

LEITURAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

FGB/PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS

Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Glauca Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)

ORGANIZADORES:
HAROLDO LOURENÇO, LARISSA POCHMANN DA SILVA, MARCELO PEREIRA DE
ALMEIDA E MÁRCIO GALVÃO

LEITURAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS



GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS

Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2019 Haroldo Lourenço, Larissa Pochmann da Silva, Marcelo Pereira de Almeida e Márcio Galvão (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial FGB/Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
pembrokecollins@caedjus.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Editora FGB/Pembroke Collins.

L533

Leituras de solução de conflitos / Haroldo Lourenço, Larissa Pochmann da Silva, Marcelo Pereira de Almeida e Márcio Galvão (organizadores). – Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2019.

698 p.

ISBN 978-65-81331-03-0.

1. Solução de conflitos. I. Lourenço, Haroldo (org.). II. Silva, Larissa Pochmann da (org.). III. Almeida, Marcelo Pereira de (org.). IV. Galvão, Márcio (org.).

CDD 341.6

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS - SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	15
A NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVIES.....	17
<i>Felippe Borring Rocha</i>	
RESOLUÇÃO DIGITAL DE CONFLITOS DE CONSUMO: UM ESTUDO COMPARADO DE FUNCIONAMENTO E EFICIÊNCIA ENTRE CONSUMIDOR.GOV E A RLL	30
<i>Fernanda Bragança</i>	
<i>Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança</i>	
FACETAS DO INSTITUTO DO RECURSO ADESIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	43
<i>Adailson Vieira da Silva</i>	
A JUSTIÇA RESTAURATIVA: RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS ADVINDOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO FORÚM DE ITAIPAVA.....	62
<i>Claudia Aparecida da Silva Pires</i>	
A INFLUÊNCIA DO KANGAROO COURT NA ESTRUTURA DECISÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	79
<i>Jefferson Correia da Rocha</i>	
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS NOVOS CONTORNOS DA RECLAMAÇÃO ...	96
<i>Jorge Luiz Rodrigues Campanharo</i>	
A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS PÚBLICOS. UMA ANÁLISE COMPARADA DA ARBITRAGEM NA ARGENTINA E BRASIL.....	113
<i>Alejandro A. Domínguez Benavides</i>	
<i>Flávia Iracema Gimenes</i>	

A RECONTEXTUALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL PERANTE AS SUAS NORMAS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO ENTRE NORMAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: O CASO DA TAXATIVIDADE MITIGADA DO CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO POR INSTRUMENTO.....125

Catarina Lopes Maia

Thiago Braga Dantas

O PAPEL DO STJ ENQUANTO CORTE DE VÉRTICE NO MICROSSISTEMA DE CASOS REPETITIVOS: O CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....141

Rayana de Azevedo Cardoso

Thiago Braga Dantas

ATIVISMO JUDICIAL: DECISÃO DOS RECURSOS REPETITIVOS RESP 1.704.520 E RESP 1.696.396 EM QUE MITIGOU A TAXATIVIDADE DO ROL DE APLICAÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ART. 1.015 DO CPC.....158

João Vitor Teixeira Leite Medeiros

A COLABORAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PROCESSO DE FAMÍLIA.....174

Valéria Julião Silva Medina

Marcelo Negri Soares

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO E DO RESPEITO AO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE DAS PARTES.....188

José Barreto Netto

BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS CONCEDIDOS À REVELIA DO CONFAZ E SUA IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA POSTERIOR POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....206

José Manuel Fonseca Martínez

AS CLÁUSULAS ESCALONADAS E A JUSTIÇA MULTIPORTAS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....217

Camila Assunção Cavalcante

Táís Batista Fernandes Braga

MEDIAÇÃO INDÍGENA COMO FERRAMENTA FACILITADORA EM CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS URBANOS EM MANAUS.....232

Vitória da Silva Lima Monteiro

Denison Melo de Aguiar

O PAPEL DA MEDIAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO PEDAGÓGICO PARA O MUNDO JURÍDICO.....248

Letícia Prazeres Falcão

DESAFÍOS DEL DERECHO PROBATORIO: UNA MIRADA DESDE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.....259

Santiago Ángel Muñoz

Julián Andrés Giraldo Aristizábal

Jorge Iván Marín Tapier

BULLYING NÃO É LEGAL! A MEDIAÇÃO ESCOLAR COMO UMA ALTERNATIVA EFICAZ PARA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS GERADOS POR BULLYING E AUTOEXTERMINIO.....274

Glicéria Martins Cleter

Tito Lívio de Figueiredo

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: A (IN)VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO JULGAMENTO PROCESSUAL BASEADO EM PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS FRENTE À CONSTRUÇÃO DA LÓGICA JURÍDICA NACIONAL.....292

Elizandro Natal Brollo

ANÁLISE JURÍDICA DOS CONFLITOS NO PROCESSO DE TOMBAMENTO DO ENCONTRO DAS ÁGUAS ENTRE O RIO NEGRO E SOLIMÕES.....310

Bianor Saraiva Nogueira Júnior

Marcus Fabiano Praciano Santiago

A BUSCA DE UM MODELO DE PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS.....327

Lucas Ramos Nobre

Táís Batista Fernandes Braga

APLICABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NOS CONTRATOS DE ADESÃO REALIZADOS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO.....345

Luiza Catarina Sobreira de Souza

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA REGULAMENTAÇÃO DO USO DE DISPUTE BOARDS EM CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL.....363

Patrícia De Battisti Almeida

Fabio Rodrigues Teixeira de Almeida

JUSTIÇA, ACESSO À JUSTIÇA E MÉTODOS CONSENSUAIS.....380
Marcos Roberto da Silva

A BOA-FÉ À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....394
Isabela de Carvalho Domingues

O ATIVISMO JURÍDICO E OS PARÂMETROS INTERPRETATIVOS ACERCA DA
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....410
Reinaldo Gonçalves dos Anjos

ARTIGOS - ACESSO À JUSTIÇA.....423

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, ACESSO À JUSTIÇA E MOROSIDADE NA
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: É POSSÍVEL APURAR RESPONSABILIDADE?425
Bruna Prado Rocha Menezes
Karoline França Bastos Cunha

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A DEFENSORIA PÚBLICA: DA
REDEMOCRATIZAÇÃO À DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE
ACESSO AO JUDICIÁRIO AOS HIPOSSUFICIENTES.....442
Anderson Adriano Gonzaga Brito

O DESAFIO DA GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE COMO DIREITO: LIMITES E
POSSIBILIDADES DO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO.....463
Laisa Naiara Euzébio de Sá
Felipe Dutra Asensi

A SALA DE MÁQUINAS DAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS: UM AVANÇO
AO ATIVISMO JUDICIAL?.....482
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

O DESCOMPASSO ENTRE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A ESCASSEZ
ORÇAMENTÁRIA: UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO E SEUS NOVOS DESAFIOS
EM 2019.....495
Juliana Araujo Pinto

AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À
JUSTIÇA.....507
Carla Faria de Souza
William Greg Nedel

ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESTAÇÃO.....525
Andréa Neiva Coelho de Medeiros

ARTIGOS - ADVOCACIA PÚBLICA.....541

A ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA NAS DEMANDAS DE MASSA: MICROSSISTEMAS DE JULGAMENTO DAS DEMANDAS REPETITIVAS E A EFICÁCIA ADMINISTRATIVA DOS PRECEDENTES NORMATIVOS NO CPC/15.....543
Vicente Férrer de Albuquerque Júnior

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E ADVOCACIA PÚBLICA: NOTAS SOBRE A ADI 6165-TO.....559
Francisco Bertino de Carvalho

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: PECULIARIDADES DO NOVO CPC.....575
Graziela Nasato

O EQUILÍBRIO AMBIENTAL E O INTERESSE PÚBLICO COMO ELEMENTOS BALIZADORES DAS MANIFESTAÇÕES DOS ADVOGADOS PÚBLICOS MUNICIPAIS.....590
Fabricio Gaspar Rodrigues

A FORÇA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.....607
Tallyta Cilene Santos Leite
Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

LIMITES E POSSIBILIDADES DA FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL: MEIOS E INSTRUMENTOS DE AUXÍLIO À ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA.....624
Vanessa Vieira Martins
Áurea Gonçalves da Silva

O PROCESSO DE CRIAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CORDEIRÓPOLIS/SP – JUNHO DE 2016 A JULHO DE 2019.....637
Marco Antonio Magalhães dos Santos

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A SUA APLICAÇÃO EM TEMAS AFETOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL.....656
Fernando Malta da Costa Messeder

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL.....673

Pedro Castagna

RESUMO.....691

A RECLAMAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES: DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS À INTERPRETAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....693

Larissa Pochmann Da Silva

Marcelo Pereira De Almeida

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
GlauCIA Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil

Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-D-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2019, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2019)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de agosto de 2019 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos e resumos expandidos de 42 universidades e 24 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 08 livros do evento: Diálogos de direitos humanos e fundamentais, Direitos humanos e fundamentais: leituras interdisciplinares, Direito público: diálogos nacionais e internacionais, Direito privado contemporâneo, Solução de conflitos e instituições jurídicas, Crimes e segurança pública em perspectiva, Trabalho e segurança em perspectiva, Perspectivas de direito contemporâneo.

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 15 trabalhos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que alcançou mais de 90 trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2019. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Braga Lourenço (UniFG/BA), Klever Filpo (UFRRJ e UCP) e Michelle Asato Junqueira (UPM/SP). O trabalho premiado foi de autoria de Carlos Alberto Ferreira dos Santos e Ronaldo Marinho sob o título “O contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas: um olhar crítico sobre as violações dos direitos humanos em pleno século XXI”.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora FGB/Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVIES

Felippe Borring Rocha

1. Introdução

A Lei nº 9.099/1995 (LJE), ao regular os Juizados Especiais Cíveis Estaduais, previu dois procedimentos especiais em seu texto. O primeiro procedimento é o mais conhecido e tem natureza “sincrética”, uma vez que possui uma fase cognitiva (arts. 14 a 51 da LJE), voltada para processar e julgar as ações mencionadas no *caput* do art. 3º da LJE, e uma fase executiva, destinada a executar as obrigações impostas por meio de decisões judiciais proferidas no âmbito dos Juizados Especiais (art. 3º, § 1º, I, da LJE). Como a lei não nomeou este procedimento, a maioria dos autores, seguindo o texto constitucional (art. 98, I),¹ passou a chamá-lo por uma de suas características mais marcantes: “sumaríssimo”. O segundo procedimento, por sua vez, foi desenhado para promover a tramitação das ações executivas fundadas em títulos executivos extrajudiciais, cujo valor não exceda a 40 salários mínimos

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

(art. 3º, § 1º, II, da LJE). Todas as regras referentes a este rito estão concentradas no art. 53 da LJE.

Analisando a estrutura procedimental, é possível dividir o rito sumariíssimo em duas etapas, uma de conciliação e outra de instrução e julgamento.² A primeira etapa tem como objetivo principal a busca pela composição dos interesses em conflito. Ela abrange o oferecimento da petição inicial, a designação de data para a realização da audiência de conciliação pela secretaria do Juizado, a imediata intimação do autor da data designada, a citação e a intimação do réu para comparecer na audiência de conciliação e a realização da audiência de conciliação, com a possibilidade de sua convalidação em audiência de arbitragem ou de mediação.

Nesse passo, importante esclarecer que a Lei nº 9.099/1995 prevê apenas a realização de uma audiência de conciliação (art. 21) e a possibilidade de as partes submeterem o litígio à arbitragem judicial (arts. 24 a 26). Portanto, a princípio, a etapa de composição do rito sumariíssimo foi concebida para oferecer às partes somente dois tipos técnicas de solução dos conflitos: a conciliação e a arbitragem. Ocorre que, com a edição da Resolução 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 (arts. 3º, § 3º, e 165 a 175) e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), a sistemática procedimental dos Juizados Especiais teve que sofrer uma releitura, passando a abranger em sua etapa de composição, além da conciliação e da arbitragem, também a técnica da mediação.³ O resultado é que na audiência de conciliação, se não houver acordo, deverá ser oferecida às partes a possibilidade de utilização da mediação ou da arbitragem para tratar das questões atinentes ao conflito deduzido em juízo.

2 ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis: teoria e prática*. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 191.

3 Nesse sentido, MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stela Tannure. *Tribunal multi-portas e crises de identidade: o judiciário como alternativa a si mesmo?* In: ORSIN, Adriana Goulart de Sena; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Nivaldo dos. (org.). *Formas consensuais de solução de conflitos*. Florianópolis: CONPEDI, 2015 p. 14. Veja-se, também, o Enunciado 397 do FPPC: “A estrutura para autocomposição, nos Juizados Especiais, deverá contar com a conciliação e a mediação”. Em sentido contrário, sustentando a inaplicabilidade de mediação ao Sistema dos Juizados Especiais, SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. Do processo eletrônico instituído pelo NCP e seu impacto nos juizados especiais cíveis. In: REDONDO, Bruno Garcia *et al* (coord.). *Coleção repercussões do novo CPC. v. 7: juizados especiais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 385.

