conferir uma fundamentação econômica à teoria do direito e, nesse sentido, terá que se centrar na eficiência e no princípio da maximização (ALVAREZ, 2006, p. 58).

Há também quem critique a incessante busca pela eficiência. Sustenta-se que a lei não deveria se prestar como um instrumento dessa maximização de riqueza. De igual maneira, as decisões econômicas não deveriam ser tomadas por juízes, tendo em vista a ausência de técnica suficiente para tanto por parte dos magistrados (BUCHANAN, 2000, p. 123-132).

Lado outro, tal crítica é rebatida por Albert Casamiglia (1987, p. 273), quando diz que, do ponto de vista econômico, os economistas consideram que o único requisito indispensável a um sistema é a sua eficiência, acrescentando, ainda, que toda moral carece de sentido.

Além disso, para o mencionado autor, existe uma relação inversamente proporcional entre eficiência e equidade, não obstante

alertar que: (i) uma sociedade idealmente justa é uma sociedade eficiente; (ii) que uma sociedade que desperdiça e não utiliza todos os recursos disponíveis não é uma boa sociedade e dificilmente seria qualificada como justa e equitativa; (iii) que a eficiência é um componente da justiça, embora não seja o principal critério; (iv) que a eficiência, entendida como critério que maximiza a riqueza social, exige a intervenção estatal ou intervenções externas ao mercado; (v) que observar o fenômeno jurídico, a partir da eficiência, pode ser muito útil para a construção de uma política jurídica que alcance seus objetivos, sendo fundamental avaliar os institutos jurídicos em função da eficiência (CASAMIGLIA, 1987).

Nessa toada, é de grande valia sopesarmos se eficiência e justiça são valores independentes ou que devem se completar em um estado de simbiose social. A resposta estaria na criação de um terceiro elemento conjuntural, desde que a igualdade seja o critério de apuração da justiça na comunidade política (DWORKIN, 2000, p. 400-401).

Outra interessante questão a ser levantada é o pensamento de que os representantes do povo deveriam tomar suas decisões políticas no intuito de maximizar a riqueza da própria sociedade que representam, afinal, o uso da Análise Econômica do Direito para lidar com proposições legislativas e políticas públicas é fundamental.

Além disso, os juízes do sistema de *Common Law* deveriam adotar a mesma estratégia, porquanto (i) os jurisdicionados já aceitaram os princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico, os quais serão aplicados aos processos; (ii) e porque tais normas são de absoluto interesse desses jurisdicionados, inclusive da parte sucumbente (caráter nitidamente utilitarista), tendo em vista que a segurança jurídica e o bem-estar da justiça são os pilares de qualquer Estado em regime democrático (DWORKIN, 2000, p. 411-412).

Outrossim, também no âmbito empresarial, pode-se destacar a consideração de custos e benefícios privados na produção.⁵ De igual modo, também é possível aplicar a teoria econômica no processo legislativo e, caso majore o bem-estar e promova a eficiência, deverá ser adotada. É o que se pretende demonstrar no capítulo seguinte deste artigo.

Será que a comissão formada no Congresso Nacional levou em consideração as diretrizes da Escola da Análise Econômica do Direito no momento da criação da técnica de julgamento? Seria esse incidente compatível com os ideais de celeridade processual contidos no próprio Código de Processo Civil de 2015? A ampliação do *quorum* da turma julgadora é pertinente quando vista dentro do atual contexto do Poder Judiciário?

São alguns dos questionamentos que serão respondidos a seguir, tendo sempre em mente os conceitos desenvolvidos por Ronald Coase e Richard Posner, isto é, a eficiência e a maximização de interesses dos envolvidos na redução de custos.

4 As dificuldades operacionais da técnica de julgamento do art. 942 do CPC/2015 à luz das diretrizes da Análise Econômica do Direito

O julgamento estendido previsto no Código de Processo Civil de 2015 (art. 942) tem sido alvo de críticas frequentes por parte da doutrina no tocante à sua própria criação e à eficiência de sua operacionalidade.

⁵ Por exemplo, ao decidir quanto produzir, uma firma compara os benefícios e custos adicionais de produzir uma unidade a mais. Esses benefícios e custos adicionais são denominados benefícios e custos marginais. A “regra de ouro” é a de que os custos marginais devem se igualar aos benefícios marginais para que se encontre o ponto de equilíbrio. Isso ocorre porque, se o benefício marginal é maior que o custo marginal, então uma unidade produzida a mais gera mais benefício que custo. Nesse caso, a firma é induzida a aumentar sua produção. Por outro lado, se o custo marginal é maior que o benefício marginal, a firma reduzirá seu nível de produção e aumentará seu benefício líquido. Isso vale para consumidores, trabalhadores, empresas e agentes econômicos em geral (TABAK, 2015, p. 322).

Compartilhamos do posicionamento crítico em relação ao referido incidente, porquanto, além de não observar a razoável duração do processo, também viola o princípio da inércia da jurisdição.

É que, ao final do julgamento da tríade, as partes podem estar plenamente de acordo com o provimento jurisdicional concedido pela turma, ainda que haja divergência de um julgador, situação que comumente se verifica na prática forense.

No entanto, em vez de se aguardar o trânsito em julgado, o feito deverá obrigatoriamente seguir em julgamento, com a provável designação de nova data, já que a continuação na mesma sessão é bastante dissociada da realidade saturada das pautas dos tribunais brasileiros, muito embora o § 1º do art. 942 faculte a continuação em ato sequencial.

Assim, abre-se espaço para um problema: as partes estarem satisfeitas com o provimento oferecido, mas terem de aguardar desnecessariamente nova sessão que conte com todos os magistrados do órgão fracionário.

E não é só. Como os desembargadores que já votaram podem se retratar na sessão seguinte, o magistrado dissente pode se colocar de acordo com os seus pares, e um incidente que só existe por causa de uma divergência pode acabar com um resultado unânime, sem a necessidade de ampliar o *quorum*, o que fere, de forma patente, a eficiência e a racionalidade marcantes da Escola da Análise Econômica do Direito.

Ademais, de nada adianta a tentativa de simplificação do sistema recursal brasileiro ao combater a prodigalidade de recursos e extinguir os embargos infringentes (voluntários), mas, na prática, automatizá-los com uma técnica de julgamento (involuntária).

Além da questão já mencionada de que não mais se exige o julgamento de mérito processual nem que o acórdão reforme a sentença, é notoriamente conhecido, na praxe, que o índice de interposição dos infringentes era bastante reduzido, de modo que fica caracterizado um

forte desequilíbrio na teoria dos custos pela alocação equivocada de recursos jurídicos em dissonância à racionalidade de tipo econômico.

E o mesmo raciocínio se aplica ao agravo de instrumento e à ação rescisória, porém com uma dificuldade ainda maior quanto a esta, já que a primeira turma julgadora deve ser necessariamente composta por todos os integrantes da câmara (e.g. RITJMG, art. 37, I, “a”, “b”),⁶ pelo que a extensão do art. 942 exigiria a convocação de outro órgão fracionário para o término do julgamento.

Ainda que custoso, tal procedimento seria factível em grandes tribunais, tais como o TJSP, TJRJ, TJMG, etc. Mas, e quanto a alguns tribunais da região norte do país? O TJAC e TJRO possuem câmaras cíveis com apenas três desembargadores.

Logo, a cada divergência, o outro órgão fracionário deverá ser convocado para dirimir o caso em apreciação ou deliberar em câmaras reunidas. Todavia, há caso mais grave. No TJRR, há tão somente uma câmara cível em todo o tribunal. Portanto, a única saída encontrada é a convocação de desembargadores de câmara criminal ou membros da direção da Corte.

Portanto, respeitando a opinião diversa, andou mal o legislador ao promover tamanha reforma em todo o sistema processual brasileiro, mas sem prever as deletérias consequências em determinados Estados da Federação que não contam com a estrutura dos tribunais situados no sudeste e sul do país.

Dando sequência à polêmica, também é imperioso destacar, neste estudo, a possibilidade do chamado efeito sanfona na composição do *quorum*, alertado por Guilherme Freire de Barros Teixeira.

⁶Art. 37. Compete às câmaras cíveis processar e julgar:

I - com a participação de todos os seus membros:

a) a ação rescisória de sentença, observada sua competência recursal;

b) a ação rescisória de acórdão de outra câmara cível de igual competência recursal; [...]” (MINAS GERAIS, 2012).

Suponha-se que, por maioria de votos, seja decidida uma questão qualquer, havendo necessidade de ampliação da turma. Julgado o ponto de divergência pela câmara cheia, como ficaria o *quorum* para a sequência do julgamento? Continuam os cinco julgadores ou retorna-se para a configuração originária? É preciso lembrar que, durante o julgamento, poderão ser vários os pontos divergentes, gerando um verdadeiro “efeito sanfona” na composição do *quorum* (TEIXEIRA, 2017, p. 39).

Dessarte, é mais racional e econômico aplicar o seguinte entendimento: uma vez ampliado, permanece-se ampliado até o final do julgamento. Imagine-se se, em um processo com vários recursos e feitos conexos, a cada ponto divergente, for designada nova sessão para estender o *quorum*? De fato, infringir-se-ia a regra de ouro da *Law and Economics*.

Parte da doutrina também já vem se manifestando nesse sentido, como é o caso de Teresa Arruda Alvim, quando aduz o seguinte exemplo: vota-se, por maioria, quanto à existência de prescrição, ampliando-se, conseqüentemente, o *quorum*. Em seguida, no julgamento estendido, decide-se que não há prescrição. Assim sendo, a ampliação deve permanecer para julgar-se o mérito propriamente dito? Ora, se o instituto foi concebido para simplificar, o resultado da sua aplicação não pode gerar mais ônus temporais para as partes do que geravam os extintos embargos infringentes. Ou seja, a orientação correta seria a de prosseguir no julgamento com o órgão jurisdicional ampliado até o final (WAMBIER, 2017, p. 47-48).

Não obstante, esse não foi o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que houve por bem retornar ao colegiado inicial após a superação de divergência por cinco julgadores.⁷

Ainda que se firme por tal concepção, o ideal seria que todos os Tribunais pátrios se uniformizassem por um ou outro entendi-

⁷ “Art. 245-A. [...] § 2º. Formada a composição do *quórum* em prosseguimento, rejeitada a preliminar ou prejudicial, por maioria de votos, e não sendo considerada incompatível a apreciação do mérito, serão dispensados os outros julgadores especificamente convocados para análise da divergência quanto à preliminar” (PARANÁ, 2010).

mento, sob pena de quebra da segurança jurídica e de violação ao art. 926 do CPC/2015.

5 Considerações finais

A conclusão a que se chega com este artigo é que a criação da técnica de julgamento do art. 942, CPC/2015, não vai ao encontro do objetivo de simplificação do processo previsto na exposição de motivos, notadamente quando vemos a sua aplicação na prática, que é ainda mais agravada em determinados Estados da Federação, que não contam com a estrutura pessoal dos grandes tribunais brasileiros.

Com a devida *venia* ao posicionamento em sentido contrário, não nos parece ponderada a instituição de um incidente que amplia a colegialidade de um julgamento independentemente da vontade das partes, apenas em função de um dissenso, no qual autor, réu e eventuais terceiros interessados podem estar plenamente de acordo com o já decidido pela turma. Aliás, como sói dizer o Ministro Marco Aurélio de Mello, nas sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal, o dissenso é salutar em um órgão colegiado (BRASIL, 2013).

Se o intuito do Código de Processo Civil de 2015 é que as partes tenham o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º), é irracional e contraditório, do ponto de vista das diretrizes da Escola da Análise Econômica do Direito, o emprego de uma “solução” impositiva imbuída de formalidades excessivas que prejudicam a razoável duração do processo (cláusula pétrea da Constituição Federal).

Ademais, demonstrou-se, por meio de uma pesquisa da Universidade de Chicago, que é falsa a premissa de que, quanto maior o colegiado, maior será a uniformização da jurisprudência e mais próximo se estará da segurança jurídica.

Portanto, os custos acarretados pelas dúvidas e ineficiências causadas pelo julgamento estendido são muito altos para o Poder Judiciário, os jurisdicionados e os operadores do direito, de modo que concluímos que eficiência e justiça devem andar lado a lado para maximizar os interesses de forma economicamente racional e neutralizar os efeitos das externalidades negativas.

Além disso, eficiência e justiça também são conceitos que deveriam se complementar e coexistir simultaneamente na prática, a fim de que todos os valores e normas fundamentais sejam respeitados no âmbito do Estado Democrático de Direito, tal como previsto no art. 1º do CPC/2015.

Referências

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

ALVIM, Teresa Arruda. Ampliar a colegialidade: a que custo? *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n.1, p. 17-27, 2017.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Uma análise comparativa entre os embargos infringentes do CPC de 1973 e a técnica de julgamento do artigo 942 do CPC de 2015: uma alteração de paradigma. *In: MARANHÃO, Clayton et al. (Coords.). Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do art. 942 do CPC*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.762.236/SP. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma, maioria de votos. Brasília, DF, j. em 19 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, v. 225, t. V, jul./set. 2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/225_5.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

BUCHANAN, James M. Buena economía. Mal derecho. In: ROEMER, Andrés (Org.). *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

CASAMIGLIA, Albert. Eficiencia y derecho. *Doxa*, Alicante, Universidade de Alicante, n. 4, p. 267-287, 1987.

COELHO, Cristiane de Oliveira. A análise econômica do Direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. *UC Berkeley Program in Law and Economics*, 2007. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>. Acesso em: 12 ago. 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O julgamento ampliado do colegiado em caso de divergência (CPC, art. 942) e as repercussões práticas da definição de sua natureza jurídica. *Migalhas*, 8 fev. 2017. Disponível

em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253284,101048-O+-julgamento+ampliado+do+colegiado+em+caso+de+divergencia+CP-C+art+942>. Acesso em: 12 ago. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Por que a eficiência?* Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo; PUGLIESE, William Soares. Uniformidade da jurisprudência, divergência e vinculação do colegiado. In: MARANHÃO, Clayton *et al.* (Coords.). *Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do art. 942 do CPC*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar. A transformação dos embargos infringentes em técnica de julgamento: ampliação das hipóteses. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Coords.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. II.