Não obstante, apesar da previsão contida na Lei nº 9.099/1995 e do crescente movimento para adoção de meios consensuais de solução dos conflitos que se tem observado nos últimos anos, não se tem notícia de qualquer Juizado Especial no Brasil que esteja aplicado a arbitragem. Por isso, o objetivo do presente estudo é buscar identificar as razões pelas quais a arbitragem não tem sido aplicada nos Juizados Especiais, bem como sugerir um caminho a ser adotado, *de lege ferenda*, para tentar equacionar melhor a questão.

2. A arbitragem no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais

Na redação original do Código de Processo Civil de 1973 existia um capítulo inteiramente dedicado à arbitragem (arts. 1.072 a 1.102). Nestes dispositivos fica assentado que a arbitragem poderia ser judicial ou extrajudicial, também chamada então de arbitragem particular ou privada. A principal diferença entre a arbitragem judicial e a extrajudicial é que aquela que tinha lugar quando o conflito de interesses já estava submetido à jurisdição estatal por meio de uma ação. De modo que a arbitragem judicial era tratada como um incidente ao processo judicial. Não por outro motivo, a Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, quando regulou a arbitragem (arts. 25 a 27 da Lei 7.244/1984), seguiu um caminho similar. *In verbis*:

Art. 25. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

Parágrafo único. O Juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes, fazendo o Juiz, caso não esteja o mesmo presente, sua convocação e a imediata designação de data para a audiência de instrução.

Art. 26. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 4º e 5º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 27. Ao término da instrução, ou nos 5 (cinco) dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz para homologação por sentença irrecorrível.

Tanto a arbitragem judicial prevista no CPC/1973 como a arbitragem estabelecida na Lei dos Juizados de Pequenas Causas foram um completo fracasso.⁴ Mesmo assim, em 1989, quando foi elaborado o Projeto de Lei que originou a parte cível da Lei nº 9.099/1995 (PL 3.698/1989 do Deputado Federal Nelson Jobim – PMDB/RS), foi mantido, praticamente sem alterações, o texto referente à arbitragem presente na Lei dos Juizados de Pequenas Causas. Uma vez aprovado o projeto de lei, os dispositivos ficaram assim redigidos na Lei nº 9.099/1995:

Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.

§ 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subseqüentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

Como se pode verificar, a principal diferença entre os dois textos é que a Lei nº 9.099/1995 estabeleceu que somente os juízes leigos poderiam ser árbitros (art. 24, § 2º), ao passo que, na Lei nº 7.244/1984, qualquer um poderia ser indicado pelas partes como árbitro. Importante

4 A bem da verdade, em mais de duas décadas pesquisando sobre os Juizados Especiais somente foi possível localizar uma referência a um processo onde foi aplicada a arbitragem e, mesmo assim, ocorrido durante a vigência da Lei dos Juizados de Pequenas Causa (Lei nº 7.244/1984): “Mandado de segurança. Juízo Especial de Pequenas Causas. Laudo Arbitral. I – O Juizado Especial de Pequenas Causas, no caso, ao homologar laudo arbitral, não praticou ato ilegal ou arbitrário ensejador de segurança, cumprindo, ao contrário, seu dever de ofício. II – Recurso ordinário desprovido” (STJ – 2ª Turma – RMS 262/GO – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 02/09/1996).

sublinhar, ainda, que na Lei dos Juizados de Pequenas Causas não existia a figura do juiz leigo, figura introduzida de forma inovadora pela Lei nº 9.099/1995 (art. 7º).

Não obstante, quando os Juizados Especiais Cíveis começaram a ser instalados pelos tribunais, foi editada a Lei nº 9.307/1996 (LA), que revogou os arts. 1.072 a 1.102 do CPC/1973 e instituiu um novo modelo de arbitragem. Este novo modelo, seguindo uma tendência mundial, não contemplava a arbitragem judicial.⁵ Com isso, a arbitragem dos Juizados Especiais não apenas perdeu o seu referencial normativo, mas também manteve uma lógica que não era mais contemplada pelo sistema arbitral brasileiro.

3. A diferenças entre a arbitragem nos Juizados Especiais e a arbitragem na Lei nº 9.307/1996

Comparando a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996 com a arbitragem presente na Lei nº 9.099/1995, a primeira diferença que chama a atenção é que nos Juizados Especiais, em razão do princípio da informalidade, considera instaurado o juízo arbitral pela mera opção por esta via, independentemente de termo de compromisso (art. 24, § 1º). Na Lei de Arbitragem, ao revés, o art. 9º determina que o juízo arbitral só se instaura com a assinatura do termo de compromisso.

Outro ponto de distanciamento entre os diplomas é que o árbitro, nos Juizados Especiais, será escolhido dentre os juízes leigos (art. 24, § 2º, da LJE). É uma limitação em relação à Lei 9.307/1996, que em seu art. 13 estabelece que qualquer pessoa capaz poderá assumir a função de árbitro. Outro aspecto a ser sublinhado é que o árbitro, pelo procedimento da Lei 9.099/1995, sempre poderá decidir por equidade (art. 25), ao passo que, na Lei de Arbitragem, o árbitro só poderá decidir por equidade se as partes assim convencionarem expressamente (art. 2º).

Por fim, uma das diferenças mais marcantes é que o laudo arbitral nos Juizados Especiais precisa ser homologado pelo juiz togado para poder ter eficácia executiva (art. 26), enquanto na Lei de Arbitragem o laudo arbitral já nasce com tal eficácia (art. 31 da LA e art. 515, VII, do CPC/2015).

5 CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem: lei 9.307/1996*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 2.

4. O procedimento arbitral nos Juizados Especiais

O procedimento arbitral nos Juizados Especiais, como dito, tem início na audiência de conciliação. Na forma do art. 24 da LJE, se as partes não conseguirem chegar a um acordo, poderão optar, em conjunto, pela instauração da arbitragem. Havendo esta manifestação, o conciliador que estiver presidindo a audiência deverá apresentar às partes a relação dos juízes leigos vinculados ao juízo que poderão exercer o papel de árbitro. O ideal seria que essa apresentação fosse feita com a exibição de informações sobre a formação acadêmica e a experiência profissional dos juízes leigos, notadamente na seara arbitral. Seria importante destacar se os juízes leigos já atuaram como árbitros antes ou participaram de cursos específicos voltados para a prática da arbitragem.

Se as partes escolherem um dos juízes leigos como árbitro, o procedimento é formalmente instalado. O árbitro não precisa ser nomeado pelo juiz para exercer a sua função, basta aceitar o encargo. Embora a Lei não o diga, entendemos ser possível que as partes escolham mais de um juiz leigo para ser árbitro, para o caso de haver alguma recusa ou impedimento. Neste caso, deverão dizer se existe ordem de preferência entre os juízes leigos escolhidos ou qualquer um deles pode exercer a função de árbitro. Podem, também, solicitar que a arbitragem seja conduzida por mais de um árbitro, desde que eles estejam disponíveis no Juizado.

Após a manifestação das partes sobre o árbitro, o conciliador deverá verificar se o juiz leigo escolhido para atuar como árbitro está presente nos Juizados, se aceita a incumbência e se pode realizar imediatamente a audiência de instrução e julgamento arbitral. Se tudo isto for possível, o conciliador deverá reduzir o ocorrido por escrito na ata da audiência conciliatória e colher a assinatura das partes, antes de encaminhá-las para o local onde será realizada a arbitragem. Caso a arbitragem possa ser realizada na mesma sala onde a conciliação foi conduzida, o conciliador deverá aguardar que o juiz leigo nomeado como árbitro compareça no local e assuma a condução dos trabalhos.

Importante destacar que na audiência arbitral as partes poderão produzir provas para o árbitro. Por isso, antes do início imediato desta audiência, as partes deverão ser indagadas sobre a necessidade de produzir provas que não estejam disponíveis naquele momento. De fato, em que

pese a presunção legal, dentro da lógica prevista no rito sumaríssimo, ser que as partes devam levar as provas para a audiência de conciliação, pois ela pode ser imediatamente convolada em audiência de instrução e julgamento (art. 27 da LJE), no caso específico do procedimento arbitral, o paradigma deve ser outro. Trata-se, pois, de um procedimento que busca a solução consensual entre as partes, ainda que de caráter heterocompositivo. Em última análise, caso não seja permitido às partes a realização da audiência arbitral em outra data, elas podem simplesmente desistir da arbitragem. Assim, caso as partes tenham interesse em produzir outras provas ou mesmo achem conveniente que a arbitragem não seja feita imediatamente, poderão encaminhar essa proposta ao conciliador, que deverá estar orientado sobre a postura a ser adotada.

Na maioria das vezes, entretanto, raramente o juiz leigo escolhido estará presente e disponível para realizar a arbitragem no momento de sua escolha pelas partes, a não ser que exista algum tipo de escala de plantão no órgão. Não sendo possível a instalação imediata da audiência de instrução e arbitragem, o conciliador deverá marcar, desde logo, data para sua realização e incluí-la na ata da audiência conciliatória, que será assinada pelas partes e servirá de instrumento de intimação. A audiência arbitral somente deverá ser remarçada se o juiz leigo não aceitar a nomeação ou o ato não puder ser realizado na data marcada. Nestas hipóteses, as partes deverão ser intimadas da nova data, pessoalmente ou por intermédio de seus advogados.

Havendo a recusa pelo juiz leigo em exercer a função de árbitro, que deverá ser devidamente fundamentada, as partes serão intimadas, pessoalmente ou por intermédio de seus advogados, para dizerem se desejam nomear outro juiz leigo como árbitro ou se preferem dar prosseguimento do rito. Na primeira situação, não sendo possível aproveitar a data já marcada, deverá ser escolhida nova data, com a anuência prévia do juiz leigo escolhido; no segundo caso, deverá ser marcada data para realização da audiência de instrução e julgamento, na forma prevista para o rito sumaríssimo (art. 27, parágrafo único, da LJE).

Na hipótese de a causa ter valor superior a 20 salários mínimos, as partes deverão comparecer na audiência arbitral acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos (art. 9º da LJE). Na abertura da audiência, deverá o árbitro tentar conciliar as partes, nos moldes do que prevê o

art. 359 do CPC/2015. Não sendo o acordo possível, deverá ser dada a palavra ao réu, para apresentar sua versão dos fatos, oralmente. Se não o fizer, essa oportunidade estará preclusa. Isso não significa que o réu será considerado revel, mas, tão somente, que estará indefeso. Em seguida, o árbitro deverá colher a prova utilizando dos mesmos critérios previstos na Lei nº 9.099/1995 para o juiz (art. 25).⁶ Assim, o árbitro poderá deferir a produção da prova oral, pericial e até realizar uma improvável inspeção, que no regime dos Juizados pode ser feita por “pessoa de confiança” (art. 35, parágrafo único, da LJE).

Importante destacar que no regime do CPC/1973, a arbitragem judicial somente poderia ser feita por equidade se as partes assim ajustem (art. 1.075, IV). Desse modo, o legislador entendeu necessária a determinação expressa no texto da Lei nº 9.099/1995 de que o julgamento feito pelo árbitro poderia se pautar pelo emprego da equidade, independentemente da manifestação expressa das partes nesse sentido (art. 25). É preciso sublinhar, ainda, que a atuação do árbitro está submetida, tal qual o “juiz togado”, aos preceitos legais de valoração da prova, busca dos fins sociais e às exigências do bem comum (arts. 5º e 6º). Deve, igualmente, observar os comandos de imparcialidade e correção, agindo como se fosse o juiz natural da causa.

Importante consignar que as partes podem desistir do procedimento arbitral até o início da audiência. Depois de iniciada a audiência de arbitragem, no entanto, a desistência não poderá mais ser admitida.⁷ De fato, não pode o aparato judicial ser mobilizado e depois dispensado, como se estivesse ali para atender a um capricho das partes. Logo, é importante que o conciliador esclareça, no momento de formalizar o início da audiência arbitral que o início da audiência marca o fim da possibilidade de desistência do procedimento arbitral.

Note-se que o art. 26 da LJE previu a possibilidade de o árbitro proferir o seu laudo arbitral ao término da audiência de instrução arbitral ou fora dela, “nos cinco dias subsequentes”. Essa faculdade, que não existe em relação ao juiz (art. 28), nos parece estar em desarmonia com o sistema

6 LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais*: lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35.

7 ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis: teoria e prática*. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 197.

criado para os Juizados Especiais, notadamente em relação ao princípio da oralidade (art. 2º da LJE). Por isso, condenamos a sua previsão. Não se trata, entretanto, de uma regra inconstitucional. Mas sua aplicação deve ser evitada ao máximo, para não lançar dúvida sobre a atuação do árbitro e para conferir celeridade e efetividade ao procedimento arbitral. Se o árbitro proferir seu laudo em audiência, deverá reduzi-lo a termo, aos moldes do regramento previsto para o “juiz togado” (art. 38 da LJE).

Ao proferir seu laudo, o árbitro deve observar o limite de 40 salários mínimos, se a questão submetida à arbitragem estiver prevista no art. 3º, I e IV, da Lei nº 9.099/1995 (causa de pequeno valor). Apesar de a arbitragem ser uma técnica em que a solução decorre de um ajuste entre as partes, ela não pode ser equiparada à conciliação ou à mediação, para fins de ultrapassagem do teto legal (art. 3º, § 3º, da LJE). Além disso, ao julgar, não poderá o árbitro produzir decisão ilíquida (art. 38, parágrafo único, da LJE). Se o julgamento arbitral envolver uma condenação a pagar, deverá o árbitro incluir em seu laudo um índice de conversão, que poderá ser a UFIR ou o salário mínimo, por exemplo (art. 52, I, da LJE).

É importante destacar que, obtido o acordo ou proferido o laudo arbitral, este somente terá eficácia executiva após a homologação pelo juiz (art. 515, II, do CPC/2015), muito embora possam as partes cumpri-lo voluntariamente desde a sua celebração. O que não se pode admitir é que a homologação do acordo fique condicionada ao cumprimento prévio de seus termos. Nesse caso, tanto a parte credora como a devedora podem pleitear a intervenção do juiz para que o acordo lhe seja imediatamente submetido à homologação. O juiz, antes de chancelar o acordo realizado, deverá verificar a sua regularidade formal.⁸ O resultado dessa avaliação pode levar ao encerramento do procedimento sem resolução do mérito, se verificar a ocorrência de algum vício insanável, à realização de diligências, para corrigir vícios sanáveis, ou à homologação do acordo por sentença (art. 22, parágrafo único, da LJE).

Estabelece o art. 41 da Lei 9.099/1995 que o laudo arbitral, uma vez homologado, não admite “recurso”. Analisando este dispositivo, Maurí-

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 3, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 475.

cio Antônio Lopes⁹ defende que a irrecorribilidade da decisão que homologa o laudo arbitral seria inconstitucional por violar o princípio do duplo grau de jurisdição. Com o devido respeito, mas ousamos divergir desse pensamento. A irrecorribilidade no procedimento de arbitragem integra a sua própria essência, qual seja, a submissão da vontade das partes à decisão do árbitro. Ademais, para que fosse possível alguma forma de impugnação, por questão de coerência, o recurso teria que ser dirigido a uma turma de árbitros, o que não existe. Por isso mesmo, as partes deverão estar cientes dessa circunstância no momento que concordarem com a instalação da arbitragem (art. 24), sob pena de invalidação do procedimento.

Não obstante, acompanhando a posição minoritária na doutrina, defendemos que a decisão de homologação do laudo arbitral é passível de impugnação por embargos de declaração (art. 48). Nesse caso, ainda que a omissão, a obscuridade, a contradição ou o erro material tenham sido fruto da atividade do árbitro, quem julgará o recurso, por certo, será o juiz, que poderá, entre outras medidas, determinar a realização de novo laudo arbitral ou a complementação do anterior. Se os embargos de declaração não forem interpostos ou providos, diante da gravidade do vício e do descabimento da ação rescisória (art. 59 da LJE), o caminho disponível para a parte interessada será impetrar mandado de segurança com efeitos rescisórios, dirigido para a Turma Recursal correspondente.¹⁰

Após a homologação, como sublinhado, o laudo arbitral adquire *status* de título executivo judicial (art. 26 da LJE e art. 515, II, do CPC/2015). Assim, na hipótese de alguma das partes descumprir as obrigações reconhecidas na decisão arbitral, poderá a parte prejudicada promover a sua execução, nos mesmos autos onde foi proferida, na forma prevista pelo art. 52 da LJE (art. 3º, § 1º, I, da LJE).

5. Conclusões

Apesar de ser perfeitamente possível executar o procedimento arbitral previsto nos arts. 24 a 26 da LJE, entendemos que esse modelo de arbi-

9 LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais*: lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35.

10 ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis: teoria e prática*. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 364.

tragem judicial não se coaduna mais com o perfil da arbitragem implantada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996). De fato, sustentamos que a única forma de arbitragem que deve ser utilizada para dar tratamento adequado aos conflitos de interesse, dentro e fora do Sistema dos Juizados Especiais, é a arbitragem extrajudicial, também chamada de particular ou privada.

Por isso, defendemos que os arts. 24 a 26 da LJE sejam revogados e em seu lugar tenha um dispositivo que permita que às partes suspendam o procedimento em curso perante os Juizados Especiais para recorrerem à arbitragem extrajudicial, se assim desejarem. Na nossa concepção, o ideal seria que as partes pudessem suspender o procedimento sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/1995 para buscar a solução da questão por meio da arbitragem. Com isso, se a arbitragem não fosse instalada ou não conseguisse resolver a questão, o autor poderia retomar o processo judicial. Por certo, a suspensão do procedimento sumaríssimo não poderia ser indefinida. Assim, nos parece que seria razoável estabelecer um prazo de seis meses para sua retomada, sob pena de encerramento do feito, sem resolução do mérito.

Uma síntese dessas propostas poderia ocupar o lugar dos atuais arts. 24, 25 e 26 da LJE, com a seguinte redação:

Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pela adoção da mediação ou da arbitragem.

Art. 25. Manifestado as partes o interesse na utilização da mediação, o procedimento em curso perante os Juizados Especiais ficará suspenso, a partir da assinatura da ata de conciliação.

§ 1º. Na própria ata constará a data, hora e o local da realização da primeira sessão de mediação a ser realizada no Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos vinculado àquele Juizado Especial.

§ 2º. Se da mediação resultar uma solução capaz de por fim ao litígio, esta será reduzida a termo e imediatamente encaminhado ao juiz togado, para homologação por sentença.

§ 3º. Se da mediação não for possível resolver integralmente o litígio, na ata de encerramento constará o dia e a hora em que será realizada a audiência de instrução e julgamento do procedimento que até aquele momento estava suspenso.

§ 4º. Se na mediação for possível resolver parte do litígio, o juiz togado deverá homologar a solução ajustada ao final da audiência de instrução e julgamento, que somente poderá versar sobre a parcela do litígio que não foi resolvida pelas partes.

Art. 26. Manifestado as partes o interesse na utilização da arbitragem extrajudicial, na forma prevista na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, o procedimento em curso perante os Juizados Especiais ficará suspenso por até seis meses, a partir da assinatura da ata de conciliação.

§ 1º. Se da arbitragem resultar uma solução capaz de por fim ao litígio antes do prazo previsto no caput deste artigo, o árbitro que presidiu o procedimento comunicará tal fato ao Juizado Especial, devidamente documentado, para que o procedimento judicial seja encerrado, sem resolução do mérito.

§ 2º. Se o autor da demanda não requerer a retomada do procedimento judicial no prazo mencionado no caput deste artigo, ele será encerrado, sem resolução do mérito, independentemente de intimação previa das partes.

§ 3º. No pedido de retomada do procedimento judicial, o autor deverá comprovar a resistência do réu na instalação da arbitragem extrajudicial ou a impossibilidade de solução integral do litígio por essa via.

§ 4º. Deferido o pedido de retomada do feito, o réu será intimado, pessoalmente ou por seu advogado, da data designada para realização da audiência de instrução e julgamento, na forma prevista nesta lei.

§ 5º. Se na arbitragem for possível resolver parte do litígio, na audiência de instrução e julgamento somente será tratar a parcela do litígio que não foi solucionado pelas partes.

6. Referências

CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem*: lei 9.307/1996. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais*: lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stela Tannure. *Tribunal multiportas e crises de identidade: o judiciário como alternativa a si mesmo?* In: ORSIN, Adriana Goulart de Sena; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Nivaldo dos. (org.). *Formas consensuais de solução de conflitos*. Florianópolis: CONPEDI, 2015 p. 5-33.

ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis: teoria e prática*. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2019.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. Do processo eletrônico instituído pelo NCPC e seu impacto nos juizados especiais cíveis. In: REDONDO, Bruno Garcia et al (coord.). *Coleção repercussões do novo CPC. v. 7: juizados especiais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 213-222.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 3, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RESOLUÇÃO DIGITAL DE CONFLITOS DE CONSUMO: UM ESTUDO COMPARADO DE FUNCIONAMENTO E EFICIÊNCIA ENTRE CONSUMIDOR.GOV E A RLL

Fernanda Bragança

Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança

INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo mostrar a dinâmica de funcionamento e eficiência de duas importantes plataformas voltadas à resolução eletrônica de conflitos consumo: uma brasileira, o consumidor.gov e a outra europeia, a resolução de litígios em linha, também conhecida pela sua sigla RLL. A finalidade desta pesquisa consiste em fazer esse mapeamento de modo que se possa avaliar qual desses modelos atrai mais os consumidores e onde eles são mais familiarizados com os órgãos competentes para receber as reclamações oriundas dessas transações.

A importância do tema pode ser percebida tanto pela sua abrangência, tendo em vista que a grande parcela da população brasileira e mundial é formada por indivíduos com possibilidades de consumir, quanto pela sua interdisciplinariedade, já que o assunto da resolução digital de conflitos interessa à diversas áreas do conhecimento e instiga as mais distintas carreiras que investigam o papel e a interferência da tecnologia na sociedade atual.

Esta pesquisa é movida pela inquietação de verificar qual das duas plataformas consegue resultados mais eficientes. A princípio, o modelo

brasileiro é o que parece melhor corresponder à esta expectativa por permitir que os interessados tratem diretamente sobre a questão entre si. A metodologia consistiu em uma revisão bibliográfica de artigos científicos nacionais e internacionais sobre o assunto, além de informações obtidas nos respectivos *sites* em relação aos seguintes pontos: modelo operacional das duas plataformas; delimitação da competência de cada uma e a respectiva inserção no sistema local de defesa do consumidor; comparação entre os trâmites procedimentais no Brasil e na UE; análise das bases de dados divulgadas nos referidos portais da *internet* de maneira a comparar o volume de reclamações submetidas, percentuais de casos resolvidos e o crescimento em relação ao ano anterior.

O artigo encontra-se estruturado em três partes: as duas primeiras explicativas sobre o consumidor.gov e a RLL, nesta ordem, e a última que mostra a comparação dos índices contidos nas bases de dados das mesmas. Antecipadamente, ressalva-se que este é um conteúdo que precisa ser constantemente atualizado considerando que a movimentação de usuários e o carregamento de informações nessas plataformas crescem a cada dia.

I.CONSUMIDOR.GOV

O Consumidor.gov é uma plataforma *online* de resolução de conflitos em funcionamento desde 2014 e que visa solucionar disputas de consumo por meio de uma interação direta entre o consumidor e as empresas aderentes, que se comprometem a receber, analisar e responder as reclamações em até dez dias. Trata-se de um serviço público e gratuito, disponibilizado à população e que é monitorado pela secretaria nacional do consumidor (SENACON), ligada ao Ministério da Justiça.

Como primeiro passo, o consumidor deve verificar se a empresa da qual adquiriu o produto ou serviço encontra-se registrada na plataforma, uma vez que só assim a mesma poderá ser utilizada para efeito de submissão de uma demanda. Após esta confirmação, o comprador pode realizar a sua queixa, sobre a qual deverá receber uma resposta no prazo previamente citado.

Sobre este retorno o consumidor informará em até vinte dias se o problema foi ou não resolvido e indicará o seu nível de satisfação quanto ao atendimento recebido da empresa. A principal inovação apontada sobre

a dinâmica deste sistema está no estabelecimento de um contato direto entre as partes em um espaço público mas que ao mesmo tempo, garante negociações privadas.

As reclamações alimentadas no consumidor.gov formam uma base de dados pública acessível a todos os interessados (por meio da aba “indicadores”) e onde é possível verificar os índices de solução e satisfação em relação à cada uma das organizações, tempo médio de resposta, número de queixas respondidas, além de outros conteúdos disponíveis na aba de relatos do consumidor.

O objetivo desta plataforma mantida pelo Estado é reduzir o número de litígios decorrentes de problemas consumeristas por meio da promoção da interatividade entre compradores e vendedores, independentemente do espaço em que esta transação tenha sido efetuada. Ou seja, não há qualquer tipo de distinção entre o ambiente físico e o eletrônico.

A adesão das empresas é voluntária e ocorre através da assinatura de um termo por meio do qual se compromete a envidar esforços para a solução das questões apresentadas. Ainda não há uma política de incentivo clara que motive a participação das companhias na plataforma e, não obstante, o trabalho de divulgação sobre este serviço esteja sendo incrementado, poucos cidadãos conhecem o sistema e menos ainda consultam os indicadores antes de concluírem uma compra. Uma possível sugestão para tornar a entrada e a permanência das empresas mais atrativas seria estabelecer algum tipo de pontuação ou certificação àquelas organizações com mais alto índice de satisfação de modo que isso pudesse ser prontamente revertido em publicidade positiva.

O consumidor.gov não substitui os serviços corporativos de atendimento ao cliente nem tampouco os prestados pelos órgãos de defesa como os Procons, por exemplo. Cada um destes continua exercendo seu papel no apoio ao consumidor e participam da gestão operacional e da análise estratégica da base de dados da plataforma com o intuito de aprimorarem as políticas públicas do setor e beneficiarem toda a sociedade.

II.RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS EM LINHA – EU

A plataforma europeia para solução de disputas consumeristas é um modelo de *online dispute resolution* que permite que consumidores e comer-

cientes resolvam conflitos relacionados à compras na *internet* por meio da assistência de um órgão imparcial. Ela foi institucionalizada pelo Regulamento nº 524/2013/UE¹¹ e está em funcionamento desde 2016.

O sistema europeu de resolução de litígios em linha - RLL (como é traduzido em português) congrega diversas entidades de resolução alternativa de conflitos nos vários estados-membros e tem o formato de um *website* por meio do qual compradores e comerciantes interagem para solucionarem eletrônica e extrajudicialmente os problemas decorrentes de compra e venda *online*. Os interessados podem escolher não apenas a instituição mas também o próprio procedimento que lhes parece ser o mais adequado para dirimir a controvérsia.