MINAS GERAIS. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Resolução do Tribunal Pleno nº 3, de 26 de julho de 2012. Contém o Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 ago. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Novas vicissitudes dos embargos infringentes. *Gênesis, Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 25, p. 519-528, jul./set. 2002.

PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARANÁ. *Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Resolução do Tribunal Pleno nº 1, de 5 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 12 ago. 2019.

POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Harvard: University Press, 1990.

POSNER, Richard. Usos y abusos de la análise económica. In: ROEMER, Andrés (Org.). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SPECTOR, Horacio. Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n. 26, p. 241-260, 2003.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 205, jan./mar. 2015.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Art. 942 do CPC 2015 e suas dificuldades operacionais: aspectos práticos. In: MARANHÃO, Clayton *et al.* (Coords.). *Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do art. 942 do CPC*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Ampliação da colegialidade: o polêmico art. 942 do CPC de 2015. In: MARANHÃO, Clayton *et al.* (Coords.). *Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do art. 942 do CPC*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.



CAPÍTULO

V

**Execução e cumprimento
de sentença**

28. A efetividade do processo de execução no novo Código de Processo Civil: avanços, inovações e críticas

Juliano Agnus de Souza Carvalho

Assessor Judiciário do TJMG.

Pós-graduado em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada (IEC), PUC Minas. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE) e o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (*Ius Gentium Conimbrigae*).

1 Introdução

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o propalado “novo Código de Processo Civil”, trouxe, como uma de suas grandes novidades, a introdução, no texto do referido Código, de preceitos/princípios previstos pela Constituição da República.

É a chamada constitucionalização do processo civil, ou mesmo processo civil constitucional, da qual podemos ainda extrair a ideia de um Código de Processo Civil principiológico, ideia essa materializada, inclusive, com a edição do Enunciado nº 370 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), segundo o qual “norma processual fundamental pode ser regra ou princípio”.

Nesse sentido, trecho extraído da exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil, assinada pela Comissão de Juristas, encaminhada ao Presidente do Senado Federal:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; [...] A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual (BRASIL, 2010, p. 23).

Confira-se, a propósito, a redação do art. 1º do novo Código de Processo Civil, dada pela Lei nº 13.105/2015:

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

Vale dizer, da leitura dos 12 artigos constantes da Parte Geral do novo Código, Livro I, Título Único, Capítulo I, infere-se que vários princípios previstos no texto constitucional foram transportados para o novo Código de Processo Civil, dentre os quais destacamos o da efetividade, disposto em seu art. 6º: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Pois bem, segundo o magistério de Maria Helena Diniz (2008, p. 132), o termo “efetivo”, à luz da Teoria Geral do Direito, significa “o que existe, na verdade, em oposição ao que é possível”, ou, ainda, o que é real, permanente.

Já para Silva, o termo efetividade,

[...] derivado de efeitos, do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer, acabar), indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade. Quer assim dizer o que está em vigência, está sendo cumprido ou está em atual exercício, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos (SILVA, 2010, p. 513).

E prossegue o renomado doutrinador, afirmando que

[...] sem fugir a seu fundamental sentido, na técnica processual, efetividade exprime também esse caráter de efetivo, designando, assim, todo ato processual que foi integralmente cumprido ou executado, de modo a surtir, como é de regra, os desejados efeitos (SILVA, 2010, p. 513).

Partindo desses conceitos e voltando-se para a prestação jurisdicional propriamente dita, é possível concluir que o princípio da efetividade, inserido no texto do novo CPC, tem por finalidade tornar eficazes e eficientes as regras regentes do processo civil, das quais se valem as partes na busca da prestação jurisdicional.

Nas palavras do professor Alexandre Câmara, “tratar da eficácia do processo é examinar o conjunto de consequências que o processo é capaz de produzir” (CÂMARA, 2014, p. 13).

Isso é dizer, ao inserir o princípio da efetividade como baliza do processo civil, quis o legislador fazer com que a prestação jurisdicional buscada seja, de fato, efetiva, ou seja, a utilização das normas regentes do processo civil, das quais se vale o julgador para a prolação da decisão, deve, por si só, atingir seus propósitos.

Prova disso é a redação dada ao art. 8º do novo CPC, segundo o qual:

[...] 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 (BRASIL, 2015).

Com efeito, se a prestação jurisdicional se dá com a prolação de uma sentença, por meio da qual é dado à parte o direito postulado, deve essa ser efetiva, revestida de autoridade e, mais, ser eficiente.

Nesse sentido, aliás, a conclusão obtida por Leonardo Carneiro da Cunha, para quem “a efetividade relaciona-se com o cumprimento das normas jurídicas: uma norma é efetiva quando seja cumprida por seus destinatários. A efetividade é, então, uma medida de realização concreta dos efeitos calculados *in abstracto* na norma jurídica” (CUNHA, 2014, p. 67).

Ter-se-á, pois, uma prestação jurisdicional efetiva quando o comando da sentença prolatada pelo magistrado, pautada nas normas materiais e processuais vigentes, regidas pelos princípios ali previstos, possa ser efetivamente cumprido, ou seja, quando o direito postulado pela parte, reconhecido/dado por meio de uma sentença, não encontre óbice para o seu exercício.

Essa, talvez, tenha sido a ideia do legislador, ao introduzir o princípio da efetividade como norma processual.

2 A efetividade e o processo de execução/cumprimento de sentença no novo Código de Processo Civil

Partindo dessas premissas, para o estudo da execução, infere-se, da leitura do texto da Lei nº 13.105/2015, que, embora sensíveis e pontuais, são impactantes as mudanças promovidas, resguardada, porém, a sintonia com o texto constitucional.

Mais uma prova disso é o trecho – abaixo reproduzido – extraído da exposição de motivos acima mencionada. Confira-se:

Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. [...] Assim procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual: criou saudável equilíbrio entre a conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado (BRASIL, 2010, p. 22).

Sobre o tema, o comentário de Arruda Alvim:

A filosofia do PL 8.046/2010, em linhas gerais, é a seguinte: não se pretendeu fazer uma mudança radical ou brusca, até porque as mudanças radicais em direito geralmente não se justificam, e, se feitas, não geram resultados satisfatórios. Procurou-se manter o que seria aproveitável do Código vigente e incorporar novidades tendo em vista uma resposta mais atual aos problemas que afligem os operadores do direito (ALVIM, 2014, p. 90).

Como acima dito, de uma leitura atenta da Lei nº 13.105/2015, observa-se que o tema execução/cumprimento de sentença foi, talvez, o que menos alterações sofreu, o que se justifica pelas reformas ocorridas a partir de meados da década de 1990 e, em especial, nos anos de 2000, a partir da edição das Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006.

Confira-se, a esse respeito, a lição doutrinária de Misael Montenegro Filho:

O legislador infraconstitucional não promoveu grandes modificações nas regras que disciplinam a denominada ‘fase de cumprimento da sentença’, já que esse compartimento do código foi modificado recentemente, por força da Lei nº 11.232/2005,

modificação que se mostrou adequada, contribuindo para o encerramento do processo em espaço de tempo menor (MONTE-NEGRO FILHO, 2015, p. 127).

Destaquem-se, nesse sentido, trechos do voto exarado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, relator do REsp nº 1.262.933/RJ. Confira-se:

Nesse passo, a denominada ‘Reforma do Código de Processo Civil’, por meio da edição de sucessivas leis processuais, introduziu significativas alterações no sistema processual brasileiro, principalmente no procedimento executivo, com o intuito de promover a justa, efetiva e célere prestação jurisdicional (BRASIL, 2013).

No entanto – repita-se, como será visto adiante, embora poucas, as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil – no tocante ao cumprimento de sentença/execução – são significativas, todas elas pautadas numa visível preocupação do legislador com a efetividade.

A esse respeito, a lição de Gilberto Notário Ligerio, para quem

o processo desempenha fundamental papel de elemento legitimador da atividade jurisdicional, ou seja, numa visão garantista do processo, ele se revela um mecanismo essencial para a realização concreta do direito material, partindo de uma observância ao princípio do devido processo legal (LIGERIO, 2014, p. 455).

Pode-se dizer que a Lei nº 13.105/2015 não trouxe, em sua redação, nenhuma grande novidade estrutural, dada a timidez do legislador ao tratar do tema, e que, a despeito de prever inovações, a exemplo da atipicidade dos meios executivos, prevista no art. 139, manteve, contudo, o caráter judicializado da execução, tendo-se perdido, aí, uma grande oportunidade de revolucionar o tema.

3 Das inovações trazidas pela Lei nº 13.105/2015 no processo de execução/cumprimento de sentença e a busca pela efetividade

A primeira das mudanças observadas na Lei nº 13.105/2015, no tocante ao cumprimento/execução de sentença, diz respeito à estruturação executiva dentro do Código de Processo Civil.

Vale dizer que, ao passo que o Código de Processo Civil de 1973 tratava a execução de forma pulverizada, ao longo de vários artigos dispersos pelo texto, o novo Código estabelece uma estruturação mais harmônica – e, digamos, adequada – para tratar a execução, na medida em que, ao encerrar o capítulo da fase de conhecimento, traz, num único título (II), uma sequência de capítulos que tratam de todas as modalidades de cumprimento de sentença (art. 523 a 538), a saber: cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa (capítulo III); cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos (capítulo IV); cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública (capítulo V); cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa (capítulo VI).

E, a seguir, em seu Livro II, Título I, o novo Código de Processo Civil dispõe sobre as normas gerais/processuais da execução.

A esse respeito, a preciosa lição de Araken de Assis:

Aqui cabia criticar a arquitetura legislativa do CPC de 1973. Limitar as funções da jurisdição às três estruturas então concebidas, respectivamente, o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar, prendia ‘à época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações’. Tão artificial se afigurava a divisão tricotômica dos ‘processos’, e postiça a pureza funcional dessas estruturas, que acabava sem explicações, e insatisfatoriamente compreendido o motivo por que há cognição no ‘processo’ exe-

cutivo ou cautelar, e, ainda, por que atos executórios ocorrem no 'processo' de conhecimento (ASSIS, 2016, p. 108).

Nessa linha de medidas que visam prestigiar o princípio da efetividade, destacamos, como uma primeira novidade advinda com o novo Código de Processo Civil, a codificação, por meio de seu art. 513, § 2º, I, do entendimento manifestado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da intimação do devedor para cumprimento da sentença, que será dada, em primeiro lugar, por meio do Diário da Justiça, na pessoa do advogado constituído nos autos.

Nessa esteira, no ano de 2013, mais precisamente em 19/6/2013, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.262.933/RJ, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, sedimentou o entendimento agora codificado, acima mencionado. Confira-se, a propósito, a ementa do acórdão supracitado, publicado no Diário do Judiciário em 20/8/2013:

Processual civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Cumprimento de sentença. Execução por quantia certa. Título judicial. Multa do art. 475-J do CPC. Necessidade de intimação apenas na pessoa do advogado do devedor, mediante publicação na Imprensa Oficial. - Para fins do art. 543-C do CPC: Na fase de cumprimento de sentença, o devedor deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na Imprensa Oficial, para efetuar o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir a multa de 10% (dez por cento) sobre montante da condenação (art. 475-J do CPC). - No caso concreto, recurso especial parcialmente provido, apenas para sanar o erro material detectado no acórdão que julgou os embargos de declaração, de modo que não há falar em aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2013).

Ainda no que se refere à citação do executado para o cumprimento de sentença, outra novidade trazida pelo novo Código de Processo Civil se encontra na redação do mesmo art. 513, § 2º, II, em que

se estabelece que o devedor será intimado para cumprir a sentença por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública, ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV.

E mais, prevê o novel Código de Processo Civil, no inciso IV do citado art. 513, § 2º, a intimação do devedor, por edital, para cumprimento da sentença, quando, citado na forma do art. 256, tiver sido revel na fase de conhecimento.

Outras duas inovações constantes ainda das disposições gerais inerentes ao cumprimento de sentença – destinadas ao atendimento da efetividade – encontram-se previstas nos §§ 4º e 5º do art. 513.

Outra grande novidade, e talvez de todas a mais emblemática do novo Código, no sentido de demonstrar a preocupação do legislador com a efetividade do processo de execução em particular, encontra-se em seu art. 517,¹ em que se prevê a possibilidade de se levar a protesto a decisão judicial transitada em julgado, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário de 15 (quinze) dias, conforme previsão do art. 523.²

Trata-se, pois, de uma nova modalidade de execução indireta, que tem por finalidade, em consonância com o espírito desse novo Código, garantir a efetividade das decisões judiciais e, via de consequência, do processo de execução.

Dessa maneira, é possível afirmar que o novo Código de Processo Civil, de maneira geral, tem uma intensa preocupação com a implementação de medidas executivas indiretas, cuja finalidade – frise-se – é viabilizar, da melhor maneira possível, o cumprimento das sentenças.

Nessa linha de raciocínio, de preocupação do legislador com a efetividade do processo de execução, destaque para outras duas novidades

¹“Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.”

² “Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.”

trazidas pelo novo Código de Processo Civil, consubstanciadas na atribuição de poderes ao magistrado para a implementação dessas medidas.

É o que se colhe da redação dos art. 139, IV, e 782, § 3º, da Lei nº 13.105/2015:

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; [...].

[...]

Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.

[...]

§ 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

E nos dizeres de Araken de Assis,

Deixou a lei ao juiz, na execução, vários e grandes espaços para o uso de poderes discricionários, ressalvada sua adstrição ao pedido imediato da parte, representado pela escolha do meio executório. No tocante aos atos do procedimento *in executivis*, propriamente dito, a margem de discricção judicial é considerável (ASSIS, 2016, p. 135).