A plataforma oferece duas possibilidades às entidades de RAL cadastradas: a condução de todo o procedimento pelo seu sistema digital; ou a sua utilização apenas como um veículo para recebimento das reclamações que, posteriormente, serão direcionadas à entidade escolhida pelas partes para tratar da questão que foi submetida.

Cada estado membro é responsável pela elaboração da listagem desses centros de RAL que cumprem os requisitos estabelecidos pela diretiva 2013/11/EU. O rol completo pode ser encontrado no sítio eletrônico da plataforma de resolução de litígios em linha, que permite ainda o acesso às seguintes informações: dados para contato, país-sede, tipos de conflito de sua competência, taxas, língua em que será conduzido o procedimento, duração média, forma de tramitação, resultado e motivos para recusa.

Esta plataforma se propõe a oferecer um serviço gratuito de intermediação entre as entidades de RAL e os consumidores e fornecedores dentro da União Européia (englobando também Noruega, Islândia e Linstenstaine) nas seguintes etapas: apresentação da reclamação, escolha da entidade de resolução de litígios e obtenção de resultados.

Anteriormente à postulação da queixa, que pode ser feita tanto por consumidores quanto por fornecedores, é preciso fazer um cadastro que valerá tanto para utilização do *site* da RLL quanto para diversos outros serviços prestados no âmbito das comissões européias. É preciso checar também se determinados requisitos são atendidos pela demanda: o produto ou serviço deve ter sido adquirido pela *internet*, o comerciante deve ter um

11 Regulamento em língua portuguesa disponível em < <https://www.triave.pt/wp-content/uploads/Regulamento-UE.pdf> > acesso em 14 de maio de 2019.

endereço eletrônico, a outra parte deve ter sido contactada previamente à instauração do pleito e a questão não pode ter sido judicializada.

O fato de um comerciante encontrar-se registrado no sistema de RLL não implica que o mesmo aceitará automaticamente resolver todas as reclamações que lhes são apontadas por meio da plataforma. Por isso, é importante que o comprador siga a recomendação de entrar em contato com ele anteriormente ao envio da reivindicação. A entidade escolhida tem a faculdade de recusar a gestão do conflito como por exemplo, no caso do mesmo não estar enquadrado na sua competência.

A reclamação é materializada com o preenchimento de um formulário na língua materna que pede informações sobre o comprador, o vendedor, dados da compra e o motivo da insatisfação ou do problema. Os documentos comprovativos como notas e faturas podem ser anexados em campo específico. Em sendo a mesma aceita pelo vendedor¹², ambos têm até trinta dias para chegar a um consenso quanto à entidade de solução alternativa que irá gerir a controvérsia. O procedimento será encerrado caso não alcancem a um entendimento quanto a este ponto dentro do prazo.

Uma vez que a entidade manifeste o seu aceite, pode ser que a mesma entenda ser necessário o esclarecimento de algumas questões; o que poderá ser feito através de uma simples troca de mensagem ou por meio do agendamento de um encontro, que pode ser presencial ou a distância (por videoconferência ou telefone). É importante ressaltar que todos os comunicados, inclusive os referentes à essas convocatórias de reuniões, serão emitidos pela plataforma. As respostas à essas notificações também devem ser feitas através sistema por meio do acesso por *login* e a senha.

A forma de comunicação mais usual acaba sendo a assíncrona, ou seja, por correspondência eletrônica. Na RLL, esta acontece dentro de um campo próprio da plataforma e não por *email* ou outros dispositivos por fora do sistema, que tenderiam a dificultar, por exemplo, o controle sobre os avisos e a respectiva ciência das partes.

Assim que a entidade anunciar um resultado para a demanda, este será indicado pelo sistema. Para lê-lo, o usuário terá que iniciar uma sessão e

12 Caso seja o comerciante que deseje oferecer uma queixa contra um consumidor, o passo a passo de inscrição na plataforma encontra-se descrito no sítio eletrônico da mesma < <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.trader.register>>. Neste caso, há a ressalva de que o consumidor deve residir na Bélgica, Alemanha, Luxemburgo ou Polônia.

abrir as informações sobre a reclamação. O prazo para a conclusão do procedimento é de noventa dias, conforme o artigo 8o, alínea e, da Diretiva 2013/11/UE. Sendo a mesma encerrada, com acordo ou em decorrência de arquivamento, os seus dados ficarão disponíveis na plataforma pelo período de seis meses, ao fim do qual tudo será suprimido em razão da política de proteção de dados.

O procedimento gerenciado pela RLL não carece da presença de advogado. A plataforma oferece uma explicação básica e prática sobre os direitos dos consumidores em situações tais como infortúnios decorrentes de transportes aéreos, entrega, garantia e devoluções de mercadorias, pacotes de férias e informa, também, sobre práticas desleais que são mais usuais na rede. Essas orientações frequentemente servem de fundamentação ao pleito que for formulado.

Uma das fragilidades apontadas em relação à RLL é que todo este desenrolar só acontecerá caso os participantes consigam previamente um acordo quanto a entidade de RAL competente para o caso em questão. Não há um critério subsidiário previsto para as situações em que isto não for alcançado e a consequência inevitável é o abandono da queixa (CEBOLA, 2016, p. 70)¹³.

Por este panorama é possível verificar que a RLL precisa ser entendida dentro de um conceito bem mais amplo de *online dispute resolution*, enquanto uma plataforma que utiliza a tecnologia para simplesmente direcionar o encaminhamento do conflito para uma outra entidade. Não há qualquer tipo de interferência de algoritmo ou inteligência artificial neste

13 A professora Cátia Marques Cebola do Instituto Politécnico de Leiria sugere que uma alternativa para obstar este abandono da queixa seria determinar como critério subsidiário que, na hipótese de não existir acordo quanto à entidade de RAL, dever-se-ia privilegiar a que tenha sido escolhida pelo consumidor, à luz da regra que determina a competência judiciária para contratos de consumo no Regulamento (UE) nº. 1215/2012 do Parlamento Europeu disponível em < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2599&tabela=leis&so_miolo=>

Artigo 18.º

1. O consumidor pode intentar uma ação contra a outra parte no contrato, quer nos tribunais do Estado-Membro onde estiver domiciliada essa parte, quer no tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio, independentemente do domicílio da outra parte.
2. A outra parte no contrato só pode intentar uma ação contra o consumidor nos tribunais do Estado-Membro em cujo território estiver domiciliado o consumidor.

processo nem tampouco na negociação entre os indivíduos. O sistema funciona como um espaço de otimização para fazer as notificações das novidades em relação ao caso.

Um elemento interessante que aparece na experiência europeia e que, indiscutivelmente, pode ser uma grande contribuição para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro é uma organização e delimitação mais clara sobre qual canal de reclamação acessar e em que momento. O *site* da Comissão Europeia orienta sobre os diversos caminhos de resolução alternativa de litígios na área consumerista, que pode ocorrer na seara da *internet*, junto aos organismos nacionais de defesa do consumidor, nos centros europeus de consumo – CEC e até por ações judiciais.

A RLL tem competência para resolver demandas oriundas de problemas de relações de consumo que se firmaram na *web*. É uma decorrência lógica do próprio desenvolvimento da ODR de que quem compra no ambiente eletrônico quer também ser capaz de solucionar os eventuais transtornos no âmbito digital.

O centro europeu do consumidor tem por missão dar apoio aos consumidores em conflitos transfronteiriços dentro da União Europeia. Estes espaços compõem uma rede de trinta unidades espalhados pelos vinte e oito países do bloco, além de Islândia e Noruega. Eles estão habilitados a prestar, gratuitamente, informação sobre o direito dos compradores face a questões relacionadas à aquisições de produtos e serviços efetuadas no bloco; fornecer a assistência necessária para obterem uma resolução amigável junto aos comerciantes reclamados; e a colaborar no esclarecimento sobre o funcionamento dos meios extrajudiciais em cada país e os organismos competentes para equacionar a demanda.

Esses centros também recebem reclamações, desde que a mesma seja relativa a um bem adquirido em outro estado membro, Noruega ou Islândia, a compra não ter sido efetuada a título profissional ou como empresa e já ter sido feita uma reivindicação direta ao vendedor. Desse modo, portanto, em tendo sido realizada uma transação em estabelecimento físico sediado em outra nação da UE, o percurso recomendado é o protocolo de uma queixa junto ao CEC, conforme direcionado no seu endereço eletrônico¹⁴.

14 Cada país do bloco conta com seu próprio CEC. Em razão da facilidade do idioma escolhemos para exemplificar o processo de reclamação junto ao CEC de Portugal, que pode ser fei-

Com relação às disputas de consumo em âmbito nacional, ou seja, quando o adquirente e o fornecedor sejam respectivamente residente e estabelecido no mesmo país, o apoio e o esclarecimento podem ser solicitados junto às associações de consumidores locais ou entidades regionais. Em Portugal, a Direção-Geral do consumidor orienta que em que se tratando de um problema relativo a um serviço público essencial como telefonia fixa ou móvel, gás, energia elétrica, água ou demais resíduos, a reclamação seja efetuada no livro eletrônico¹⁵. Uma vez que a mesma seja enviada, a plataforma irá encaminhá-la para o prestador do serviço e para a entidade reguladora ou de controle de mercado setorialmente competente. Essa organização pode ser identificada no seguinte modelo, conforme a tabela 1.

Tabela 1. Sistema europeu para resolução de conflitos de consumo

Sistema europeu para resolução de conflitos de consumo
<ul style="list-style-type: none">• Conflitos decorrentes de compra física entre consumidor e fornecedor estabelecidos no mesmo país: centro nacional de apoio ao consumidor (que pode ser local ou regional a depender da residência do adquirente e do endereço do vendedor)
<ul style="list-style-type: none">• Conflitos de Consumo Transfronteiriços decorrentes de compra física (consumidor e fornecedor estabelecidos em Estados-membros diferentes): Centro Europeu de Consumidor
<ul style="list-style-type: none">• Conflitos de Consumo decorrentes de compras <i>online</i>: RLL

III. ANÁLISE COMPARATIVA DE EFICIÊNCIA ENTRE O CONSUMIDOR.GOV E A RLL

A base de dados utilizada para esta análise comparativa encontra-se disponibilizada no repositório do consumidor.gov, elaborado pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) e no relatório da Comissão Europeia sobre o funcionamento da RLL. Este estudo sobre a eficiência considera os índices mais recentes consolidados quanto a três elementos:

to através do seguinte portal < <https://cec.consumidor.pt/topicos1/resolucao-de-conflitos/apresentar-uma-reclamacao-no-cec.aspx>> acesso em 16 de maio de 2019.

15 O Livro de reclamações eletrônico pode ser acessado em < <https://www.livroreclamacoes.pt/inicio>> acesso em 16 de maio de 2019. Todo o trâmite posterior pode ser acompanhado por este mesmo *site*.

o número de acessos, percentual de casos resolvidos e a organização do sistema de proteção. As informações compiladas mais atualizadas do consumidor.gov, que correspondem ao ano de 2017, indicam mais de quatrocentos e setenta mil reclamações, o que representa um aumento de 63% em relação a 2016. Ao total, desde o lançamento da plataforma, já foram registradas mais de novecentos e oitenta mil queixas.

A RLL conta com estatísticas mais atuais do segundo ano de operação da plataforma europeia. Neste período de 2018, foram trinta e seis mil casos, que representaram um crescimento de 50% em relação ao número de reclamações de 2017. Apenas 2% dos mesmos foram encaminhados a centros de solução adequada de conflitos após um acordo entre consumidor e fornecedor. E 81% foram encerrados automaticamente após o prazo de trinta dias estabelecido para que o comprador e o vendedor cheguem a um consenso quanto à entidade competente, como mostra a tabela 2.

Tabela 2. Análise comparativa do volume de casos recebidos e o percentual dos que foram solucionados

	Último Ano-base compilado	Número de Reclamações no ano	Crescimento em relação ao ano anterior	Percentual de casos resolvidos
Consumidor.gov	2017	470.000	63%	39,36%*
RLL	2018	36.000	50%	Inferior a 2%**

*Este percentual tendo a ser bem mais elevado tendo em vista que das reclamações que foram respondidas pelas empresas (99,52% do total), apenas 60,26% das mesmas foram avaliadas pelos consumidores.

** Como apenas 2% dos casos foram encaminhados à entidades de ADR, a tendência é que o percentual de acordo entre as partes seja inferior a este índice.

A Comissão europeia aprofundou esses números e realizou uma verificação junto aos consumidores cujas reclamações foram automaticamente encerradas após os trinta dias (81%). Deste segmento, 37% tinham sido contactados com sucesso diretamente pelo comerciante para tentar resolver rapidamente o litígio. O relatório aponta ainda que em 9% do total de queixas os fornecedores desistiram de participar do processo pela plataforma porque optaram por tentar negociar diretamente com o seu cliente.

Este quadro mais favorável ao sistema brasileiro já era de esperar em decorrência do seu próprio funcionamento. Em comparação com o *site* europeu, é um canal muito mais simples e direto para resolver a questão, em que a negociação entre as partes ocorre sem custos e sem intermediários. A RLL, ainda que ofereça um serviço gratuito, encaminha para órgãos de resolução adequada de disputas que têm as suas respectivas taxas.

Não obstante os números sejam muito mais promissores, no Brasil, não há uma clareza sobre as circunstâncias que ensejam a reclamação no órgão responsável. Assim, o consumidor acaba acionando toda a estrutura disponível e mobilizando diferentes servidores e instâncias (desde consumidor.gov, procon até juizado especial) para resolver um único problema. Esta aparente desorganização repercute em ineficiência e no uso desnecessário do sistema.

Uma iniciativa que visa melhorar este quadro foi dada recentemente por meio de um acordo de cooperação técnica entre o SENACON e o Conselho Nacional de Justiça. O termo assinado no dia 20 de maio de 2019¹⁶ pelo ministro Sergio Moro, pelo secretário nacional do consumidor Luciano Timm e pelo secretário especial de programas do CNJ estabeleceu uma integração entre as plataformas consumidor.gov e a de processo eletrônico. Deste modo, o consumidor que recorrer ao Judiciário será orientado a antes de abrir o processo contra a empresa recorrer à via da resolução digital de conflitos.

Por outro lado, o modelo adotado pelos estados membros da União Europeia, conforme já anteriormente analisado, está inserido dentro de uma estrutura mais bem definida para recebimento de reclamações oriundas de relações de consumo. Os casos direcionados à RLL são mais delimitados (compras *online*) e para as transações físicas, o consumidor tem um maior esclarecimento sobre onde direcionar as suas queixas, considerando o local de sua residência e do estabelecimento do vendedor. Abaixo, a tabela 3 propõe um quadro comparativo da eficiência das duas plataformas que leva em consideração os resultados de números de acessos, percentual de questões resolvidas e a organização do sistema de proteção ao consumidor.

16 A notícia está disponível em < <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/quem-recorrer-justica-sera-orientado-buscar-conciliacao-pelo-consumidorgov-br-23678799>> acesso em 22 de maio de 2019

Tabela 3. Checklist comparativo da eficiência das duas plataformas

	Número de acessos	Percentual de casos resolvidos	Organização do sistema de proteção ao consumidor
Consumidor.gov	√	√	
RLL			√

CONCLUSÃO

As relações de consumo acontecem nos últimos anos, sobretudo desde a década de 1990 de uma forma muito mais rápida, simples, otimizada e em grande escala. A *internet* deu uma nova dimensão às interações entre clientes e vendedores, o que fez surgir conseqüentemente, a necessidade de uma nova maneira de lidar com os conflitos decorrentes dessas transações. Não era mais cabível que a compra fosse tão digital e facilitada e os eventuais problemas dela decorrentes fossem extremamente dificultados pelo modo analógico.

Este artigo apresentou o funcionamento de duas grandes plataformas digitais de solução de conflitos, sendo a primeira de abrangência nacional, o consumidor.gov e a segunda que engloba a União Européia, a RLL. Não obstante as diferentes propostas existentes, ambas possuem os mesmos objetivos centrais: facilitar a vida do consumidor e desjudicializar esses tipos de demandas.

Essa distinção quanto ao funcionamento das plataformas impacta em uma grande discrepância quanto ao número de acessos e de casos resolvidos. Não obstante, é prematuro apontar o modelo de maior eficiência tomando por base exclusivamente estes dois elementos. A organização do sistema europeu parece facilitar muito mais o entendimento do usuário o que, conseqüentemente, permite um maior rendimento do seu acionamento. Com base nessas experiências analisadas, o Brasil vem tentando otimizar e organizar o seu sistema de proteção ao consumidor e algumas medidas já estão em andamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASEMIRO, Luciana; CARVALHO, Jailton de. Quem recorrer à Justiça será orientado a buscar conciliação pelo consumidor.gov.br. *Jornal O Globo, Defesa do Consumidor*, 20 de março de 2019. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/quem-recorrer-justica-sera-orientado-buscar-conciliacao-pelo-consumidorgovbr-23678799>> acesso em 22 de maio de 2019.
- CEBOLA, Cátia Marques. ADR 3.0 @ Resolução *Online* de conflitos de consumo em Portugal. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 5, n. 22, pp. 65-92, junho de 2016.
- COMISSÃO EUROPÉIA. Resolução de Litígios em Linha: relatórios e estatísticas. Disponível em < <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show>> acesso em 22 de maio de 2019.
- EUROPEAN COMMISSION. Functioning of the European ODR Platform: statistics 2nd year. Disponível em < https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2nd_report_on_the_functioning_of_the_odr_platform_3.pdf> acesso em 22 de maio de 2019.
- HORNLE. Encouraging online dispute resolution in the EU and beyond: keeping costs low or standarts high? Queen Mary School of Law Legal Studies Research paper 122/2012.
- PORTO, Antonio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de Conflitos *online* no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 114, n. 26, pp. 295-318, nov-dez. 2017.
- PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA. Regulamento (EU) n.º 1215, de 12 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2599&tabela=leis&so_miolo=>> acesso em 16 de maio de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva (UE) nº. 524 de 21 de maio de 2013. Dispõe sobre a resolução de litígios de consumo em linha. Disponível em < <https://www.triave.pt/wp-content/uploads/Regulamento-UE.pdf>> acesso em 14 de maio de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Plataforma de Resolução de litígios em linha. Disponível em < <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks#heading-3>> acesso em 14 de maio de 2019.

FACETAS DO INSTITUTO DO RECURSO ADESIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Adailson Vieira da Silva

1. INTRODUÇÃO

O artigo examina a figura do recurso adesivo, instituída pelo novo Código de Processo Civil (CPC) nas Disposições Gerais sobre os recursos. Tal estudo demanda a observação da conceituação dos recursos e da classificação doutrinária destes quanto à autonomia, da qual o recurso adesivo faz parte. A partir disso, pretende-se organizar a pesquisa sobre o instituto de forma a abordar sua definição, hipóteses legais de cabimento e outras regras que o CPC institui, além dos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça no que tange a esse assunto.

A análise da figura do recurso adesivo é metodologicamente teórica e documental. Estuda-se, desse modo, os posicionamentos da doutrina do Direito Processual Civil e da jurisprudência, sendo necessário também destrinchar os dispositivos do CPC sobre o tema.

O tema foi escolhido porque o recurso adesivo é uma estratégia processual que pode ser utilizada na prática em benefício das partes nos processos, sendo necessário, desse modo, examinar as possibilidades de uso do instituto e os requisitos para sua caracterização.

2 CONCEITO DE RECURSO E CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA QUANTO À AUTONOMIA

Os recursos podem ser definidos como meios voluntários de impugnação de decisões judiciais que podem visar a anulação, a reforma ou o aperfeiçoamento da decisão atacada. Encontra-se na doutrina o seguinte conceito:

Numa acepção mais técnica e restrita, recurso é o meio ou instrumento destinado a provocar o reexame da decisão judicial, no mesmo processo em que proferida, com a finalidade de obter-lhe a invalidação, a reforma, o esclarecimento ou a integração (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 87).

Ressalte-se que existem outros meios de impugnação de atos judiciais para além do recurso. O recurso, nesse contexto, possui características que o diferenciam dessas formas de tentativa de revisão das decisões.

Em todos os meios de impugnação de atos judiciais existe em comum a finalidade de obter-se a revisão do ato impugnado, seja conseguindo sua anulação, seja reformando seu conteúdo ou ainda excepcionalmente buscando o seu aprimoramento. Nos recursos, porém, ao contrário do que sucede com outras vias impugnativas, essa finalidade é obtida dentro do mesmo processo em que se insere a decisão judicial atacada, submetendo-a, em regra, à reapreciação por outro órgão. Mais do que isso, tipifica a figura do recurso sua natureza voluntária, já que colocado à disposição dos interessados – vale dizer, cumpre ao interessado, querendo, provocar o reexame da decisão contrária aos seus interesses. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 512).

Assim, são elementos essenciais caracterizadores dos recursos: a) pretensão de reexame do ato judicial; b) revisão da decisão de forma interna ao processo; c) atitude voluntária do interessado em interpor a impugnação.

Doutrinariamente, classifica-se os recursos quanto à autonomia, advindo daí a diferença entre o recurso principal (ou autônomo) e o recurso ade-

sivo. O recurso principal é aquele, diante da irresignação perante a decisão judicial em questão, é interposto independentemente da conduta da parte contrária. O recurso adesivo, por seu turno, está relacionado a situações em que terminado o prazo para interposição de recurso, é possível a parte contrapor-se ao recurso interposto pela parte adversária de forma a anexar a essas contrarrazões as razões de seu recurso. Assim, a interposição de recurso adesivo está submetida à conduta do outro polo da relação processual.

Note-se que, tecnicamente, não se trata de uma classificação de recursos, mas sim de uma classificação de formas de interposição. Como será visto adiante, o recurso adesivo não é propriamente um recurso, mas sim uma forma de recorrer.

3 RECURSO ADESIVO: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O recurso adesivo é o instrumento processual que a parte que deixa de recorrer no prazo pode utilizar ter a possibilidade de impugnar. A parte se beneficia de recurso interposto pela parte contrária ao oferecer contrarrazões a esse recurso, juntando a estas as razões de reforma ou anulação da parte da decisão que lhe desfavorece. Nesse sentido, esclarece a doutrina:

É comum, em tais circunstâncias, uma das partes conformar-se com a decisão no pressuposto de que igual conduta será observada pelo adversário. Como, no entanto, o prazo de recurso é comum, pode uma delas vir a ser surpreendida por recurso da outra no último instante. Para obviar tais inconvenientes, admite o Código que o recorrido faça sua adesão ao recurso da parte contrária, após vencido o prazo adequado para o recurso próprio. Adesão, na espécie, não quer dizer que o recorrente esteja aceitando o teor e as razões do apelo da parte contrária. Significa, apenas, que o novo recorrente se vale da existência do recurso do adversário para legitimar a interposição do seu, fora do tempo legal. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1224)

Como dito anteriormente, o recurso adesivo não constitui uma nova previsão de espécie recurso, mas sim uma forma diferenciada de inter-

posição de recursos já existentes na ordem jurídica. Assim, “o recurso adesivo é exatamente o mesmo recurso que poderia ter sido interposto autonomamente, diferenciando-se apenas pela técnica de interposição” (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 149). O Código de Processo Civil, em seu artigo 994, lista os recursos que são cabíveis. Nesse contexto, os recursos têm como norma fundamental ou princípio a taxatividade, razão pela qual não se coloca o recurso adesivo como espécie de recurso, uma vez que o código não o previu no rol de recursos cabíveis. A norma fundamental da taxatividade indica que só podem ser definidas como recurso as figuras previstas exaustivamente pela Lei Federal.

Desse modo, imperioso dizer que o recurso adesivo possui natureza de forma de interposição de recurso, não de espécie de recurso.

O recurso adesivo, no novo Código de Processo Civil, é disciplinado no artigo 997, parágrafos 1º e 2º, dispositivos que serão analisados adiante.

3.1 CABIMENTO

O cabimento de um recurso diz respeito à peça ser ou não hábil a atacar determinada decisão judicial.

O Art. 997, §1º do CPC dispõe que “Sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro” (BRASIL, 2015). A partir disso, nota-se que o recurso adesivo apenas é cabível em caso sucumbência recíproca, ou seja, quando a decisão judicial contiver partes desfavoráveis a ambos os litigantes.

Também no que diz respeito ao cabimento, o inciso II do § 2º do mesmo artigo institui a admissão do recurso adesivo apenas na apelação, no recurso especial e no recurso extraordinário (BRASIL, 2015). Assim, nem todos os recursos podem ser interpostos adesivamente. Todavia,

Também se admite recurso ordinário constitucional na forma adesiva, quando fizer as vezes de recurso de apelação (art. 1.027, II, “b”, CPC), apenas no caso de ações propostas por Município ou pessoa residente no Brasil em face de Estado estrangeiro ou de organismo internacional (CF/88, art. 109, II). (DIDIER JR; CUNHA, 2016, p. 149).

Do mesmo modo, se o litigante, diante da sucumbência recíproca, interpôs recurso parcial no prazo, descabido é o recurso adesivo.

Obviamente, se a parte já ofereceu recurso autonomamente, não terá como apresentar recurso adesivo. Aliás, nem poderá fazê-lo, em função da ocorrência de preclusão consumativa. Ou seja, não será possível a interposição de recurso adesivo, uma vez que a interposição do recurso já se consumou (mediante a interposição de recurso na forma autônoma). O mesmo se aplica para a hipótese de alguma parte pretender apresentar recurso adesivo diante de recurso adesivo já oferecido pelo adversário: como o recurso adesivo somente tem cabimento após a interposição do recurso principal, o seu oferecimento gera para a parte preclusão consumativa, não podendo essa ulteriormente ampliar o seu recurso por meio de “recurso adesivo ao recurso adesivo”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 516).

Não cabe, ainda, recurso adesivo na remessa necessária, a qual, segundo o art. 496 do CPC, está relacionada a situações em que a sentença não produz efeitos até que seja confirmada pelo tribunal (BRASIL, 2015).

Havendo sucumbência recíproca e subindo os autos apenas para realização do duplo grau de jurisdição, como determina o art. 496, não se pode admitir o recurso adesivo. É que a subida dos autos em tais casos (anteriormente denominada de “recurso ex officio”) não se dá propriamente por força de recurso, mas por “simples medida de caráter administrativo” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1224).