Todavia, impõe-se ressaltar que se está, mais uma vez, diante de uma hipótese de codificação do entendimento reiteradamente manifestado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse passo, aliás, confira-se a ementa do acórdão proferido nos autos do REsp 1.533.206/MG, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, publicado no *DJe*, edição do dia 1º/2/2016:

Recurso Especial. Direito de família e processual civil. Alimentos. Execução. Protesto e inclusão do nome do devedor nos ca-

da restrição ao crédito (SPC e Serasa). Possibilidade. Forma de coerção indireta do executado. Máxima efetividade aos direitos fundamentais da criança e adolescente. Mínimo existencial para sobrevivência. [...] - É plenamente possível que o magistrado, no âmbito da execução de alimentos, venha a adotar, em razão da urgência de que se reveste o referido crédito e sua relevância social, as medidas executivas do protesto e da inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros de restrição ao crédito, caso se revelem como meio eficaz para a sua obtenção, garantindo à parte o acesso à tutela jurisdicional efetiva. [...] - Ademais, o STJ já sedimentou o entendimento de ser 'possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível' (REsp 750.805/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, *DJe* de 16/6/2009). - Trata-se de posicionamento já consagrado em legislações de direito comparado, sendo inclusive previsão do novo Código de Processo Civil, que estabeleceu expressamente a possibilidade do protesto e da negativação nos cadastros dos devedores de alimentos (art. 528 e 782) (BRASIL, 2016).

Vê-se, pois, da leitura da ementa do acórdão acima transcrita, que, no julgamento do caso em questão, tomou o Superior Tribunal de Justiça o cuidado de fazer menção ao texto do novo Código de Processo Civil, que, ao tempo do julgamento e da respectiva publicação do acórdão, não estava ainda em vigor.

Outra possibilidade que chama a atenção, no novo Código de Processo Civil, e que também se enquadra no rol de novidades que atentam para a efetividade da execução, refere-se ao acréscimo ao valor do débito de multa de 10% (dez por cento) e honorários de advogado, caso não ocorra o pagamento voluntário da dívida, no prazo de 15 (quinze) dias. É o que prevê o art. 523, § 1º:

Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa,

sa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do *caput*, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento (BRASIL, 2015).

Dentre essas inovações acima destacadas, vale a pena citar, ainda, a extensão do rol de títulos executivos judiciais, agora acrescidos da decisão homologatória de autocomposição judicial e da decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme previsão do art. 515, incisos II e IX.

Com efeito, não se tem dúvida de que o acréscimo dessas duas novas modalidades de título prestigia o espírito de efetividade do novo Código, na medida em que se estende o leque de possibilidades para viabilizar a implementação do direito postulado.

Por fim, outra inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil, e que pode ser compreendida como positiva, visando à efetividade do cumprimento de sentença/execução, é aquela estampada na redação do art. 526, segundo o qual “é lícito ao réu, antes de ser intimado para o cumprimento da sentença, comparecer em juízo e oferecer em pagamento o valor que entender devido, apresentando memória discriminada do cálculo”.

Trata-se, pois, de uma medida, uma faculdade atribuída ao devedor, e que pode, sim, viabilizar o adimplemento da obrigação, conquanto se apresenta como mais uma possibilidade de satisfação do direito postulado, além de afastar o devedor dos eventuais transtornos inerentes ao processo de execução, advindos dos atos expropriatórios.

4 O novo CPC e os obstáculos à efetividade do processo de execução

Por outro lado, ao mesmo tempo em que – como visto anteriormente – a Lei nº 13.105/2015 prevê medidas extremamente positivas para o alcance da efetividade do processo de execução, trouxe também previsões que caminham na contramão desse sentido.

Vale dizer, embora prime pela efetividade das decisões e pela eficiência da prestação jurisdicional, o novo Código de Processo Civil adota alguns mecanismos destinados à observância do devido processo legal, mais precisamente voltados para a recorribilidade, o que, no campo da execução/cumprimento de sentença, mostra-se contrário à ideia/propósito da efetividade.

Exemplo disso é o que se pode extrair da norma estampada nos art. 523, *caput*, e 525, *caput*:

Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

[...]

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação (BRASIL, 2015).

Ora, da leitura dos dispositivos supracitados, é possível concluir que o legislador estendeu de 15 (quinze) para 30 (trinta) dias o prazo para apresentação de impugnação/defesa do executado/devedor, ou seja, após exaurido o prazo de 15 (quinze) dias de que dispõe o devedor para o cumprimento voluntário da obrigação, ser-lhe-á dado

um novo prazo, de iguais 15 (quinze) dias, para apresentar sua defesa/impugnação, o que totaliza, portanto, 30 (trinta) dias.

Ainda do art. 525, *caput*, acima reproduzido, extrai-se outra novidade negativa trazida pelo novel Código de Processo Civil, consistente na eliminação da garantia do juízo para apresentação de impugnação pelo devedor.

Nas palavras de Araken de Assis, “[...] o executado tem o inequívoco direito de ver seu patrimônio, composto de bens materiais ou imateriais, retirado de sua esfera jurídica com a estrita observância das prescrições do procedimento antecipadamente previsto em lei” (ASSIS, 2016, p. 171).

E como se não bastassem o alargamento do prazo e a dispensa da garantia do juízo para impugnação ao cumprimento de sentença, o legislador processual acrescentou mais uma matéria de defesa para ser arguida pelo devedor, qual seja a incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução, conforme previsão do art. 525, § 1º, VI.

Assim, embora primem pela garantia do devido processo legal, tais medidas, vistas sob o prisma da efetividade e da eficiência, caminham na contramão desse espírito introduzido pelo novo Código de Processo Civil, visto que se apresentam como entrave para a efetiva realização do direito postulado.

Cite-se, aqui, mais uma vez, trecho extraído da exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, em que assim se conclui:

Em suma, para a elaboração do novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo (BRASIL, 2010).

Sobre o tema, a lição de Helder Moroni Câmara:

O que se percebe, então, é que, nos dias atuais, o que se busca é processo célere e que propicie a efetiva entrega da prestação jurisdicional, sem que, para tanto, se atente contra as garantias processuais e constitucionais, corolários da dignidade da pessoa humana (CÂMARA, 2014, p. 512).

Ora, não é preciso muito esforço para se concluir que a busca por um processo justo perpassa, necessariamente, pela observância ir-restrita dos meios inerentes à garantia do devido processo legal.

5 Conclusão

Como se observa, o processo executivo sofre grandes e importantes reformas nos anos de 2005 e de 2006, com a criação do cumprimento de sentença e com a alteração de várias regras da execução de título extrajudicial.

Pode-se dizer que, em matéria de execução, o Código de Processo Civil de 1973 já se apresentava moderno, vindo as alterações de 2015, com a entrada em vigor do nCPC, apenas confirmar as alterações já sofridas e ampliá-las no sentido de referenciar ao processo civil constitucional, trazendo, assim, avanços no sentido de assegurar a efetividade do processo de execução.

Vale dizer que, embora não seja marcado por uma grande mudança em sua estrutura, em razão, principalmente, das consideráveis alterações promovidas pela Lei nº 11.382/2006, o novo Código de Processo Civil introduz sensíveis e consideráveis inovações ao cumprimento de sentença/execução, que, nos dizeres do Ministro Athos Gusmão Carneiro (2014, p. 91), “é o verdadeiro ‘calcanhar da Aquiles’ da função jurisdicional”, conquanto a materialização do direito somente pode se traduzir, em regra, por meio de tais procedimentos.

É nesse contexto que, como visto ao longo do artigo, o legislador processual lançou mão de meios que primam pela efetividade do processo, meios estes que vão desde a facilitação da intimação do devedor à adoção, pelo julgador, de meios executivos atípicos, os quais poderão, de diversas maneiras, trazer repercussões práticas na vida do devedor.

Contudo, a necessidade de sintonia do Código com a Constituição da República, traduzida na reprodução textual de preceitos/princípios constitucionais, impôs a observância, dentre outros, da garantia do devido processo legal, o que, visto sob a óptica do devedor, poderá, por sua vez, ocasionar o retardamento do processo de execução, jogando por terra, assim, os passos dados rumo à garantia da efetividade na busca pela materialização do direito postulado, resultado da prestação jurisdicional.

Referências

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. In: ALVIM, Arruda *et al.* (Coords.). *Execução civil e temas afins* – do CPC/1973 ao novo CPC. Estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 72-90.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 8 dez. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do novo Código de Pro-

cesso Civil. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil - Recurso especial representativo de controvérsia - Art. 543-C do CPC - Cumprimento de sentença. Execução por quantia certa - Título judicial - Multa do artigo 475-J do CPC - Necessidade de intimação apenas na pessoa do advogado do devedor, mediante publicação na imprensa oficial. Recurso Especial nº 1.262.933/RJ. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, Acórdão de 19 jun. 2013. *Diário Judiciário eletrônico*, Brasília, DF, ago. 2013. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Temas_Diversos/Jurisprudencia_Temas_Diversos/REsp%201262933.pdf. Acesso em: 8 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial - Direito de família e processual civil - Alimentos - Execução - Protesto e inclusão do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito (SPC e Serasa) - Possibilidade - Forma de coerção indireta do executado - Máxima efetividade aos direitos fundamentais da criança e adolescente - Mínimo existencial para sobrevivência. Recurso Especial nº 1.533.206/MG. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, Acórdão de 1º fev. 2016. *Diário Judiciário eletrônico*, Brasília, DF, fev. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=55087469&num_registro=201403456537&data=20160201&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 dez. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: ALVIM, Arruda *et al.* (Coords.). *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC*. Estudos em

homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13-18.

CÂMARA, Helder Maroni. O processo justo de execução. *In: ALVIM, Arruda et al. (Coords.). Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC. Estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 510-516.*

CARNEIRO, Athos Gusmão. A dualidade conhecimento/execução e o projeto de novo Código de Processo Civil. *In: ALVIM, Teresa Arruda et al. (Coords.). Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC. Estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91-98.*

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 233, p. 65-84, jul. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 5., 2015, Vitória. *Anais...* Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2015.

LIGERO, Gilberto Notário. Algumas considerações sobre a efetividade do processo de execução e os atos executivos de pressão no Projeto de Código de Processo Civil. *In: ALVIM, Teresa Arruda et al. (Coords.). Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao novo CPC. Estudos em*

homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 452-461.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil – modificações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2015.

SENADO FEDERAL. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil - Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009 – Brasília, 2010*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

29. Decisão de saneamento do processo e o ônus da prova na fraude à execução

Rômulo dos Santos Duarte

Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Serrana/MG.
Pós-graduado em Direito Processual Civil e em Direito Público.

1 Introdução

No âmbito da responsabilidade patrimonial, princípio que norteia a execução, cabe ao Estado, após o reconhecimento do direito, satisfazê-lo. Elegemos o princípio da patrimonialidade, de maneira que o devedor responde com todos os seus bens, a fim de satisfazer a obrigação consubstanciada no título executivo. A execução, portanto, é real, e não pessoal. Desse modo, a alienação ou oneração de bens, de modo a frustrar a satisfação do credor, tipifica a fraude à execução, caracterizadora de atentado à dignidade da justiça.

Em alguns casos, a fraude se presume; em outros, necessita ser efetivamente demonstrada. Estabeleceu-se, na jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, seguida, portanto, pelos tribunais estaduais, a garantia de proteção ao terceiro de boa-fé.¹ A partir daí, desse ônus que se impõe aos envolvidos, importa saber a quem cabe provar o *eventus damnie* também a boa-fé; ao credor, ou ao terceiro que alega a aquisição do bem litigioso em desconhecimento com o estado de insolvência do devedor. Diante dessa questão, suscitada a fraude e ouvida a parte contrária, é direito subjetivo processual das

¹ Tema Repetitivo nº 243; REsp 956.943/PR.

partes a prolação de decisão de saneamento do processo, momento em que serão enfrentadas eventuais preliminares, estabelecendo-se, ainda, a distribuição do ônus probatório quanto aos requisitos da fraude, a depender do caso concreto e do bem penhorado – registrado ou não.

A matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 375 do STJ) trata da necessidade de registro da penhora, bem como da prova da má-fé do terceiro adquirente. Contudo, a quem compete a prova, a *contrario sensu*, da demonstração de boa-fé do adquirente?

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em seu art. 373, § 1º, a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, a depender da peculiaridade da causa ou da excessiva dificuldade de se cumprir o encargo probatório. Assim, poderia o juiz, diante de uma alegação de fraude à execução, distribuir o ônus probatório ao credor ou ao terceiro de boa-fé, a depender as circunstâncias do caso?

Importa saber a quem compete o ônus da prova diante da alegação de fraude à execução, questão que deve ser dirimida já na decisão de saneamento e organização do processo, ato processual complexo, indispensável e que não deve ser postergado. Aplicar-se-ia, invariavelmente, a distribuição tradicional, impondo-se ao credor o ônus da prova de suas alegações, fato constitutivo de seu direito? Ou, lado outro, a prova da boa-fé caberia ao terceiro adquirente, o qual alega tal circunstância? E se a penhora foi registrada, qual a natureza da presunção em favor da fraude – absoluta ou relativa? E, nesse caso, demandar-se-ia produção de provas?

Prestigiamos a boa-fé contratual e processual e adotamos o dever de cooperação das partes para a justa, célere e efetiva solução do litígio. Soma-se a isso o festejado princípio da não surpresa, de modo que, diante de uma alegação de fraude à execução, e considerando todos esses princípios, devem as partes, de antemão, ter conhecimento de quem deve provar o quê, questão que necessita ser anunciada pelo

juiz, possibilitando às partes fazer prova de suas alegações conforme previamente estabelecido.

Dentre as possibilidades possíveis, tem-se a distribuição tradicional do ônus da prova, nos termos do art. 373, *caput*, impondo-se ao credor o pesado fardo de provar a má-fé do terceiro adquirente. Por outro lado, tem-se a possibilidade do reconhecimento de que a alegação de boa-fé é que seria o fato constitutivo do direito, de modo a transferir-se tal encargo ao terceiro. E, por último, restaria ao julgador, diante de cada caso concreto, aplicar ou não a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, tendo em conta as peculiaridades do caso e a excessiva dificuldade de se cumprir o encargo.