Assim, não se pode aderir à remessa necessária, pois esta não é um recurso. Trata-se apenas de uma condição legal para que a sentença proferida produza efeitos.

Outrossim, a doutrina admite a interposição do chamado recurso extraordinário ou especial adesivo cruzado, o qual consiste em interpor recurso adesivo extraordinário diante de recurso especial ou vice-versa. Essa figura está relacionada a demandas em que há fundamento constitucional

e infraconstitucional, o tribunal acolhe apenas um dos fundamentos e a parte vencedora tem interesse em rediscutir o outro. A lição de Mônica Bonetti Couto discorre as circunstâncias em que o recurso extraordinário ou especial adesivo pode surgir:

O fundamento jurídico afastado pelo tribunal tem natureza diversa do que foi acolhido. Por isso mesmo, ao vencedor, poderia surgir interesse – na hipótese de o fundamento (constitucional ou infraconstitucional, conforme o caso) vir a ser afastado pelo STF ou pelo STJ, quando do julgamento do recurso por ela interposto – de ter apreciada a outra questão (ou fundamento), de natureza diversa (COUTO, 2008, p. 186 apud ARAÚJO, 2014, p. 41).

Assim, conforme Didier Jr. e Cunha (2016, p. 154), se essa modalidade não fosse admitida, a parte teria o risco de o recurso extraordinário ou especial interposto pelo adversário ser provido e ela não ter chance de rediscutir o fundamento que foi afastado.

Ademais, extremamente relevante analisar o cabimento do recurso adesivo no âmbito dos Juizados Especiais. O Enunciado nº 59 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais institui que “Não cabe recurso adesivo nos Juizados Especiais Federais.”. O mesmo diz o Enunciado nº 88 do Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE: “Não cabe recurso adesivo em sede de juizado especial, por falta de expressa previsão legal”.

Parte da doutrina segue esse posicionamento, postulando que não há previsão legal de cabimento do recurso adesivo no Recurso Inominado (recurso cabível quando a ação tramita nos Juizados Especiais), além de a interposição e processamento do recurso adesivo é incompatível com os princípios que orientam o rito dos Juizados Especiais, dispostos no artigo 2º da Lei nº 9099/95: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (BRASIL, 1995).

Entretanto, há postulações contrárias a essa noção, as quais entendem que o recurso adesivo em nada atrapalha o cumprimento dos princípios citados em lei.

Não se tem admitido recurso inominado (Juizados Especiais) adesivo – cabe, porém, o recurso extraordinário adesivo no âmbito dos Juizados Especiais. Esse entendimento não é correto. Parte-se da falsa premissa de que o recurso adesivo é instituto que atenta contra a razoável duração do processo, o que é exatamente o contrário. O recurso adesivo é técnica que conspira em favor da duração razoável do processo. O órgão recursal irá examinar, a um só tempo, mais de uma pretensão recursal. Ademais, o recurso adesivo estimula a ausência de recurso. (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 150).

Assim, permanece a divergência a respeito do cabimento do recurso adesivo nos Juizados Especiais.

Nota-se, então, que a possibilidade de interposição de recurso adesivo tem os seguintes pressupostos: a) sucumbência recíproca; b) pode-se aderir à apelação, ao recurso especial e ao recurso extraordinário; c) a parte não ter interposto recurso autonomamente.

3.2 NORMAS DO CPC SOBRE O TEMA

Superada a questão do cabimento do recurso adesivo, se faz relevante analisar as demais regras do Código de Processo Civil que regulam a figura.

Em primeiro lugar, importante retomar a análise do §1º do Art. 997 do diploma. “Sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro” (BRASIL, 2015). Assim, pela leitura do dispositivo, nota-se que a legitimidade para oferecer o recurso adesivo é do autor ou do réu. Nesse contexto, “excluem-se o terceiro interessado e o Ministério Público, como simples custos legis, da legitimação para interpor recurso adesivo, já que o § 1º do art. 997 só fala em “autor” e “réu”” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1225).

Contudo, para além da interpretação literal do parágrafo, há posicionamentos que incluem o Ministério Público e o terceiro interessado como legítimos a propor o recurso adesivo.

Teoricamente, haveria possibilidade de o terceiro prejudicado interpor recurso adesivo. Suponha-se um caso de sucumbência recíproca. Um terceiro prejudicado ingressa com recurso no prazo legal assumindo a posição de autor que não recorreu. Outro ter-

ceiro, que não teria tido interesse em apresentar recurso independente porque estaria disposto a sofrer o gravame tal como decorreu da sentença, sente-se agora, com sua posição jurídica ameaçada pela interposição do recurso principal do terceiro, daí surgiria seu interesse em recorrer adesivamente. Talvez fosse conveniente ter-lhe dado essa oportunidade. (SILVA, 1977, p. 174-175 apud DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 151).

Ainda sobre a legitimidade, o recurso adesivo é interposto em face daquele que ofereceu o recurso principal. Todavia, esse contexto muda quando no processo há litisconsórcio facultativo constituído. Se um dos litisconsortes ofereceu o recurso principal e o outro não, não se pode interpor o recurso adesivo em contra este. A adesão só pode discutir a relação com o litisconsorte que propôs autonomamente o recurso, não podendo alcançar aquele não demonstrou irresignação com a sucumbência recíproca. Assim, em face de eventuais litisconsortes que não recorreram, não se pode interpor o recurso adesivo, “pois faltará em relação a estes um recurso principal que possa servir de suporte para a adesão” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1225).

Importante, outrossim, proceder à análise da admissibilidade do recurso adesivo.

Estabelece o parágrafo 2º do Art. 997 do CPC que o recurso adesivo se submete às mesmas regras do recurso autônomo no que diz respeito aos requisitos de admissibilidade (BRASIL, 2015). Dessa forma:

O recurso adesivo exige o preenchimento de todos os requisitos gerais (tempestividade, preparo, interesse, legitimidade, adequação formal etc.) e específicos (prequestionamento da matéria, para os recursos especiais e os extraordinários etc.) de admissibilidade. O não preenchimento de qualquer requisito de admissibilidade acarreta o não conhecimento do recurso interposto no modo adesivo, sem prejudicar a tramitação do recurso principal, permitindo a conclusão de que a dependência é de uma mão só (do adesivo em relação ao principal). (MONTENEGRO FILHO, 2018, p. 891).

O CPC dispõe também, no inciso II do §2º do Art. 977, que o recurso deve ser interposto ao mesmo órgão que ao recurso principal

foi submetido e a parte tem o mesmo prazo que dispõe para contrarrazoar (BRASIL, 2015). Nesse sentido, aplicam-se, quando ao prazo, as mesmas regras da Parte Geral que se aplicam ao recurso principal. Assim, observa-se que o prazo para oferecer o recurso adesivo também será “contado em dobro quando o recurso é interposto pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por litisconsortes representados por diferentes procuradores, que integrem escritórios de advocacia distintos (arts. 180, 183, 186 e 229)” (MONTENEGRO FILHO, 2018, p. 891).

Doutrinariamente, postula-se que o recurso adesivo e as contrarrazões ao recurso autônomo devem ser oferecidos em peças processuais distintas. Didier Jr. e Cunha (2016, p. 150), todavia, entendem que é recomendável que a peça de contrarrazões esteja separada da peça relacionada ao recurso adesivo, “mas, desde que se contenham todos os elementos indispensáveis à interposição do recurso, nada impede que se apresente única peça, com as contrarrazões e o recurso”. Contrário a esse posicionamento está Misael Montenegro Filho (2018, p. 891), o qual indica que “No prazo legal, a parte deve protocolar petições distintas (contrarrazões ao recurso interposto pelo seu adversário processual e petição de interposição do recurso), não podendo protocolar petição única, nela incluindo o recurso e as contrarrazões”.

Ademais, conforme dito anteriormente, o recurso adesivo é subordinado à conduta da parte contrária. O destino do recurso adesivo, assim, depende de o recurso principal prosperar ou não. O Art. 997, § 2º, III do CPC, portanto, estabelece que o recurso adesivo “não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele considerado inadmissível.” (BRASIL, 2015). Desse modo, a inadmissibilidade do recurso principal gera a mesma consequência para o recurso adesivo.

3.2 JURISPRUDÊNCIA CORRELATA

A Jurisprudência lida com diversas questões relacionadas ao recurso adesivo, havendo, algumas vezes, divergência quanto às problemáticas.

Em primeiro lugar, debruça-se o Superior Tribunal de Justiça sobre o preparo do recurso adesivo. Isso porque, conforme abordado anteriormente, o recurso adesivo segue as mesmas regras de admissibilidade do re-

curso autônomo, inclusive no que diz respeito ao preparo, pois o silêncio do artigo 997 do CPC não significa que a parte está isenta desse requisito (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 1225).

A lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero indica em que consiste o preparo como requisito de admissibilidade, tanto do recurso principal, quanto do recurso adesivo: “A interposição de recurso exige que o interessado deposite os valores necessários à sua tramitação, aí incluída a importância destinada a promover a remessa e o posterior retorno do recurso (ou mesmo dos autos) ao tribunal”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 530).

Sobre o preparo, há divergência no que tange à isenção de preparo. Discute-se sobre a possibilidade de retirar esse encargo da parte que interpõe recurso adesivo, em razão de o recorrente principal ter sido isento.

Há posicionamentos contrários à isenção do recorrente adesivo por esse motivo, como o acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 989494, julgados pela Primeira Seção.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ADESIVO. PREPARO. EXIGIBILIDADE. RECURSO PRINCIPAL ISENTO. IRRELEVÂNCIA.

1. Embargos de divergência nos quais se suscita dissenso pretoriano entre as Turmas de Direito Público no que tange à exigibilidade de preparo ao recurso adesivo, nos casos em que a parte que interpôs o recurso principal é isenta do recolhimento.
2. A exigibilidade do preparo do recurso adesivo não está vinculada à obrigação de recolhimento desse tributo no recurso principal. Inteligência do art. 500, parágrafo único, do CPC.
3. Embargos de divergência providos. (STJ, 2009, on-line).

Por outro lado, pode-se encontrar precedentes que não atribuem o ônus do preparo ao recorrente adesivo nessas circunstâncias, a exemplo do julgamento do Recurso Especial nº 511162 pela Segunda Turma.

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ADESIVO - PORTE DE REMESSA E RETORNO - INEXIGIBILIDADE - ARTS. 500, 511, 512 E 515 DO CPC.

1. O preparo do recurso adesivo só será devido quando também o for para o apelo principal (REsp 40.220/SP). Precedentes.
2. Recurso especial provido. (STJ, 2004, on-line).

Outra divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça diz respeito à menção expressa de que se esta interpondo recurso adesivo. Discute-se se essa menção é necessária ao recebimento da peça. Sobre essa questão, há precedentes tanto em favor da necessidade quanto da desnecessidade. Confira-se alguns julgados (AgRg no Recurso Especial nº 608109, AgRg no Recurso Especial nº 1178060 e Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 691653, respectivamente):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ADESIVO. IDENTIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE MENÇÃO DO ART. 500, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos da jurisprudência desta Corte, o recurso especial interposto sem qualquer menção ao art. 500, I do Código de Processo Civil, ou referência em seu próprio conteúdo, não pode ser admitido como recurso adesivo, tendo em vista que a deficiência na sua identificação traduz erro grosseiro, afastando a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.

II- In casu, o recorrente, além de não ter feito menção ao artigo retro citado, não incluiu nas razões do recurso qualquer argumento no sentido de que aderiria ao recurso da outra parte face à suposta sucumbência recíproca.

III - Agravo interno desprovido. (STJ, 2006, on-line).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
PROCESSUAL CIVIL.

INTERPOSIÇÃO INTEMPESTIVA DE RECURSO DE
APELAÇÃO. RECURSO ADESIVO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE.

1. O princípio da fungibilidade não autoriza que se supere a tempestividade com vistas a receber o recurso principal como recurso adesivo, máxime quando o recorrente não faz qualquer menção ao art. 500, I, do CPC, o que traduz erro grosseiro, consoante jurisprudência deste Tribunal Superior. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 608.109/CE, DJ 05.02.2007; AgRg no Ag 891.132/SP, DJ 10.09.2007; REsp 729.053/PR, DJ 27.06.2005 ; RMS 15693 - RJ, DJ 13 de setembro de 2004; REsp 641431 - RN, DJ 24 de novembro de 2004).

2. Isto porque, consoante tivemos oportunidade de destacar em sede doutrinária: “O cabimento é a adequação do recurso em confronto com a decisão impugnada. Há uma tipicidade legal para os recursos, de sorte que as decisões, pela sua relevância e colocação na ordem dos atos processuais, desafiam recursos diferentes nos seus regimes jurídicos. Assim, da sentença cabe apelação, cuja devolutividade ampla é o seu traço característico; da decisão interlocutória cabe agravo, que se volta contra decisão que não termina o procedimento em primeiro grau etc. Assim, recurso incabível é aquele incorretamente interposto à luz da decisão recorrida. Contudo, em face do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o ato deve ser aproveitado a despeito de seu defeito formal, se atingida a finalidade para a qual foi ditado, aproveita-se o recurso erroneamente interposto caso não tenha havido má-fé do recorrente ou erro grosseiro. É que decorre da instrumentalidade um outro princípio, que se infere do art. 250, do CPC, que é o da fungibilidade recursal, outrora consagrado no art. 810, do Código de Processo de 1939. A análise desses pressupostos negativos de aplicação do princípio - inexistência de má-fé ou erro grosseiro - é casuística, sendo certo que a tempestividade do recurso incorreto é pré-requisito inafastável para receber o benefício da fungibilidade.” [...] (STJ, 2010, on-line).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACO-

LHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMISSÃO. RECURSO ADESIVO. AUSÊNCIA DE MENÇÃO AO ART. 500 DO CPC. RAZÕES RECURSAIS QUE EXPRESSAM A INTENÇÃO DE RECORRER DE FORMA ADESIVA. CONHECIMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. EXCLUSÃO DA PENALIDADE IMPOSTA.