Portanto, estabelecer o contraditório e, em seguida, definir-se quanto ao ônus probatório e os meios de prova que serão admitidos, em decisão de saneamento do processo, proferida em incidente, já na fase de cumprimento de sentença ou de execução de título extrajudicial, são medidas necessárias, que se impõem como garantia das partes e eficácia da decisão a ser posteriormente prolatada.

2 Fraude à execução

A partir do estudo doutrinário e tendo como base a natureza jurídica do instituto, o princípio que o norteia, bem como sua finalidade, ousamos conceituar a fraude à execução nos seguintes termos: é instituto de direito processual civil, provocado mediante incidente processual e caracterizador de ato atentatório à dignidade da justiça, que, baseando-se na limitação da disponibilidade dos bens do devedor que frustra o resultado da execução com a alienação de seus bens, torna esse ato ineficaz.

Da análise desse conceito, podemos afirmar que a fraude à execução: i) tem natureza jurídica de direito processual, e não de direito material (como na fraude contra credores); ii) tipifica ato atentatório

à dignidade da justiça, nos termos do art. 774, inc. I, do CPC,² com a possibilidade de aplicação de multa de até 20% do valor do débito, em benefício do exequente e exigível nos próprios autos do processo; iii) é suscitada mediante simples incidente processual, sem a necessidade de ação autônoma; iv) tem a frustração dos meios executórios com a alienação de bens (ou oneração, nos termos do art. 792 do CPC); v) tem por resultado, não a nulidade do ato, mas sim sua ineficácia perante o credor.

O instituto é previsto em um único artigo do Código de Processo Civil – art. 792 do CPC:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

² “Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução; [...]”

§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias (BRASIL, 2015).

No que tange aos elementos que tipificam o instituto, Araken de Assis bem os resume: “Dois requisitos formam a fraude contra o processo executivo: (a) litispendência; e (b) frustração dos meios executórios” (ASSIS, 2017, p. 399).

De fato, o Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento segundo o qual, para a caracterização da fraude, exige-se a citação válida, não bastando o ajuizamento da demanda (REsp 2.429-SP, Rel. Min. Barros Monteiro). Contudo, não se exige que a ação em curso seja de natureza executória, podendo ser ação de conhecimento. Nesse sentido, também a jurisprudência do STJ, citada por Araken de Assis: “Pode incidir a regra contida no inc. II do art. 593 do CPC (de 1973), ocorrendo fraude contra a execução, após a citação para o processo de conhecimento, não sendo indispensável que já tenha se instaurado a ação de execução” (ASSIS, 2017, p. 400).

Quanto aos meios executórios, basta a inexistência de bens penhoráveis, não se exigindo o *consilium fraudis*, elemento subjetivo do ato.

Portanto, para o reconhecimento da fraude, exige-se apenas a insolvência patrimonial, caracterizadora da frustração dos meios executivos (ausência de bens penhoráveis), bem como a existência de ação em curso, devendo a fraude ser suscitada incidentalmente no bojo da execução, sem a necessidade de ação própria.

O art. 792 do CPC traz, em seus cinco incisos, as hipóteses em que se considera a fraude à execução, que podem ser assim resumidos: I) alienação ou oneração de bens na pendência de ação fundada em direito real ou pretensão reipersecutória; II) existência de averba-

ção de processo de execução no registro do bem alienado ou onerado; III) existência de averbação, no registro imobiliário do bem alienado ou onerado, de hipoteca judiciária ou constrição judicial originária do processo em que se arguiu a fraude; IV) quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; V) nos demais casos expressos em lei.

3 O terceiro de boa-fé, Súmula nº 375 do STJ e Tema Repetitivo nº 243

Do ponto de vista do devedor, dispensamos o elemento subjetivo, o chamado *consilium fraudis*, como elemento caracterizador da fraude à execução; contudo, analisada a fraude sob o ângulo do terceiro, adquirente do bem litigioso, tutelamos sua boa-fé, inibindo, nesses casos, a produção do efeito esperado pelo credor com a alegação da fraude, qual seja a declaração de ineficácia da alienação ou oneração do bem.

Sendo assim, concluímos que os elementos que tipificam a fraude à execução, ao contrário da fraude contra credores, são de natureza objetiva: processo em curso e insolvência do devedor. Mesmo assim, a produção dos efeitos esperados depende da conduta do terceiro adquirente, se de boa ou má-fé, bem como de eventual registro do ato de constrição. Essa primeira análise, de cunho subjetivo, no sentido de conhecer ou não a situação de insolvência do devedor com a alienação do bem, perpassa, também, a análise do registro da constrição, conforme veremos adiante.

Então, firmado o entendimento pelos Tribunais Superiores quanto à necessidade de tutela do terceiro de boa-fé, é de rigor a menção aos termos da Súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça, bem como do julgamento do Repetitivo nº 956.943, também pelo STJ.

Dispõe a Súmula nº 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Já no Repetitivo nº 956.943/PR, julgado em 20/8/2014, fixou-se precedente paradigma, exigindo-se a citação e o registro da penhora para a constatação da fraude à execução:

Processo Civil. Recurso repetitivo. Art. 543-C do CPC. Fraude de execução. Embargos de terceiro. Súmula nº 375/STJ. Citação válida. Necessidade. Ciência de demanda capaz de levar o alienante à insolvência. Prova. Ônus do credor. Registro da penhora. Art. 659, § 4º, do CPC. Presunção de fraude. Art. 615-A, § 3º, do CPC.

1. Para fins do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte orientação:

1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula nº 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se, em fraude de execução, a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

2. Para a solução do caso concreto:

2.1. Aplicação da tese firmada.

2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, conseqüentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes (BRASIL, 2014).

Pois bem, vê-se que o julgado acima reafirma os termos da Súmula nº 375, anteriormente editada, protegendo o terceiro de boa-fé. Mas, enfim, quem é esse terceiro? E em que consiste essa boa-fé que é exigida para a tutela de seus direitos?

O terceiro de boa-fé é aquele que ignora o vício na alienação do bem, ou seja, desconhece a existência de ação que pode levar o alienante à insolvência. E assim o faz quando lhe é possível juridicamente comportar-se dessa forma, ou seja, naqueles casos em que a fraude não é presumida pela averbação da ação executória no registro do bem alienado ou onerado. Ao contrário, quando o bem é passível de registro e o credor não providenciou a averbação, pode o terceiro alegar e provar sua boa-fé, no sentido de desconhecer a insolvência do devedor-alienante do bem.

Nesse ponto, ressaltamos as hipóteses de fraude à execução, bem como a oportunidade em que se permite a análise objetiva da conduta do terceiro. Isso porque, tratando-se daqueles casos em que a ação judicial foi averbada junto à matrícula do bem, em sendo, evidentemente, esse bem alienado passível de registro, a fraude é presumida, não cabendo a discussão acerca da conduta do terceiro, que deverá, necessariamente, sucumbir perante o credor, por não ter diligenciado na situação patrimonial do devedor antes da aquisição do bem.

Assim, somente perquirimos acerca da boa ou má-fé do terceiro, naqueles casos em que não houve a averbação da penhora ou da ação em curso, ou ainda quando o bem não é passível de registro, dando margem à discussão quanto ao comportamento das partes, credor e terceiro adquirente. Portanto, se o terceiro desconhecia a existência de demanda em curso capaz de reduzir o devedor à insolvência, dada a circunstância da ausência de publicidade dessa ação, poderá ser considerado de boa-fé, tendo seu patrimônio tutelado pelo direito, que não tornará ineficaz a alienação do bem; ao revés, se sabia da existência da

demanda e do estado do devedor e resolveu, mesmo assim, adquirir o bem, perdê-lo-á para o credor.

Quanto às diligências necessárias para que o adquirente demonstre sua aquisição de boa-fé, tem-se que deverá obter certidões do Cartório de Registro de Imóveis onde estiver localizado o bem e ainda certidões do cartório distribuidor da comarca – cíveis, trabalhistas e fiscais – estaduais e federais, além de certidões do INSS e FGTS, em se tratando de pessoa jurídica. Se o bem estiver localizado em uma comarca e a residência do vendedor for outra, deverá buscar tais certidões em ambas. No que tange ao prazo, respeita-se o prazo máximo de prescrição do Código Civil, ou seja, 10 anos, ressalvadas opiniões em contrário que, ora reduzem o prazo das certidões para cinco anos, ora aumentam-no para 15 anos, justificando na prescrição aquisitiva (MIRANDA FILHO, 2016).

3.1 A hipótese do art. 185 do CTN

O Código Tributário Nacional, alterado pela Lei Complementar nº 118/2005, ao tratar das garantias e privilégios do crédito tributário, acabou por estabelecer hipótese de fraude à execução com requisito diferenciado das demais hipóteses. Dispõe o art. 185:

Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. (Redação dada pela LCP nº 118, de 2005).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. (Redação dada pela LCP nº 118, de 2005).

Portanto, resta caracterizada a fraude à execução nas execuções fiscais, quando o devedor insolvente e, portanto, sem bens ou

rendas suficientes para o pagamento do crédito tributário, aliena ou onera bens, a partir da inscrição do crédito tributário em dívida ativa. Aqui não se exige ação em curso; o legislador antecipou o momento de reconhecimento da fraude, bastando a inscrição crédito tributário em dívida ativa.

3.2 Procedimento e efeitos da declaração de fraude à execução

Com relação ao procedimento, o CPC dispõe apenas que “antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de quinze dias. É a redação do art. 792, § 4º, do novo CPC. Em termos de procedimento, é isso que se tem.

Contudo, o que defendemos, neste trabalho, é mais do que o chamamento do terceiro para vir defender-se, defesa que ocorre via embargos de terceiros. Entendemos que não basta oportunizar o contraditório com a integração, no incidente, do terceiro adquirente do bem que se tornou litigioso.

A integração à lide do terceiro é medida indispensável e legalmente prevista, não se discute. Entretanto, para que se obtenha do Estado-juíz uma solução justa, sem qualquer ofensa aos preceitos constitucionais, preservando-se, em última análise, um processo válido e uma decisão democrática, própria do estado de direito, é preciso que, previamente, estejam definidas as “cartas do jogo”, de forma a permitir que os litigantes saibam, de antemão, qual será o objeto da prova e quem deverá provar o quê.

Pensamos que, estabilizada a demanda que surgiu com a interposição do incidente em que se alega a fraude, citado o terceiro adquirente do bem litigioso e colhida sua manifestação, iniciar-se-á fase probatória. Então, é de rigor a aplicação subsidiária do instituto do saneamento do processo nesta fase do procedimento (cumprimento

de sentença ou execução por título extrajudicial), notadamente para a delimitação das questões de fato a serem provadas e distribuição do ônus probatório, a depender do caso concreto e da hipótese de fraude que se alega. Embora sem previsão legal explícita, mas com a possibilidade de aplicação subsidiária das disposições referentes ao procedimento comum, entendemos que a medida seja absolutamente necessária e garantidora de um processo mais democrático.

Por fim, quanto aos efeitos da declaração da fraude, ao contrário da fraude contra credores, em que se declara a nulidade do ato, na fraude à execução, pela literalidade da lei que incorporou o pensamento da doutrina e jurisprudência, a alienação, em fraude à execução, é ineficaz em relação ao adquirente (art. 792, § 1º, do CPC).

4 Ônus da prova na fraude à execução

No âmbito da fraude à execução, acreditamos que só faz sentido discutir o ônus probatório nas hipóteses em que não houve averbação da execução na matrícula do bem ou ainda quando se tratar de bem não sujeito a registro. É que, quando a ação foi averbada junto à matrícula ou registro do bem, há presunção absoluta de conhecimento de terceiros, inclusive o devedor. Averbada a ação que tem o condão de reduzir o devedor à insolvência, e alienado o bem, caracterizada estará a fraude à execução, sem maiores dificuldades para o credor.

Contudo, há casos em que a ação ou a penhora não foram averbadas, seja porque inexistente registro, seja porque o credor simplesmente não cuidou de fazê-lo. Reafirma-se aqui a conclusão da doutrina no sentido de que a averbação de que cuida o art. 828 do CPC não é requisito da fraude, mas presunção de conhecimento de terceiros acerca da ação. Entretanto, não se pode deixar de afirmar que a inexistência da averbação dificulta, sobremaneira, a prova da fraude, que deixa de ser presumida.

Teori Albino Zavascki afirma que, “se o registro não tiver sido lavrado, nem por isso se descarta a fraude, e a questão se resume então em definir a quem cabe o ônus de provar a ciência, pelo terceiro, da pendência da ação” (ZAVASCKI, 2003, p. 270).

Além da clássica distribuição do ônus da prova, em que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor, o Código de Processo de 2015 previu ainda as possibilidades de realização de convenção das partes em matéria probatória, típico negócio jurídico processual, bem como da chamada distribuição dinâmica do ônus da prova. Trata-se de regras de julgamento, e não de atividade das partes.

Não adotamos uma concepção subjetiva da prova. A prova, uma vez produzida, pertence ao processo. É o princípio da comunhão da prova, já incorporado ao texto legal no art. 371 do CPC quando diz que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Nesse campo introdutório das provas, já mencionada a natureza das regras atinentes à prova como regras de julgamento e uma vez salientado o princípio da comunhão das provas, é coerente também, em complementação, e, não menos importante, que se faça menção ao art. 10 do CPC, já tratado no primeiro capítulo deste trabalho e que nos alerta para a proibição de decisão surpresa: “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”.

O momento correto para se deliberar sobre o ônus probatório é a decisão de saneamento do processo, já que possibilita às partes solicitar os ajustes necessários, eventualmente interpor o recurso cabível e ainda não gera surpresa na sentença. Afinal de contas, o modelo coo-

perativo de processo, instituído no art. 6º do CPC,³ determina que todos os sujeitos do processo devem atuar em conjunto para a solução de um resultado legítimo e justo. Não se permite que a deliberação acerca do ônus probatório ocorra na sentença, o que violaria o princípio da não surpresa.