1. Conforme entendimento consolidado nesta Corte, admite-se o prequestionamento implícito, para fins de conhecimento do recurso especial interposto pela alínea a do permissivo constitucional, quando as questões debatidas no recurso especial tenham sido decididas no acórdão recorrido, ainda que sem a explícita indicação dos dispositivos de lei que o fundamentaram.

2. Na hipótese dos autos, configurado está o prequestionamento implícito do tema referente à infringência ao art. 500 do CPC, porquanto a questão referente à tempestividade do recurso adesivo foi o ponto central para o não conhecimento da apelação.

3. Depreende-se das razões do recurso de apelação de iniciativa do Estado de Alagoas que, embora não tenha sido feita menção ao art. 500 do CPC, o recorrente manifestou o seu intuito de recorrer adesivamente, pois, ao defender a tempestividade do apelo, argumentou que a interposição do recurso ocorreu dentro do “prazo final para a interposição de recurso adesivo de apelação”, considerando a data de intimação para apresentação de contra-razões ao recurso de apelação. Ora, o simples fato de não mencionar o dispositivo legal em que embasado o recurso não obsta o seu conhecimento quando pelas razões expostas é possível averiguar a sua intenção de apelar adesivamente.

4. Destarte, considerando que: (a) a parte manifestou expressamente a sua intenção de interpor recurso adesivo; (b) a petição recursal foi protocolizada dentro do prazo que a parte dispõe para responder o apelo da parte contrária, não há como deixar de conhecer do recurso adesivo interposto, porque atendidas as exigências insertas no art. 500 do CPC.

5. Não configurada a conduta maliciosa e temerária visando obstar o trâmite processual, exclui-se a pena de litigância de má-fé imposta nos termos do artigo 17 e 18 do CPC.
6. Embargos acolhidos para, conferindo-lhes efeitos infringentes, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. (STJ, 2009, on-line).

Outrossim, o STJ possui precedentes indicando que a sucumbência recíproca necessária à interposição de recurso adesivo pode-se verificar quando um dos litigantes é vencido na ação e o outro na reconvenção, a exemplo do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 706768. Confira-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO E RECONVENÇÃO. JULGAMENTO EM CONJUNTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CABIMENTO DE RECURSO ADESIVO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É cabível a interposição de recurso adesivo, nos termos do art. 500 do Código de Processo Civil de 1973, se sucumbência recíproca for verificada no julgamento conjunto da ação e da reconvenção. Nesse sentido: REsp 1.109.249/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 19/3/2013.
2. No caso, o recorrente foi vencido na ação principal e vencedor na reconvenção, ambas julgadas na mesma sentença; mostra-se, então, cabível a interposição de apelação adesiva.
3. Agravo interno improvido. (STJ, 2017, on-line)

Discute-se também acerca da possibilidade da utilização do recurso adesivo na Justiça do Trabalho. Na legislação trabalhista, não há previsão desse mecanismo, mas no processo do trabalho se aceita sua utilização, subsidiariamente. Sobre o assunto, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 283, a qual estabelece que, o recurso adesivo é cabível no processo, que há o prazo de 8 dias para a interposição, cabendo para os recursos ordinário, agravo de petição, agravo de revista e embargos, sendo

admitido o recurso adesivo mesmo que a matéria abordada não tenha relação com o recurso autônomo oferecido. (BRASIL, 2003).

Ademais, o STJ consolidou o entendimento de que é possível oferecer recurso adesivo para discussão de honorários advocatícios. Assim, se o litigante entende que são indevidos os honorários arbitrados, configura-se a sucumbência recíproca. Como exemplo dessa jurisprudência, tem-se o acórdão da Segunda Turma, proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1276739.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ADESIVO EM APELAÇÃO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ESTIPULADOS EM SENTENÇA. CABIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da possibilidade de se manejar recurso adesivo em apelação na hipótese em que se pretende apenas a majoração da verba honorária estipulada em sentença. Precedentes: REsp 1030254/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe de 29.9.2008; AgRg no REsp 1040312/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 11.9.2008; REsp 936.690/RS. Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 27.2.2008; REsp 489.186/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 3.8.2006.

2. Recurso especial provido. (STJ, 2011, on-line).

Cabível, então, jurisprudencialmente, o recurso adesivo para rediscussão de honorários arbitrados, mesmo não sendo essa a matéria veiculada no recurso principal (NEGRÃO et al., 2016).

Notável, ante o exposto, a presença significativa do instituto do recurso adesivo na realidade processual brasileira.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Recurso Adesivo, mecanismo previsto no Código de Processo Civil, é alvo de uma série de discussões a respeito de sua pertinência, admissibilidade, forma e procedimento. Trata-se de uma forma de interposição de recurso que visa amparar a parte que deixa de recorrer esperando igual

conformidade do adversário com a sucumbência parcial e se depara com recurso interposto por este.

Note-se que o Código estabelece uma série de requisitos para o oferecimento do recurso adesivo, dispondo, inclusive, acerca de quais recursos essa figura será admitida.

No mais, essa oportunidade dada pelo CPC estimula a reflexão da parte que tem oportunidade de interpor recurso autônomo parcial, pois sabe esta que o adversário também terá a chance de discutir as matérias através da adesão. Então, a partir disso, o recorrente principal analisa melhor a utilidade em interpor ou não o recurso, renunciando quando não existe benefício nesse oferecimento. Assim, o instituto do Recurso Adesivo impulsiona a economia processual e a duração razoável do processo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Neyanne Felipe. **Análise sobre o cabimento do recurso excepcional adesivo cruzado no atual ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: IDP/EDB, 2014. 65 f.- Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em 11 out. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 283**. RECURSO ADESIVO. PERTINÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO. CORRELAÇÃO DE MATÉRIAS (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O recurso adesivo é compatível com o processo do trabalho e cabe, no prazo de 8 (oito) dias, nas hipóteses de interposição de recurso ordinário, de agravo de petição, de revista e de embargos, sendo desnecessário que a matéria nele veiculada esteja relacionada com a do recurso interposto pela parte

contrária. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-283>. Acesso em 11 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 989494. EMBARGANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. EMBARGADO: VICOM LTDA. Relator: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES. Brasília, DF, 28 de outubro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=925164&num_registro=200900202332&data=20091106&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 511162. RECORRENTE : SINAL SINDICATO NACIONAL DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL. Relator: MINISTRA ELIANA CALMON. Brasília, DF, 19 de outubro de 2004. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 dez. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=505685&num_registro=200300386893&data=20041213&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 608109. AGRAVANTE: SINDICATO DOS TRABALHADORES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - SINTUFCE. AGRAVADO: UNIÃO. Relator: MINISTRO GILSON DIPP. Brasília, DF, 17 de outubro de 2006. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 nov. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=656125&num_registro=200302072086&data=20061113&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 691653. EMBARGANTE : ESTADO

DE ALAGOAS. EMBARGADO : VERA MÁRCIA LIMA DE OLIVEIRA E CÔNJUGE. Relator: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. Brasília, DF, 05 de março de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 abr. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=862076&num_registro=200401370176&data=20090407&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1178060. AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL. AGRAVADO: MGS MINAS GERAIS SIDERURGIA LTDA. Relator: MINISTRO LUIZ FUX. Brasília, DF, 19 de outubro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 nov. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1012214&num_registro=201000171983&data=20101117&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 706768. AGRAVANTE: GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA. AGRAVADO: SERGIO MIGUEL ZAKOVICZ. Relator: MINISTRO RAUL ARAÚJO. Brasília, DF, 22 de agosto de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 set. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1629171&num_registro=201501099854&data=20170914&formato=PDF>. Acesso em: 10 out. 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum, Volume II**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2018.

NEGRÃO, Theotônio et al. **Novo Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor**. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA: RESSOCIALIZAÇÃO DOS APENADOS ADVINDOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO FORÚM DE ITAIPAVA

Claudia Aparecida da Silva Pires

INTRODUÇÃO

A proposta da Justiça Restaurativa é tornar os processos mais humanizados, sua forma de aplicação, não quer dizer que não haverá punição, mas que haverá uma nova oportunidade de aplicação da pena. Um exercício de reflexão acerca das alternativas para se promover uma sociedade mais justa. A Justiça Restaurativa inseri a Mediação de Conflitos, como uma ferramenta para se obter exito nessas soluções, utilizando suas etapas do processo na área penal.

“A Justiça Restaurativa herdou da Mediação, em especial da abordagem transformativa, algumas de suas características, tais como o propósito transformador dos diálogo entre pessoas comprometidas com realidades distintas e antagônicas, o foco na responsabilidade relacional, a busca do atendimento de necessidades e interesses de ambos operando com o binômio do empoderamento de cada um e o reconhecimento mútuo. Sob esse enfoque, é possível considerarmos o pertencimento da Justiça Restaurativa aos mecanismos de solução de conflitos e reconhecermos que veio incrementar e enriquecer esse conjunto de práticas.”(GRECCO , 2014: p. 57)

O objetivo desse trabalho é demonstrar que a justiça restaurativa pode ser uma possibilidade para alguns casos, buscando uma solução para os conflitos, procurando evitar que para o futuro ocorra reincidências com os mesmos atores do processo. Buscando mudanças significativas na postura dos atores envolvidos, sendo responsabilizados por suas atitudes e escolhas equivocadas. E que a Administração Pública precisa estar engajada nesse retorno do indivíduo para a sociedade, já que todos sofremos com a falta de Políticas Públicas para essa reinserção.

Há quem considere um dia mais sagrado que outro. Há quem considere iguais todos os dias. Cada um deve estar plenamente convicto em sua própria mente (...) por isso esforcemo-nos em promover tudo quanto conduz à paz e a edificação mútua. (Romanos 14:5 e 19)

Pesquisa descritiva, com estudo empírico e bibliográfico, na cidade de Petrópolis, estudo realizado de julho de 2018 a dezembro de 2019, estarão sendo analisados os dados coletados no Tribunal de Justiça, com a coordenadora do Jecrim, Stella Maris e psicóloga Madelaine Maynards, que acompanha esses indivíduos uma vez por mês em atendimentos de grupo.

No atual mundo que vivemos, com infinitos valores e costumes, diferentes dos nossos, o conflito se torna quase inevitável, com valores, expectativas e interesses diversos, o que torna cada vez mais difícil, o consenso e equilíbrio entre as pessoas.

O principal ponto é reconhecer essas diferenças, saber ouvi-lás e tentar se colocar em um lugar que tenha empatia com o outro. A solução de um conflito é um trabalho de buscar o interesse em comum das partes.

O conflito não é algo que necessite ser enfrentado negativamente. É quase impossível uma relação interpessoal inteiramente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias personalíssimas. A consciência do conflito como fenômeno essencial à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. (ZANETTI; CABRAL, 2016: pg. 530)

O mediador ocupa a posição intermediária entre duas pessoas, se colocando na posição de imparcial, com relação as diferentes versões dos fatos trazidas pelos atores, buscando o equilíbrio e a igualdade entre elas. Buscando a harmonia, o acordo ou conciliação entre duas verdades, criando através de ideias intermediárias uma nova forma de se observar a realidade, podendo uma verdade estar contida na outra. Mediar é ajudar as pessoas a elaborarem uma ou mais versões verdadeiras e justas para os participantes.

O propósito do diálogo é percorrer todo o processo do pensamento e mudar o modo como ele acontece coletivamente. Na realidade, não temos dado muita atenção ao pensamento como processo. Temos nos ligado a pensamentos, mas nossa atenção se dirige somente aos conteúdos, não ao processo. (BOHM, 2005: pg. 38)

No primeiro Capítulo será explicado o devido processo legal em que todo o cidadão tem direito, suas origens, procedimentos, antes de ser condenado pela justiça ou pela sociedade. Para que se entenda as regras no Brasil, entendendo a necessidade da Justiça Restaurativa na sociedade brasileira para resgate de alguns indivíduos.

No segundo Capítulo será explicado a justiça restaurativa, sua importância e aplicação nos processos. A justiça restaurativa vai muito além da resolução de conflitos, busca a solução transformativa e construção da Paz.

1-DEVIDO PROCESSO LEGAL

Suas origens remontam à Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, e ao “*Statute of Westminster of the Liberties of London*”, também conhecido como Lei de Eduardo III ou Lei Inglesa de 1354.