Então, no saneamento do processo, poderá ocorrer, em termos de ônus probatório: a) a distribuição tradicional do ônus da prova; b) a inversão do ônus da prova por decisão judicial (*ope iudicis*); c) a inversão do ônus da prova em virtude de lei (*ope legis*); d) a distribuição dinâmica do ônus da prova; e) a realização de negócio jurídico processual com a convenção das partes em matéria probatória.

4.1 Distribuição do ônus da prova na fraude à execução: credor e terceiro de boa-fé

Não há consenso entre a doutrina e jurisprudência a respeito do tema, é bom registrar isso desde logo. O novo Código de Processo Civil também não pacificou a questão.

Resumidamente, existem duas correntes. A primeira delas entende que o ônus probatório recai sobre o credor, uma vez que poderia ter sido mais diligente e providenciado a averbação da ação ou o registro da penhora junto à matrícula do bem. Prestigia-se, nesse caso, a boa-fé do adquirente, que é presumida, impondo-se a prova da má-fé. Aqui, repita-se, estamos a tratar das hipóteses em que não há a presunção absoluta de conhecimento de terceiros decorrente da averbação ou penhora.

Para a segunda corrente, o ônus probatório deve recair sobre o terceiro, adquirente do bem. Os fundamentos são a existência de uma presunção relativa de fraude em favor do exequente, nos termos

³ “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

do art. 792, IV, do CPC, que caracteriza a fraude quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência, e ainda porque se espera do terceiro adquirente que obtenha as certidões do cartório distribuidor em nome do alienante. “Assim, o adquirente teria que provar que o devedor não ficou reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, mesmo tendo sido diligente” (MIRANDA FILHO, 2016, p. 141-142).

Diante do julgamento do Recurso Especial nº 956.943/PR, que afetou o julgamento deste recurso nos termos do art. 543-C do CPC revogado, os Ministros Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha tiveram posições diferentes, já adiantando que a tese esposada pelo Min. Noronha saiu vencedora, acompanhada pela maioria dos julgadores. A ementa do acórdão já foi transcrita neste trabalho, destacando-se que dois eram os pontos a serem esclarecidos: quem suportará o ônus probatório quanto à ciência do terceiro adquirente a respeito da fraude, e ainda a questão temporal, delimitando-se o momento a partir do qual a alienação do bem pelo devedor seria considerada fraude.

Para a Ministra Andrighi, a questão perpassa pela aplicação da teoria da distribuição do ônus da prova, apontando que, “aplicando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova à hipótese específica da alienação de bem imóvel em fraude de execução, conclui-se que o terceiro adquirente reúne plenas condições de demonstrar ter agido de boa-fé, enquanto que a tarefa que incumbiria ao exequente, de provar o conluio entre comprador e executado, se mostra muito mais árdua.

Ao final, concluiu a Ministra Nancy Andrighi que, “na alienação de imóveis em fraude de execução, deve subsistir a presunção relativa de má-fé do terceiro adquirente, salvo se houver registro da penhora na matrícula do bem, hipótese em que tal presunção será absoluta”,

tornando-se “imprescindível, nos termos do art. 125, § 3º, do RISTJ, a revisão da Súmula 375/STJ” (STJ, Corte Especial, REsp 956.943/PR, Rel.^a Min. Nancy Andrichi, Rel. p/ o acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. em 20/8/2014).

Lado outro, o Ministro Noronha, ao divergir da Relatora, defendeu a aplicação e manutenção da Súmula 375 do STJ, afirmando que, “com a redação atual, tem-se mostrado adequada à resolução das questões que são trazidas a julgamento”, não parecendo “razoável adotar entendimento que privilegie a inversão de um princípio geral de direito universalmente aceito, o da presunção da boa-fé, sendo mesmo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova” (STJ, Corte Especial, REsp 956.943/PR, Rel.^a Min. Nancy Andrichi, Rel. p/ o acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. em 20/8/2014). Assim, para o Min. Noronha, o credor não pode ser beneficiado com a inversão do ônus da prova quando deixou de adotar as condutas necessárias, ou seja, não foi diligente, não procedeu com a averbação da ação ou da penhora no registro imobiliário.

O resultado do julgamento, portanto, imputa ao credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da demanda capaz de levar o alienante à insolvência.

Pode o magistrado, aplicando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e para evitar que a prova de fato se torna impossível ou excessivamente onerosa para uma das partes, estabelecer e distribuir, de forma diversa e específica, o ônus da prova.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 410.988/RS, após o julgamento do repetitivo, em decisão monocrática do Ministro Marco Buzzi, admitiu a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus probatório na fraude à execução.

Para sintetizar a questão do ônus probatório em matéria de fraude à execução, podemos elaborar as seguintes premissas: i) em havendo averbação ou registro na matrícula do bem, existe presunção

de conhecimento de terceiros, inclusive o devedor, sendo a fraude reconhecida na ação que leva o devedor à insolvência; ii) não existindo a averbação da ação ou da penhora, em consequência do julgamento do Recurso Especial nº 956.943/PR, é ônus da prova do credor demonstrar que o terceiro adquirente agiu de má-fé; iii) quando se fala em má-fé na fraude à execução, esta tem caráter objetivo e específico, consistente unicamente na negligência do adquirente que não tomou as cautelas necessárias à aquisição do bem, não se cogitando de dolo ou qualquer outro elemento subjetivo; iv) existe a possibilidade de, diante do caso concreto, proceder-se com a distribuição dinâmica do ônus da prova, mesmo diante dos termos da Súmula 375 do STJ; v) A decisão de saneamento do processo é o momento adequado para que se estabeleça e se distribua o ônus da prova, mesmo no incidente em que se discute a fraude à execução.

5 Conclusão

Uma vez elucidada a natureza jurídica da fraude – incidente processual – e esclarecidos seus elementos, suas hipóteses de incidência e marco temporal em que pode ocorrer, restou o estudo do ônus da prova aplicável ao instituto da fraude.

Conceituamos a fraude como instituto de direito processual civil, provocado mediante incidente processual e caracterizador de ato atentatório à dignidade da justiça, que, baseando-se na limitação da disponibilidade dos bens do devedor que frustra o resultado da execução com a alienação de seus bens, torna esse ato ineficaz.

Identificamos seus elementos – litispendência e frustração dos meios executórios – e fixamos a necessidade de citação do devedor, ainda que este ato tenha ocorrido no processo do conhecimento.

Salientamos as hipóteses em que o credor diligente cuidou de averbar a existência da ação ou da penhora no registro do bem, ge-

rando presunção absoluta de conhecimento de terceiros, inclusive o devedor, e facilitando, e muito, o reconhecimento da fraude, uma vez preenchidos seus requisitos: ação em curso capaz de reduzir o devedor à insolvência.

Lado outro, seja pela inércia do credor, seja pela natureza do bem que não permite o registro, fica estampada a necessidade de, previamente, se definir a quem compete o ônus da prova: credor ou terceiro que alega sua boa-fé.

Após sucessivas oscilações de jurisprudência, chegou-se ao julgamento do Recurso Especial nº 956.943/PR, que foi objeto de ampla discussão, inclusive com votos em sentido opostos. Tal recurso, entretanto, não pacificou os entendimentos e foi alvo de críticas por parte de vários doutrinadores. O julgamento do Recurso Especial e os termos da Súmula 375 do STJ foram bastante questionados.

Com as críticas ou sem elas, o que se tem hoje, em termos de precedentes, é que cabe ao credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente não agiu de boa-fé ao adquirir o bem litigioso. E, ao assim se decidir, parece que o conceito de má-fé foi distorcido para um âmbito subjetivo, enquanto que alguns, a meu ver acertadamente, defendem seu caráter objetivo no incidente da fraude à execução, ou seja, desvencilhado de qualquer atitude dolosa do adquirente na prática de ato fraudulento em conluio com terceiros, mas, o revés, entendendo a má-fé simplesmente como ausência de comportamento necessário e prévio à aquisição do bem, por exemplo, tendo deixado o adquirente de obter as certidões cartorárias ou mesmo de praticar qualquer outro comportamento que estivesse ao seu alcance antes de decidir pela aquisição.

Daí a necessidade de distribuição do ônus probatório, permitindo-se, a depender do caso concreto, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Portanto, diante da necessidade de produção de provas e da distribuição desse ônus entre as partes, credor e terceiro que alega ser adquirente de boa-fé, imprescindível, para a garantia da efetividade e legitimidade da decisão a ser proferida, que tal encargo seja feito em decisão de saneamento do processo, em que se prevê a possibilidade de cooperação das partes, com prévia ciência do encargo que compete a cada uma delas, evitando-se a surpresa na decisão a ser proferida.

Nesse ponto, e com fundamento num modelo constitucional de processo em que os princípios da boa-fé, cooperação e não surpresa são essenciais à garantia do Estado Democrático de Direito, bem como à solução justa e legítima da causa, é que acreditamos na necessidade, em alguns casos de fraude, da prolação de decisão saneadora.

É bem verdade que nem sempre o saneamento será necessário. Em alguns casos, o julgamento pode ser sumário, respeitado, evidentemente, o contraditório, mas sem a necessidade de dilação probatória, por exemplo, nas hipóteses em que há averbação da ação ou registro da penhora, com presunção absoluta de conhecimento de terceiros, inclusive o adquirente. Aqui, a defesa do devedor se limita à prova de que a oneração ou alienação do bem não foi capaz de reduzi-lo à insolvência ou ainda ao marco temporal da fraude.

Mas, lado outro, se a discussão acerca da boa-fé do terceiro adquirente perpassa pela discussão a respeito de seu conhecimento ou não da situação do credor, inexistindo averbação da ação ou da penhora, torna-se imprescindível a distribuição do ônus probatório, que, a depender do caso concreto, poderá ocorrer de forma dinâmica, atribuindo-se à parte que tiver melhores condições de produzir a prova este encargo. E, ao fazê-lo, o magistrado deverá proferir decisão em momento e forma previstos na decisão de saneamento e organização do processo.

Referências

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Civil*, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 956.943/PR. Relatora: Min. Nancy Andrighi; Relator para o acórdão: Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial. *DJe*, Brasília, DF, 1º dez. 2014.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. *Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3 (arts. 539 a 925).

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CIGNACHI, Gustavo Chies. *A fraude à execução na perspectiva da boa-fé objetiva*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - PUC/SP, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FERREIRA, William Santos. O ônus da prova na fraude à execução: a boa-fé objetiva e as premissas de uma sociedade justa e solidária. *In*: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coords.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao Professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 744-767.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Execução e recursos: comentários ao CPC 2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

GALVÃO, Larissa Aveno Ordoñez de Andrade. *Fraude à execução na ação civil ex delicto*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - PUC/SP, 2015.

GOMES, Gustavo Gonçalves. *O saneamento cooperativo como roteiro de organização e de julgamento do processo*. 2016. Dissertação (Doutorado em Direito Processual) - PUC/SP, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/1954>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

LEONARDO, César Augusto Luiz. *Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Acesso em: 17 fev. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MIRANDA FILHO, Luiz Antônio Castro de. *Fraude à execução pela insolvência do executado e o confronto entre as posições do exequente e do terceiro adquirente*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - PUC/SP, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: Execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Do processo de execução, arts. 566 a 645. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 8.

30. A (im)pertinência do valor do crédito e do prévio protesto do título para a caracterização do interesse de agir na execução fiscal

Silas Dias de Oliveira Filho

Juiz de Direito.

Doutorando em Direito Processual Civil (USP). Mestre em Direito Processual Civil (USP). Especialista em Direito Notarial e Registral (Anhanguera-UNIDERP). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (Damásio).

1 Introdução

O acesso à Justiça é garantia prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual não se pode afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Contudo, a indigitada garantia não se satisfaz com o mero ingresso formal perante os órgãos jurisdicionais, exigindo que o Estado forneça meios adequados à solução das variadas espécies de conflitos de interesses que surgem no seio da sociedade, a qual deve, ainda, como expressão da própria cidadania, ser orientada com vistas à aquisição de uma consciência jurídica acerca de seus direitos e deveres.¹

Trata-se, assim, da ideia de acesso à ordem jurídica justa,² que não se reduz à utilização do instrumento estatal adjudicatório, abran-

¹ A ampliação da noção do direito de acesso à Justiça foi fenômeno mundial, observado a partir dos anos 1970, cuja principal expressão foi o Projeto Florença, promovido na Itália, por Mauro Cappelletti, e que culminou com a publicação de diversos volumes relativos ao indigitado tema (GALANTER, 2010, p. 116) e o desenvolvimento das ideias em torno das respectivas “ondas renovatórias” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 31-73).

² Na precisa definição de Watanabe, talvez o jurista que mais tenha contribuído para o desenvolvimento e a evolução do tema no Brasil, “no conceito atualizado, o acesso à justiça constitui, em nossa avaliação, muito mais acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que assiste a todos os

gendo, também, outros meios de resolução de conflitos, os quais, juntos, compõem um sistema judicial de proteção a direitos.

Não obstante, é notória a predileção pela solução imposta pelo Poder Judiciário, o qual, por sua vez, demonstrou não ser capaz de atender à enorme e crescente demanda que lhe vem sendo apresentada, diante das limitações orçamentárias, materiais e humanas, culminando na prestação de um serviço público moroso e assaz ineficiente.³

Diante disso, constata-se que o processo judicial não é suficiente para, por si só, atender à garantia constitucional em tela, mostrando-se, por vezes, inadequado ao desempenho desse mister, quer pela própria natureza do litígio, quer pela existência de meios mais ágeis e com aptidão para viabilizar o alcance dos mesmos fins.

Verifica-se, ademais, que, diante da finitude dos recursos estatais, é imprescindível a adoção de plano ou programa de ação, visando estruturar racionalmente o sistema de justiça, evitando redundâncias e alocando, da forma mais eficiente possível, os elementos que o compõem.⁴

É necessário identificar as situações para as quais os meios de solução extrajudiciais são mais adequados que o processo judicial, permitindo que o instrumento estatal seja dedicado apenas aos ca-

jurisdicionados o direito de ser atendido pelo Sistema de Justiça, na acepção ampla que abranja não somente os órgãos do Poder Judiciário preordenados à solução adjudicada dos conflitos de interesses, como também a todos os órgãos, públicos e privados, dedicados à solução adequada dos conflitos de interesses, seja pelo critério da adjudicação da solução por um terceiro, seja pelos mecanismos consensuais, em especial a negociação, a conciliação e a mediação, e significa, ainda, direito de acesso à informação e orientação, não unicamente em relação a um conflito de interesses, como também a problemas jurídicos que estejam impedindo o pleno exercício da cidadania, mesmo que não configurem um conflito de interesses com um terceiro” (WATANABE, 2019, p. 121).

³ Essa observação não é inédita. Ao contrário, vem sendo feita pela ciência processual há décadas (PASSOS, 1985, p. 87; ver também MOREIRA, 1997, p. 47).

⁴ Reconhecendo a necessidade de desenvolver e implantar uma política pública apta a viabilizar a concretização do acesso à ordem jurídica justa, o Conselho Nacional de Justiça, no exercício de suas atribuições constitucionais (art. 103-B, § 4º, I e II, da Constituição Federal), editou a Resolução nº 125/2010, estabelecendo a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, a qual fixou diretrizes e instrumentos que, posteriormente, foram incorporados pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 3º, *caput* e §§ 2º e 3º; art. 165, *caput* e § 1º) e pela Lei nº 13.140/2015 (art. 24), que dispôs sobre o marco regulatório da mediação (WATANABE, 2019, p. 111-112).

sos em que a intervenção do Poder Judiciário se mostra, efetivamente, imprescindível.

Dessa forma, ao serem direcionados para tratamento pelo meio mais adequado à sua natureza, tanto os litígios que comportam resolução extrajudicial quanto aqueles que exigem manifestação de órgãos jurisdicionais seriam solucionados de forma mais célere e efetiva, concretizando a garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa.

Nesse contexto, questiona-se se, no âmbito da execução fiscal, seria possível utilizar o valor do crédito tributário e o prévio protesto da Certidão de Dívida Ativa como critérios válidos para a estruturação racional do acesso à Justiça, tendo como base a categoria do interesse de agir, como uma das condições da ação executiva.

Justifica-se o recorte proposto em razão do expressivo número de execuções fiscais que se encontram em trâmite no Poder Judiciário, sem que os respectivos indicadores demonstrem o resultado positivo de seu manejo,⁵ situação que vem sendo objeto de ponderação,⁶ inclusive por parte dos órgãos responsáveis pela cobrança dos créditos.⁷

⁵ De acordo com o CNJ, no final de 2017, o Poder Judiciário contava com um acervo de mais de 80 milhões de processos, dos quais 53% se encontravam em fase de execução. Entre os processos de execução, os executivos fiscais respondiam por 74% do quantitativo, o que, com utilização de matemática básica, conduz à conclusão de haver mais de 31 milhões de processos envolvendo execuções fiscais em andamento no Judiciário. Releva notar que, nesse nicho, a taxa de congestionamento (indicador que “mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano”) apresenta-se na ordem de quase 92%. O problema é tão crítico, que, ainda que não fossem ajuizadas novas ações, o Poder Judiciário consumiria 11 anos para “liquidar o acervo existente” (BRASIL, 2018, p. 90, 121, 125-128).

⁶ Provocado pelo CNJ, o IPEA, em 2011, realizou um estudo econômico acerca das execuções fiscais promovidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, chegando a conclusões bastante eloquentes: (i) o custo unitário de uma execução fiscal é de R\$5.606,67 (cinco mil seiscentos e seis reais e sessenta e sete centavos); (ii) o tempo médio de processamento de uma execução fiscal é de 9 anos, 9 meses e 16 dias; (iii) a probabilidade de recuperação integral do crédito é de 25,7%. Com isso, identificou-se que somente a cobrança judicial dos executivos com valor superior a R\$21.731,45 (vinte e um mil setecentos e trinta e um reais e quarenta e cinco centavos) seria economicamente viável (BRASIL, 2011, p. 16-17).

⁷ A título de exemplo, podem ser citadas três importantes portarias editadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, tendentes a imprimir maior economicidade e racionalidade à cobrança da dívida ativa da União. Primeiramente, a Portaria nº 75/2012, que determinou o não ajuizamento de execuções fiscais para cobrança de créditos com valor inferior a R\$20.000,00 (vinte mil reais) (art. 1º, II). A segunda delas, Portaria nº 396/2016, criou o Regime Diferenciado

2 Valor do crédito tributário e interesse de agir

Os créditos – tributários e não tributários – da Fazenda Pública não quitados a tempo e modo pelo devedor deverão ser inscritos em Dívida Ativa, nos termos do art. 39 da Lei nº 4.320/1964, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.735/1979.

Constituída a Dívida Ativa da Fazenda Pública, a cobrança judicial será promovida por meio da execução fiscal, instrumento processual desenhado à luz das especificidades do direito material a que visa tutelar, consoante se depreende dos arts. 1º e 2º, ambos da Lei nº 6.830/1980.

Naquele momento histórico, aparentemente, a preocupação com aspectos relacionados à efetividade da cobrança ainda era um tanto quanto incipiente, uma vez que não houve distinção relevante de tratamento fundada no montante da Dívida Ativa,⁸ nem o estabelecimento de meios mais adequados ao desempenho dessa tarefa.⁹

Ao contrário, a princípio, foi expressamente previsto que “qualquer valor” poderá ser considerado Dívida Ativa (art. 2º, § 1º, da Lei nº 6.830/1980) e, conseqüentemente, objeto de execução fiscal (art. 1º da Lei nº 6.830/1980).

de Cobrança de Créditos (RDCC), prevendo, entre outras medidas, o encaminhamento das Certidões de Dívida Ativa para protesto por falta de pagamento (art. 10). A última, Portaria nº 33/2018, regulamentou os arts. 20-B e 20-C, ambos da Lei nº 10.522/2002 (incluídos por força da Lei nº 13.606/2018), autorizando o protesto da CDA, a inscrição em órgãos de proteção ao crédito e a averbação pré-executória (art. 7º, I a III).

⁸ A única distinção empreendida pela LEE, com fulcro no valor do crédito, foi a previsão de cabimento de recurso diferenciado, sem direito a duplo grau de jurisdição, para aquelas execuções com valor inferior a 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN (art. 34 da Lei nº 6.830/1980).

⁹ Somente com a Lei nº 7.799/1989, foi criada margem para uma abordagem da questão sob o viés econômico. Previu-se, no parágrafo único do art. 65 do referido diploma: “O Ministro da Fazenda poderá dispensar a constituição de créditos tributários, a inscrição ou ajuizamento, bem assim determinar o cancelamento, de débito de qualquer natureza, para com a Fazenda Nacional, observados os critérios de custos de administração e cobrança.”

Não obstante a concepção então vigente encontrasse respaldo nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público – que caracterizam o regime jurídico de direito público (MELLO, 2010, p. 54-55) –, com o amadurecimento da práxis, passou-se a considerar relevante uma análise mais completa do fenômeno.

Percebeu-se que a obrigatoriedade da cobrança judicial de qualquer crédito, sem prévio juízo quanto à viabilidade econômica de sua recuperação, poderia, paradoxalmente, vulnerar o próprio interesse público, que deve ser perseguido e protegido pela Administração.

Ora, ao se pensar em economicidade e racionalidade, a primeira e mais óbvia ideia que aflora é buscar definir um critério para aferição da viabilidade de uma cobrança a partir de cotejo entre o valor do crédito e os custos necessários para a promoção de sua recuperação.

Se os custos para a cobrança superarem o próprio valor do crédito, não faz sentido insistir na medida, sob pena de, inexoravelmente, intensificar-se, ainda mais, o prejuízo.

Obedecendo a essa lógica, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu, de forma expressa, que o “cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança não caracteriza renúncia de receita” (art. 13, § 3º, II, da LC nº 101/2000).

Assim, ciente dessa evidente realidade, o legislador autorizou o gestor público a deixar de promover a recuperação de crédito em tal situação, sem que incorra no risco de prática de ato de improbidade administrativa por lesão ao erário no que tange a eventual negligência na arrecadação tributária (art. 10, X, da Lei nº 8.492/1992).

Ainda nesse contexto, no âmbito da União, é de se destacar o estudo de viabilidade econômica realizado pelo IPEA, em 2011, por provocação do Conselho Nacional de Justiça. Analisando dados referentes ao ano de 2010, a fundação pública constatou que o valor a partir do qual se torna economicamente viável o ajuizamento de uma

execução fiscal é de R\$21.731,45 (vinte e um mil setecentos e trinta e um reais e quarenta e cinco centavos). Trata-se do *breaking even point*, significando que, para valores abaixo desse patamar, mostra-se altamente improvável que a Fazenda Pública consiga recuperar valor superior ou, ao menos, igual ao custo do processo judicial executivo fiscal (BRASIL, 2011, p. 16).

Diante das conclusões alcançadas pelo Instituto de Pesquisa e acatando a sugestão apresentada na citada nota técnica, o Ministério da Fazenda editou a Portaria nº 75/2012, ampliando o piso para ajuizamento de execuções fiscais, de R\$10.000,00 (dez mil reais) para R\$20.000,00 (vinte mil reais) (art. 1º, II), salvo se, de forma motivada, o procurador fazendário justificar a existência de elementos objetivos que, concretamente, indiquem “elevado potencial de recuperabilidade do crédito” (art. 1º, § 6º).

Essa postura da Fazenda Nacional,¹⁰ longe de significar indevida disposição do interesse público, representa, em último grau, sua preservação, uma vez que poupa o erário de gastos inúteis com processos judiciais fadados ao fracasso. Assim, a análise econômica do fenômeno permite a concentração de esforços naqueles créditos com maior probabilidade de recuperação, conferindo racionalidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF) à atividade em tela (SEIXAS, 2015, p. 285-306).

Expressão dessa constatação foi o advento da Lei nº 13.606/2018, que inseriu o art. 20-C na Lei nº 10.522/2002, prevendo o mecanismo do ajuizamento seletivo da execução fiscal (ABRAHAM, 2019). Por meio desse instrumento, o legislador autorizou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a, valendo-se de critérios de racionalidade, economicidade e eficiência, condicionar o ajuizamento do

¹⁰ Nesse ponto, importante mencionar que a Fazenda Nacional vem, há bastante tempo, buscando conferir maior efetividade às suas funções, estabelecendo patamares mínimos abaixo dos quais se dispensa o ajuizamento de execução fiscal para a recuperação do crédito. Identificou-se que a política vem sendo adotada, pelo menos, desde 1992, com a edição da Portaria MF nº 440/1992, com atualizações sucessivas do valor do piso (Portarias MF nº 212/1995, nº 289/2997 e nº 49/2004), sendo a última delas promovida pela já mencionada Portaria MF nº 75/2012.

executivo fiscal à verificação prévia de indícios da existência de patrimônio capaz de satisfazer o crédito.¹¹

Assim, se tudo isso estiver correto, parece igualmente certo afirmar que a análise econômica é imprescindível para a orientação da atividade dos órgãos do Poder Executivo incumbidos de promover a recuperação dos créditos inscritos em Dívida Ativa,¹² permitindo um melhor direcionamento da atuação, bem como a seleção mais eficiente dos meios mais adequados ao desempenho desse mister.

Contudo, poderia o juiz, ao receber a inicial da execução fiscal, utilizar desse mesmo raciocínio para indeferir a petição e extinguir o processo sem exame de mérito, por ausência de interesse de agir, dada a inutilidade do provimento jurisdicional pleiteado à luz da falta de viabilidade econômica no processamento do feito?

Apesar de não se tratar de categoria com reconhecimento unânime entre os processualistas (FABRÍCIO, 2018, p. 168, 171-173, 189-190), é majoritário o entendimento de que as condições da ação são requisitos de admissibilidade da prestação da tutela jurisdicional, cujo objetivo é atuar como um filtro, obstando a instauração de processos manifestamente inadmissíveis e inibindo ações temerárias que poderiam prejudicar indevidamente outrem (CABRAL, 2015, p. 29-56).

Toca a este breve ensaio tecer considerações acerca de uma das condições da ação: o interesse de agir ou interesse processual, ou, ainda, legítimo interesse processual de agir (DINAMARCO, 2019a, p. 353).

Em um primeiro momento, cumpre diferenciar o interesse material, substancial ou primário, do interesse processual ou interesse de agir, acima mencionado.

O “interesse material” é a relação entre uma necessidade humana e os bens capazes de satisfazê-la, cuja proteção ou reparação é

¹¹ O dispositivo foi regulamentado pelo art. 33 da Portaria PGFN nº 33/2018.

¹² Registre-se que iniciativas análogas também são encontradas nos âmbitos estadual (Lei Estadual de São Paulo nº 14.272/2010) e municipal (Lei Municipal de São Paulo nº 14.800/2008).

o objeto da demanda: refere-se, portanto, ao direito material, não se incluindo entre a categoria das condições da ação. Por sua vez, o interesse de agir se relaciona ao provimento requerido ao juiz para a satisfação do interesse material em litígio, funcionando como instrumento que surge da necessidade de utilização do processo para a proteção do interesse primário (CABRAL, 2015; ver também THEODORO JUNIOR, 1980, p. 41-49).

Além disso, a doutrina aponta como componentes do interesse de agir a necessidade, a utilidade (LIEBMAN, 2004, p. 94) e a adequação (DINAMARCO, 2019a, p. 355) do provimento jurisdicional pleiteado.

O interesse-necessidade exprime a concepção do processo como *ultima ratio* para o autor, de modo que a utilização desse instrumento somente seria possível em cenário de inexistência de outros meios, mais céleres ou mais baratos, judiciais ou extrajudiciais, para a satisfação do interesse tido como lesionado (CABRAL, 2015).

A ideia de interesse-utilidade é bastante relacionada à de interesse-necessidade, acrescentando-lhe o aspecto de que o sujeito processual, para ter interesse de agir, deve buscar uma posição mais favorável do que a existente antes do ajuizamento da ação, conseguindo, assim, com a obtenção da tutela, uma melhora em sua esfera jurídica (CABRAL, 2015).

Difícil imaginar uma situação em que o sujeito necessite do processo judicial sem que este lhe seja útil. Todavia, conforme se verá no capítulo subsequente, é possível haver situação em que o provimento é útil, mas ainda não é necessário.

No mais, o interesse-adequação revela a impossibilidade de o demandante escolher provimento jurisdicional diverso daquele que a lei prevê como sendo o que deve ser utilizado para a tutela da situação deduzida em juízo – ainda que o meio inadequado escolhido se mostre necessário e útil (DINAMARCO, 2019a, p. 356) (*v.g.*, requerimento de tutela executiva sem que se possua o respectivo título executivo¹³).

¹³ Quanto ao ponto, registre-se a discutível opção do legislador ao admitir a viabilidade da situação oposta: o credor com título executivo extrajudicial possui interesse em ajuizar ação de co-

Registre-se que a categoria dos requisitos de admissibilidade de prestação da tutela jurisdicional – dentro da qual se insere o interesse de agir – é perfeitamente aplicável ao processo ou à fase de execução, não se esgotando na simples fórmula “inadimplemento e título executivo”, que expressam apenas uma singela parte do fenômeno (DINAMARCO, 2019b, p. 64-65, 69-72).

Assim, é possível fixar as seguintes premissas:

(I) o interesse de agir não se confunde com o interesse material;

(II) o interesse de agir é composto pelas categorias necessidade, utilidade e adequação;

(III) o interesse de agir se aplica aos processos e às fases de execução.

Diante disso, a questão apresentada poderia ser rápida e equivocadamente inserida no âmbito do interesse-utilidade.

Ora, se os custos da execução fiscal ultrapassam o valor do crédito a ser recuperado, a posição obtida após a tutela jurisdicional seria pior que a existente antes do ajuizamento da ação.

Dessa forma, seria imperativo extinguir as execuções fiscais com objeto de valor inferior ao apurado como *breaking even point*, diante da manifesta antieconomicidade de seu ajuizamento, que representaria, inclusive, ofensa aos princípios constitucionais da eficiência e da moralidade (ROCHA, 2012, p. 105).

Todavia, o fenômeno não é tão simples.

O valor do crédito objeto da execução fiscal tem perfeita identidade com o direito material violado, representado pelo ina-

nhecimento para, com fundamento no mesmo direito, obter título judicial, consoante disposição do art. 785 do CPC (“A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial.”). Trata-se de negócio jurídico processual unilateral (DIDIER JÚNIOR.; CABRAL, 2018, p. 193-228), porém, de duvidosa pertinência, uma vez que, aparentemente, incompatível com as categorias necessidade, utilidade e adequação do interesse de agir. Adroaldo Furtado Fabrício registra sua dissonância em relação à regra: “[...] o extravagante art. 785 do CPC assegura a opção pelo processo de cognição a quem disponha de título executivo. Não parece medida defensável no plano teórico nem salutar no quadro de tribunais abarrotados [...]” (FABRÍCIO, 2018, p. 151, nota de rodapé 53).

dimplemento da dívida ativa, devidamente comprovado pela respectiva certidão.

Trata-se, portanto, de elemento que se insere, exclusivamente, no âmbito do interesse material ou primário. Nada tem a ver com o processo e com o interesse de agir.

O exame do interesse-utilidade é realizado sob uma perspectiva diversa. Antes do ajuizamento do executivo fiscal, a Fazenda Pública não possui o crédito pretendido. Com a obtenção da tutela jurisdicional, logrará a satisfação de seu direito. Revela-se, dessarte, útil o processo, independentemente do valor do crédito e dos custos do instrumento.

Síntese diversa implicaria afirmar que a categoria do interesse de agir estaria subordinada aos custos do instrumento de resolução dos conflitos, o que, em última análise, significaria retroação a momento da ciência processual anterior aos avanços obtidos com o advento do Estado de bem-estar social, relacionados às ondas renovatórias de acesso à Justiça, em especial àquela referente aos custos do processo (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 15-20).

Ainda nessa seara, poder-se-ia argumentar que o próprio Código de Processo Civil permite examinar o interesse de agir com fulcro em análise econômica, ao determinar que não será realizada penhora se “ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução” (art. 836) (NUNES FILHO; CARVALHO, 2019, p. 17-45).

Todavia, essa regra deve ser compatibilizada com as finalidades do instrumento que se analisa, o qual, por sua vez, se presta a melhor atender às especificidades do direito material tutelado. Assim, sua aplicação irrestrita às execuções fiscais – e, por razões análogas, até mesmo às execuções e cumprimentos de sentença no âmbito dos Juizados Especiais – poderia ensejar negativa indevida de prestação jurisdicional.

O critério de incidência da referida norma deve ser, portanto, o *baixo valor do bem penhorado*, e não o *reduzido valor do crédito* cuja satisfação se pretende. Inverter essa lógica caracterizaria ofensa ao acesso à ordem jurídica justa.

Ademais, ainda sob o viés econômico, é de se notar que as pessoas respondem a incentivos. Dessa forma, a extinção indiscriminada de execuções fiscais com valor considerado baixo pelo magistrado, ainda que utilizando critérios delineados por atos do Legislativo e do Executivo (tais como o do patamar mínimo de referência para ajuizamento de execuções fiscais), pode agravar o risco de caracterização de um “*moral hazard*”, consistente na disseminação aos contribuintes da mensagem de que não é necessário cumprir obrigações tributárias que não ultrapassem determinado valor (SEIXAS, 2015).

Esse “risco moral” também se aplica às situações de débitos decorrentes de atividades estatais impositivas de sanção, sejam elas administrativas ou penais – o qual é, inclusive, agravado, em razão de a extinção das execuções implicar violação a outras regras de direito material, que visam à proteção dos bens jurídicos difusos violados (PI-MENTA; MOURA, 2015).

Admitir a possibilidade de extinção, em razão do baixo valor, das execuções fiscais que têm por objeto a cobrança de créditos decorrentes da imposição de penalidades traria um efeito colateral coletivo deletério, com aptidão para, em tese, ultrapassar a singela ponderação de custos à luz da situação individual e concreta.

Assim, eventual desjudicialização deve vir acompanhada de medidas capazes de conter essa externalidade, sendo necessário o desenvolvimento e a implantação de política voltada especificamente para a recuperação de créditos situados abaixo do piso que torna economicamente viável o ajuizamento da execução (BRASIL, 2011, p. 17).

Compete, portanto, à Fazenda Pública, atenta à análise de viabilidade econômica e com visão panorâmica acerca do complexo fenô-

meno, fixar critérios e desenvolver estratégias visando à desjudicialização e à cobrança dos créditos de menor expressão monetária por vias mais adequadas, com vistas a atingir o interesse público de maneira eficiente (DIDIER JÚNIOR *et al.*, 2017, p. 985).

Diante disso, ainda que movido pelo objetivo de assegurar que nenhum devedor da Fazenda seja executado por crédito inferior ao patamar mínimo estabelecido pelo próprio credor (princípio da isonomia), não cabe ao Judiciário interferir na política pública de recuperação de créditos estabelecida pelo Executivo, uma vez que, ao estender aos sujeitos passivos direitos que a lei não lhes concedeu, o magistrado agiria sem considerar a visão global do fenômeno, decidindo, apenas, com os elementos do caso concreto (BOITEUX; BOITEUX, 2008).

No mais, a impossibilidade de extinção de execução fiscal, de ofício, pelo órgão jurisdicional, com fundamento no valor irrisório do crédito, foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 452, nos seguintes termos: “A extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício”.

Estabelecidas essas premissas, é possível extrair as seguintes conclusões:

(I) o valor do crédito pretendido é elemento atinente ao direito material, integrando o interesse primário, e não o interesse-utilidade;

(II) vincular a existência do interesse processual ao valor econômico do interesse primário implica criação injustificada de óbice ao acesso à Justiça;

(III) a possibilidade de satisfação do crédito por meio da tutela jurisdicional é suficiente, por si só, à caracterização do interesse-utilidade;

(IV) a análise da viabilidade econômica da execução fiscal deve ser realizada pela Fazenda Pública, que, possuindo visão global do fenômeno, poderá desenvolver critérios adequados para a formulação

de uma política de desjudicialização que não implique efeitos colaterais prejudiciais à coletividade;

(v) por não se tratar de categoria inserta no âmbito do interesse processual, bem como em razão de a análise da viabilidade econômica da execução fiscal não ser de atribuição do Poder Judiciário, o magistrado não pode, à luz do ordenamento jurídico em vigor, extinguir o processo em razão do reduzido valor do débito cuja satisfação se pretende, sob pena de afronta à garantia contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

3 Protesto da certidão de dívida ativa e interesse de agir

Outro aspecto relevante para a caracterização do interesse de agir no bojo das execuções fiscais é a exigibilidade de prévio protesto da certidão de dívida ativa.

Previsto no art. 1º da Lei nº 9.492/1997, o protesto é ato público solene, lavrado por notário, com a finalidade de comprovar o descumprimento de uma obrigação, conferindo publicidade a essa situação (LOUREIRO, 2017, p. 1.242).

Todavia, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo que a função do protesto vem sofrendo alterações, adaptando-se às novas exigências da vida em sociedade. Assim, além da função precípua de comprovação da inadimplência de obrigações, é possível identificar um escopo secundário, consistente no combate à inadimplência, mediante coação moral do devedor, contribuindo para o desenvolvimento econômico (LOUREIRO, 2017, p. 1.242).

E justamente essa função secundária vem adquirindo acentuado relevo no contexto da recuperação de créditos, pois o protesto é meio bastante eficaz de persuasão, uma vez que, em razão da publicidade que lhe é inerente, tem o condão de trazer abalo à credibilidade do devedor no mercado, reduzindo seu acesso a linhas de crédito e de

financiamento (DINAMARCO, 2019b, p. 544-545), incentivando, dessa forma, o adimplemento da obrigação.

O próprio legislador reconheceu a efetividade desse mecanismo, ao prever, nos arts. 517 e 528 do Código de Processo Civil, a possibilidade de a decisão judicial ser protestada.

A preponderância do objetivo secundário do protesto resta escancarada à luz dessas disposições, já que, nesses casos, sua função precípua, de comprovar o inadimplemento, é esvaziada, dado o prévio reconhecimento por decisão judicial transitada em julgado (ABELHA, 2015, p. 283).

No mais, por força dos princípios da celeridade e da formalidade simplificada, o procedimento do protesto foi estruturado de forma célere e simples, com previsão de prazos exíguos para a prática dos atos, bem como de intimação simplificada, mediante aviso de entrega ou de recebimento e, em determinadas situações, por edital, dispensando-se sua realização pessoal (LOUREIRO, 2017, p. 1.254-1.255).

Evidencia-se, portanto, o protesto como meio célere, simplificado e eficaz de cobrança de dívidas e de recuperação de créditos.

Nesse contexto, muito se discutiu acerca da viabilidade jurídica do protesto da Certidão de Dívida Ativa. Não obstante a medida tenha sido introduzida no ordenamento pela Lei nº 12.767/2012, houve quem apontasse a inconstitucionalidade da medida, sob o fundamento de violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da vedação ao confisco.

Partiu-se da ideia de que não seria possível à Fazenda Pública utilizar mecanismos diversos daqueles estruturados pelo legislador para a cobrança da Dívida Ativa (ASSIS JÚNIOR, 2013):

(i) a respectiva certidão goza de presunções de certeza e liquidez, sendo desnecessário comprovar o inadimplemento pelo protesto (art. 3º da Lei nº 6.830/1980);

(II) o Cadastro Informativo de créditos não quitados (Cadin) é instrumento próprio para dar publicidade à inadimplência dos contri-

buintes, não sendo necessária a utilização de órgãos privados de proteção ao crédito relacionados ao protesto (Lei nº 10.522/2002);

(III) a execução fiscal é o procedimento adequado para a cobrança da Dívida Ativa, não havendo espaço para o protesto (Lei nº 6.830/1980).

Ademais, as restrições creditícias decorrentes do protesto representariam sanção política, cuja utilização já foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em situações análogas (VILLALVA, 2015).

Com o respeito necessário, verifica-se não ser a melhor posição, por implicar indevida restrição à Fazenda Pública de acesso a importante meio de recuperação de crédito que está à disposição dos particulares, inexistindo razão apta a justificar esse tratamento diferenciado.

A utilização do protesto pela Fazenda Pública não representa restrição desproporcional a qualquer direito fundamental. Trata-se, apenas, de forma eficaz de conferir publicidade ao estado de inadimplência do devedor recalcitrante, levando ao mercado a ciência de tal situação. Não há como atribuir ao instrumento a natureza de sanção política, simplesmente em razão da qualidade do credor que dele se utiliza.

Além disso, a previsão do procedimento de execução fiscal não exclui, por si só, a possibilidade de a Fazenda valer-se de meios extrajudiciais de cobrança, desde que autorizada à luz do princípio da legalidade, os quais, inclusive, podem melhor atender a critérios de economicidade e efetividade, principalmente diante de créditos fiscais de menor valor (GUERRA, 2015).

A ideia de que o protesto tem como finalidade apenas a comprovação do inadimplemento mostra-se anacrônica diante da realidade social e jurídica atual. A maior vantagem do protesto reside, justamente, no efeito moral exercido sobre a vontade do devedor, que se vê privado ou, ao menos, dificultado de acessar linhas creditícias e de

financiamento, enquanto perdurar a situação de inadimplência (ABELHA, 2015, p. 283).

Quanto ao ponto, note-se que o legislador, ao editar o Código de Processo Civil de 2015, reconheceu a possibilidade de protesto de decisão judicial, esvaziando por completo o argumento relacionado à desnecessidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa, uma vez que, em ambos os casos, prepondera a função secundária do protesto, de recuperação de crédito.

No mais, a questão foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.135-DF, de relatoria do Min. Roberto Barroso, ajuizada contra o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/1997, com redação dada pela Lei nº 12.767/2012.

A Corte considerou constitucional a utilização do protesto pela Fazenda Pública como meio alternativo de cobrança de débitos fiscais, assentando a seguinte tese jurídica: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política” (SABBAG, 2017, p. 1.350-1.352).

Reconhecida a possibilidade de a Fazenda Pública cobrar seus créditos por meio do protesto, bem como considerando as ponderações realizadas no tópico antecedente acerca do interesse de agir *in executivis* (DINAMARCO, 2019b, p. 64-65), surge uma importante indagação: seria admissível permitir ao credor optar, livremente, por utilizar a via judicial (execução fiscal), sem, antes, buscar a satisfação de seu crédito pelo meio extrajudicial, mais célere, simples e barato (protesto)?

É de se notar, inicialmente, que, dessa vez, a discussão se insere no âmbito do interesse processual, e não na seara do interesse material. Tem-se a concorrência de dois *meios* ou *instrumentos* voltados à

obtenção do mesmo fim: a satisfação do direito substancial afirmado como violado. Processual, portanto, o problema.

Examina-se a situação à luz dos três elementos do interesse de agir: a necessidade, a adequação e a utilidade.

Quanto ao interesse-utilidade, não há dúvidas de sua caracterização. Ainda que haja a possibilidade de cobrança extrajudicial, a utilização do processo judicial mostra-se útil ao credor, uma vez que, antes do ajuizamento da execução, se encontra em situação desfavorável (insatisfação de seu crédito), a qual poderá ser revertida com a concessão da tutela (adimplemento forçado).

No que tange ao interesse-adequação, o ordenamento jurídico admite a cobrança do crédito da Fazenda Pública, tanto pela via extrajudicial do protesto, quanto pela judicial, mediante ação de execução fiscal. Assim, não se pode afirmar que a execução fiscal é meio inadequado para a cobrança do crédito em tela, sob pena de negativa de vigência à Lei nº 6.830/1980.

Assim, verifica-se que, sob esses dois primeiros aspectos, utilidade e adequação, está presente o interesse de agir, podendo o credor optar por ajuizar diretamente a execução fiscal, sem se valer do mecanismo do protesto extrajudicial.

Todavia, ainda resta o terceiro elemento do interesse processual: a necessidade.

Existem situações em que a necessidade da tutela jurisdicional decorre da mera narrativa do autor de determinados fatos e sua subsunção à norma legal, uma vez que a ordem jurídica prevê o processo judicial como o único meio para a obtenção do resultado pretendido (*v.g.*, ações constitutivas necessárias, como a anulação de casamento). De outro lado, há casos em que a solução extrajudicial se mostra acessível, hipótese em que o autor deverá esclarecer por que não foi possível resolver extrajudicialmente o conflito de interesses (BEDAQUE, 1991, p. 56).

Dessa forma, nos casos em que há possibilidade de solução extrajudicial do conflito de interesses, o interesse-necessidade somente se caracteriza se, sem o processo e sem a atividade jurisdicional, o autor se mostrar incapaz de obter o bem da vida devido (DINAMARCO, 2019a, p. 355). Trata-se da já mencionada ideia da tutela jurisdicional como *ultima ratio*, pela qual a demanda somente é admitida se o autor não dispuser de outros meios para a satisfação de seu direito sem a intervenção do Estado-juiz (CABRAL, 2015).

Trata-se de “filtro de eficiência”, por meio do qual se evita o emprego inútil de atividade jurisdicional (CABRAL, 2015). A todos é franqueado o acesso à Justiça, porém, nem toda e qualquer pretensão é passível de ser apresentada em juízo, devendo ser excluídas aquelas demandas em que o autor pode obter o bem desejado por “vias menos danosas e mais econômicas” (FABRÍCIO, 2018, p. 179).

Dessa forma, considerando que o protesto extrajudicial é meio adequado, útil, célere, simples e menos custoso para a cobrança de créditos fiscais, sendo, ainda, dotado de grande efetividade, diante dos efeitos morais sobre a vontade do devedor – reconhecidos pelo próprio legislador ao incluir a possibilidade de protestar decisão judicial –, não se mostra viável permitir o ajuizamento direto de execução fiscal fundada em certidão de dívida ativa não protestada.

Ora, o instrumento judicial, embora igualmente adequado e útil, é mais lento, mais complexo e significativamente mais caro, de modo que sua utilização somente se revela viável depois de frustrada a satisfação do crédito pela via do protesto, abrindo-se, assim, a possibilidade de constrição¹⁴ e alienação forçada de bens.

Se a Fazenda Pública deve agir à luz de critérios de economicidade e efetividade para organizar sua atividade de cobrança de créditos

¹⁴ Quanto ao ponto, cabe registrar que a constrição de bens já pode ser realizada extrajudicialmente pela Fazenda Pública, ainda que de forma parcial. A Lei nº 13.606/2018 acrescentou o art. 20-B à Lei nº 10.522/2002, permitindo que a Fazenda torne indisponíveis bens móveis e imóveis do devedor, independentemente de prévia autorização do Poder Judiciário, averbando-se a CDA nas serventias extrajudiciais de registro competentes (LAMÊGO, 2018).

fiscais visando conferir maior eficiência ao sistema, o Poder Judiciário deve, também, organizar e prestar seus serviços de forma racional, otimizando a utilização dos escassos recursos públicos e imprimindo concretude à garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa.

Dessarte, a via judicial da execução fiscal deve estar aberta à Fazenda, mas, tão somente, depois de utilizado, sem sucesso, o caminho extrajudicial do protesto da certidão de dívida ativa ou, então, esclarecida a concreta impossibilidade de percorrê-lo.

Note-se que, ao se referir à necessidade de prévio acionamento da via extrajudicial, não se está a exigir prova do inadimplemento, uma vez que o interesse de agir, como condição da ação, satisfaz-se com a mera alegação do inadimplemento, visto que sua efetiva ocorrência é matéria que demanda exame aprofundado da relação jurídica de direito material (DIDIER JÚNIOR *et al.*, 2017, p. 194-195).

Assim, para a caracterização do interesse de agir na execução fiscal, o credor deverá afirmar em sua petição inicial a impossibilidade de satisfação do crédito, mesmo depois de protestado o respectivo título, ou, então, justificar a concreta impossibilidade de levar a certidão a protesto.

Estabelecidas essas premissas, é possível alcançar as seguintes conclusões:

(I) a discussão envolvendo o prévio protesto da certidão de dívida ativa insere-se no âmbito do interesse processual, e não na seara do interesse material;

(II) o prévio protesto tem grande repercussão na caracterização do interesse processual, sob o viés da necessidade da tutela jurisdicional;

(iii) o protesto é meio de recuperação de crédito mais célere, simples, barato e efetivo que a execução fiscal, devendo, portanto, ser utilizado previamente ao ajuizamento da ação;

(IV) o ajuizamento direto da execução fiscal, sem prévio protesto da certidão de dívida ativa e sem justificativa da impossibilidade

de satisfação extrajudicial do débito, enseja a extinção do processo por carência de ação, pois que estará ausente o interesse de agir, por desnecessidade da intervenção do Estado-juiz, ante a existência de outros meios adequados e úteis para a obtenção do bem da vida.

4 Conclusão

O processo judicial é método de trabalho estatal destinado à resolução de conflitos (BEDAQUE, 2006, p. 36). Contudo, não pode ser entendido como o único meio de acesso à ordem jurídica justa, devendo a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional ser relida de forma contextualizada com as necessidades e os anseios sociais atuais.

Nessa linha, verifica-se que, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o Estado está submetido a um duplo dever. Além do viés negativo, no sentido de não ser possível afastar a tutela jurisdicional, existe o aspecto positivo, pelo qual o Estado tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional de forma adequada.

Diante desse cenário, os meios extrajudiciais de resolução de conflitos acabam por se caracterizar como verdadeiras ferramentas para a concretização da missão estatal de prestação da tutela jurisdicional, despindo-se de qualquer conotação de institutos destinados a limitar ou excluir a jurisdição do Estado (SALLES, 2006, p. 782).

Não há dúvidas, portanto, de que a desjudicialização é importante ferramenta de acesso à ordem jurídica justa, devendo ser superada a ideia de que a tutela somente pode ser obtida pelo acesso ao Poder Judiciário, bem como que o processo é a panaceia destinada a resolver todos os problemas do mundo.¹⁵

¹⁵ Sobre o assunto, é valiosa a lição de Adroaldo Furtado Fabrício: “Nessa perspectiva, como em muitas outras, importa que estejamos vacinados contra a tentação do panprocessualismo: em regra, a solução jurisdicional não é a única possível para os conflitos, nem é mesmo a melhor ou a preferível; deve ser reservada às situações em que outros meios não estejam disponíveis ou não se revelem efetivos” (FABRÍCIO, 2018, p. 179).

A “centralidade da jurisdição” (garantia de acesso à ordem jurídica justa) não pode ser confundida com a “prioridade da jurisdição” (ideia de que o Poder Judiciário deve ser o primeiro a ser acionado na hipótese de lesão ou de ameaça a direito) (LUISO, 2005, p. 575-576).

A preponderância exacerbada da segunda concepção coloca em risco a integridade da primeira. A jurisdição estatal, embora ocupe papel central no sistema de resolução de disputas, devendo estar sempre acessível a quem dela efetivamente precisar, não deve ser sempre a primeira ferramenta a ser acionada quando se pretenda obter determinado bem da vida.

É imprescindível que seja estimulado, por todos os atores jurídicos, o uso dos meios alternativos (*rectius*: adequados) de resolução de conflitos, como forma de racionalizar o emprego de recursos públicos e conferir maior efetividade ao sistema de proteção de direitos.

Assim, a racionalização do acesso à ordem jurídica justa impõe uma releitura dessa garantia, sendo que a categoria do interesse de agir possui fundamental relevância para sua concretização.

Sob a perspectiva do interesse de agir, a jurisdição é que deve ser vista como “meio alternativo”, devendo dar-se preferência a meios extrajudiciais, mais céleres, simples e baratos, de resolução de conflitos, seja por meio de consenso entre as partes, seja com a intervenção de terceiro desinteressado (FABRÍCIO, 2018, p. 179-180).

A correta aplicação do interesse de agir permite identificar situações em que a negativa de acesso ao Poder Judiciário se mostra ilegítima, como no caso da extinção de execuções fiscais em razão do valor irrisório do crédito, bem como de casos em que a restrição ao acesso é lícita, como na hipótese da necessidade de prévio protesto para ajuizamento de execução fiscal, funcionando como importante instrumento de concretização do acesso à ordem jurídica justa.

Referências

ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ABRAHAM, Marcus. *O gasto com execuções fiscais inúteis*. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/o-gasto-com-as-execucoes-fiscais-inuteis-17012019>. Acesso em: 1º jun. 2019.

ASSIS JÚNIOR, Milton Carmo de. As sanções políticas como meio coercitivo de pagamento de tributos e o protesto da CDA – Ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 24 da Lei nº 12.767/2012. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 110, p. 95-108, maio/jun. 2013.

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

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Justitia*, São Paulo, n. 53, p. 48-66, out./dez. 1991.

BOITEUX, Fernando Netto; BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. O Poder Judiciário frente à Constituição Federal: o caso das execuções fiscais de baixo valor. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 79, p. 153-171, mar./abr. 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2018*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 1º jun. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. Interesse *ad agire* e “*zone di interesse*”. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 2, p. 29-56, jul./dez. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* *Lei de Execução Fiscal comentada e anotada: Lei nº 6.830, de 22.09.1980*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 275, p. 193-228, jan. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019a. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019b. v. 4.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O interesse de agir como pressuposto processual. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 164-195, jan./

abr. 2018. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_164.pdf. Acesso em: 6 jun. 2019.

FREITAS, Márcio Santos. A efetivação do princípio constitucional da eficiência pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e o ajuizamento seletivo. *Revista da PGFN*, n. 5, p. 35-62, 2013. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/revista-pgfn/ano-iii-numero-5-2013/b5.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2019.

GALANTER, Marc. Access to Justice in a world of expanding social capability. *37 Fordham Urban Law Journal*, p. 115-128, 2010. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol37/iss1/5>. Acesso em: 29 maio 2019.

GUERRA, Laís Batista. O protesto da Certidão de Dívida Ativa como medida de eficiência na cobrança extrajudicial de créditos tributários. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 124, p. 287-304, set./out. 2015.

LAMÊGO, Guilherme. Execução extrajudicial e arbitragem: proposta para uma execução extrajudicial arbitral no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 286, p. 505-538, dez. 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 8. ed., rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

LUISO, Francesco Paolo. Presente e futuro della conciliazione in Italia. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Co-

ords.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 575-589.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: _____. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUNES FILHO, José Tenório; CARVALHO, Fábio Lins Lessa de. O princípio da eficiência administrativa e a crise da execução fiscal: problemas e soluções. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, São Paulo, v. 16, p. 17-45, jan./fev. 2019.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O problema do acesso à Justiça no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano X, n. 39, p. 78-97, jul./set. 1985.

PIMENTA, Vinícius Rodrigues; MOURA, Carina Diniz. Extinção *ex officio* pelo juízo de execução fiscal de multa ambiental em razão do valor cobrado. *Revista Pensar Direito*, v. 7, n. 1, ed. especial, jul. 2015. Disponível em: http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a243.pdf. Acesso em: 6 jun. 2019.

ROCHA, Dartanhan Vercingetórix de Araújo e. Análise econômica de execuções fiscais de reduzido valor e os efeitos da Lei nº 12.514/11. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 56, p. 102-110, jan./abr. 2012.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. *In*: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Execuções fiscais e interesse público em matéria tributária: uma análise de direito e economia. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 123, p. 285-306, jul./ago. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, p. 41-49, jan./mar. 1980.

VILLALVA, Ticiania Dantas. O protesto de certidão de dívida ativa como uma medida desproporcional para a cobrança do crédito tributário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 104, n. 956, p. 171-190, jun. 2015.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2019.