Concebido e surgido inicialmente com a finalidade de limitar as ações reais, o princípio do devido processo legal teve sua origem em 15 de junho de 1215, na Inglaterra, quando o Rei João, denominado “O Sem Terra”, viu-se obrigado a concordar com os termos da declaração de direitos e apor o selo real no documento que ficou conhecido como a Magna Carta das Liberdades (*Great Charter of Liberties* ou *Magna Carta Libertatum*), coagido pelos revoltosos da alta estirpe, liderados pelo arcebispo de Canterbury, Stephen Langton. Em verdade, foram os barões que impuseram a

Magna Carta ao Rei João Sem Terra. É na Magna Carta que se encontra o germe do princípio básico de que há direitos individuais que o Estado, por mais soberano que seja, não pode infringir.

O conceito do devido processo legal se desenvolveu a partir do sistema jurídico inglês, que tem raízes diferentes do sistema do Brasil. É importante destacar que o princípio em estudo foi o marco inicial das **reivindicações populares** que viriam posteriormente a dar origem às constituições democráticas. O princípio surge, como afirmado, como uma defesa contra o Estado, como lucidamente expõe Humberto Theodoro Júnior:

“As primeiras cartas magnas do Estado democrático foram frutos de uma concepção puramente liberal. Seu fundamento básico situava-se na defesa do homem contra o Estado. Daí a estipulação de normas institucionais que pudessem preservar o indivíduo da interferência estatal em tudo aquilo que fosse predicado da personalidade humana, como a liberdade e a igualdade naturais.” (THEODORO JÚNIOR, 1987: p. 25).

O princípio “law of the land”, direito da terra, garantia aos cidadãos o direito a um justo processo legal. Mais tarde, várias constituições dos estados norte-americanos (pré-Constituição Americana de 1787) trariam também o conceito da “law of the land”, que hoje em dia evoluiu para o “due process of law”, ou devido processo legal.

A expressão “devido processo legal” corresponde a expressão inglesa “due process of law”. Law, significa Direito, e não lei. O processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei.^[1]

O legislador do Brasil inspirou-se na Constituição Americana, ao trazer para o ordenamento jurídico brasileiro o princípio do devido processo legal. Dentro da ordem jurídica brasileira, o princípio do devido processo legal relaciona-se não apenas com o princípio da legalidade, mas também com a legitimidade, pois seu respeito garante um processo devidamente estruturado, mediante o qual se faz presente a legitimidade da jurisdição, entendida jurisdição como poder, função e atividade.

Sendo uma garantia constitucional ampla, conferindo a todo indivíduo, o direito fundamental a um processo justo e devido, sendo o princípio norteador de todos os outros.

O devido processo legal traz em seu conteúdo a moderna concepção da legalidade, tendo se tornado a grande garantia das liberdades fundamentais do indivíduo em face do poder público.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

*LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens
processo legal; CF/88 sem o devido*

O direito ao devido processo legal é uma das garantias individuais. (CF, art. 5º, XXXV), sendo uma das mais relevantes: **XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; CF/88

Jurisdição e processo são institutos indissolúveis, sendo o direito a jurisdição um meio indispensável à realização da JUSTIÇA.

“A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a Tutela Jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa”(*THEODORO JÚNIOR, 2017: pg, 47*)

A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi adotada por muitos países fazendo ocorrer uma expansão singular dos direitos e garantias nela contemplados no âmbito europeu, frisando-se que o artigo 6º, I, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dentre outros, estabeleceu, o direito a um processo equitativo (ou devido processo legal).

“É preciso que se diga que o princípio do devido processo legal inicialmente tutelava especialmente o direito processual penal, agora está se expandindo para os outros direitos.”

Segundo José Afonso da Silva, o princípio do devido processo legal combinado com o direito de **acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), fecha o ciclo das garantias processuais**. Assim, garante-se o processo, com as formas ins-

trumentais adequadas, de forma que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um, o que é seu.

O devido processo legal vai além, se dando de forma mais abrangente. Assim como: o **tratamento paritário** conferido às partes envolvidas no processo (art. 5º, I, CPC); a **publicidade do processo** (art. 5º, LX, CF); a **proibição da produção de provas ilícitas** (art. 5º, LVI); a **imparcialidade do julgador**, bem como a **garantia do juiz natural** (art. 5º, XXXVII e LIII); a **motivação das decisões** (art. 93, IX); a **duração razoável do processo** (art. 5º, LXXVIII), etc. Todos esses princípios e garantias solidificam o devido processo legal, formando um processo legalmente estabelecido.

Sobre a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, importante esclarecer que, por se tratar de mero procedimento administrativo, o inquérito não caracteriza acusação. Sendo assim, não há que se falar em contraditório e ampla defesa no inquérito policial.

O Estado Democrático de Direito brasileiro, a publicidade é a regra, e o **sigilo, a exceção**, que, de acordo com o art. 5º, XXXIII, da Constituição de 1988, deve ser observado quando for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A proibição de produção de provas ilícitas, impede que uma prova obtida de maneira ilícita seja juntada aos autos do processo. Frise-se que, com base na conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada, as provas que, direta ou indiretamente decorrem de provas ilícitas também acabam se contaminando pela ilicitude, de acordo com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF – HC 69.912-0, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 25.03.94).

Em relação ao princípio da duração razoável do processo, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tem o intuito de assegurar a todos, tanto no âmbito judicial, como no administrativo, a razoável duração do processo, e os meios que garantam celeridade na sua tramitação.

Nessa esteira, destaque-se o art. 8, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (**Pacto de São José da Costa Rica**), do qual o Brasil é signatário, que dispõe:

“ Toda pessoa tem o 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 os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Esses conteúdos não são suficientes para a solução dos problemas atuais. O processo precisa possuir outros atributos. Cada novo atributo corresponde a um princípio constitucional do processo, que, embora implícito, é importante. Surgem, então, os princípios da adequação, da boa-fé processual e da efetividade, também decorrentes do devido processo legal.

Existem dois aspectos do devido processo legal:

Devido processo legal formal(processual) e devido processo legal substancial.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). (MORAES, 2003: p. 361)

O princípio do devido processo legal foi elaborado e interpretado como uma garantia apenas processual, visando garantir a regularidade do processo em todas as instâncias judiciais.

O devido processo legal formal ou processual (“procedural due process”) é o princípio em seu sentido estrito, referindo-se tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, assegurando-se ao litigante vários direitos, como por exemplo: citação, ampla defesa, defesa oral, apresentação de provas, opção de recorrer a um defensor legalmente habilitado (advogado), contraditório, sentença fundamentada, etc.

O devido processo legal substancial (“substantive due process”) considera que as leis devem satisfazer ao interesse público, aos anseios do grupo social a que se destinam, evitando ao mesmo tempo o abuso de poder por parte do governo, garantindo ao cidadão a inafastável elaboração legislativa comprometida com os reais interesses sociais. Diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade

O devido processo legal substancial se dirige muito mais ao legislador, como uma forma de limitar a sua atuação. Em outras palavras, as leis não devem se apresentar de maneira irracional ou desprovidas de razoabilidade, mas estar pautada em critérios de justiça, racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

2-JUSTIÇA RESTAURATIVA

Michael Sandel(2012, p.321) explora três abordagens da justiça. Uma delas diz que justiça significa maximizar a utilidade ou o bem-estar – a máxima felicidade para o maior número de pessoas. A segunda diz que justiça significa respeitar a liberdade de escolha – tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um livre mercado (visão libertária) quanto as escolhas hipotéticas que as pessoas deveriam fazer na posição original de equanimidade (visão igualitária liberal). A terceira diz que justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum. O autor é a favor de uma versão da terceira abordagem. A abordagem utilitária é defeituosa por fazer da justiça e dos direitos uma questão de cálculo em vez de princípio, sem considerar diferenças qualitativas. O primeiro problema (utilitarismo) é resolvido com as teorias baseadas na liberdade; o segundo (libertarismo), não. Ainda que discordem entre si quanto a quais direitos devem ter maior peso do que as considerações utilitárias, concordam que certos direitos são fundamentais e devem ser respeitados. Segundo essas teorias, o valor moral dos objetivos perseguidos, o sentido e significado da vida, a qualidade e o caráter da vida comum que compartilhamos situam-se fora do domínio da justiça.

No Brasil, temos o sistema retributivo, punitivo, que tem na penalidade sua fonte de ressocialização e a justiça restaurativa, sendo implementada em várias cidades, tentando compreender as relações humanas.

*“O aparecimento de novos modelos sociais ao lado das liberdades individuais é fruto da evolução que se inicia pela crítica ao caráter formal das liberdades consagradas, pois a liberdade assegurada igualmente a todos não teria como tornar-se realidade pela falta de condições de alguns em exercê-las.
“(AGUIAR, 2009: p. 21)*

O livro *Justiça Restaurativa em Ação*, cita o Brasil, entre diversos países que vêm adotando a justiça restaurativa, em parceria com o programa das Nações Unidas para o desenvolvimento- PNUD, começando em três Estados da Federação – São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal. Apesar de abordagens diferentes, todos buscam uma nova forma de se fazer justiça no país, dada a ineficiência das medidas tradicionais de justiça, que são consideradas muito punitivas e pouco eficazes do ponto de vista da reeducação.

O mesmo livro descreve os relatos dos projetos existentes no Brasil, todos em 2005:

Em São Paulo, o projeto “Justiça e Educação: Parceria para a cidadania”, tem foco voltado para os conflitos em ambiente escolar. Em Porto Alegre, o projeto “Justiça para o Século XXI”, tem como objetivo também os adolescentes, mas que cumprem medidas sócio-educativas. No Distrito Federal, com um alvo diferente, atende os casos com pena máxima prevista em lei de até dois anos, de menor potencial ofensivo. Tem como objetivo testar as práticas restaurativas para o sistema penal, avaliar a percepção dos operadores, verificar a eficácia.

A justiça restaurativa se apresenta como um movimento que se abre criativamente para essa nova dimensão, atualizando a maneira pela qual o valor Justiça (dentro e fora do Poder Judiciário) é concretizado; não apenas quando ocorre algum tipo de desequilíbrio social, mas também, antes mesmo que o desequilíbrio ocorra, nutrindo e sustentando a harmonia da tei relacional. (GRECCO, 2014: p. 19)

“A justiça restaurativa tem como foco o restabelecimento do equilíbrio social, do dano, da recuperação da vítima, da participação da comunidade e a ressocialização do infrator. O enfoque será nas consequências, o crime será apenas um ato, uma ação que causou dano a outra pessoa e sua comunidade. O aparecimento de novos modelos sociais ao lado das liberdades individuais é fruto da evolução que se inicia pela crítica ao caráter formal das liberdades consagradas, pois a liberdade assegurada igualmente a todos não teria como tornar-se realidade pela falta de condições de alguns em exercê-las.”
(AGUIAR, 2009: p. 21)

Idealizado pelo Estado o aparelho punitivo tem por finalidade a aplicação da sentença penal, objetivando a ressocialização, impondo ao condenado uma sanção pela prática de um ato criminoso, através da pena, única capaz de afastar o caos.

“O vínculo entre Estado e Direito desenha-se como uma relação de interdependência pela qual o Estado utiliza o Direito como instrumento de sua ação política e, ao mesmo tempo, regula e é regulado nessa sua ação pelo próprio Direito. “(AGUIAR , 2005: p. 17)

Cabe ao Estado, detentor do poder punitivo, como resposta pelo crime cometido, aplicar a pena, sendo um dos meios de controle social, transmitindo uma falsa sensação de manter a ordem, passando a ser vista como indispensável para a pacificação dos conflitos sociais.

Pensar que a pena é a única resposta do Direito Penal ao crime praticado, foi determinante no ramo desse direito, passando a limitar e impedir que outras propostas, que não fossem sancionatórias, fossem criadas. Para a sociedade, não existe Direito Penal sem Pena.

As teorias retributivas da pena erguem-se sobre a justa retribuição e aplicação de um castigo pelo mal causado, não tendo qualquer outra finalidade, somente realizar a justiça. Há uma compensação entre o crime e a pena.

“Immanuel Kant (1724-1804) apresenta uma proposta alternativa para a questão dos direitos e deveres, uma das mais poderosas e influentes já feitas por um filósofo. Ela não se fundamenta na idéia de que somos donos de nós mesmos ou na afirmação de que nossa vida e nossa liberdade sejam um presente de Deus. Ao contrário: parte da idéia de que somos seres racionais, merecedores de dignidade e respeito. “(SANDEL, 2016: p. 136)

A justiça restaurativa vai muito além da resolução de conflitos, busca a solução transformativa e construção da Paz, procurando prevenir, reduzir, transformar e ajudar o indivíduo a se recuperar de toda a violência sofrida em todos os sentidos, desenvolvendo e cultivando relacionamentos sustentáveis entre si e com o meio ambiente.

Na construção da Paz buscamos desenvolver uma nova cultura, nos distanciarmos de nossos impulsos e emoções naturais, por isso é imprescindível o envolvimento da Administração Pública e da comunidade.

Justiça Restaurativa é um subconjunto das Práticas Restaurativas, que são processos formais e informais que respondem ao crime ou infração, ou precedem o delito. Quando temos relações e conexões entre os indivíduos, torna-se mais fácil responder aos delitos, restaurando a ordem social e criando um ambiente equilibrado e positivo.

2.1-PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

No modelo tradicional de justiça, faz-se uma investigação que tem como finalidade incriminar o agente responsável pelo delito. No modelo restaurativo, o crime é o ponto de partida para a busca de um diálogo construtivo entre os envolvidos, resolvendo e reparando os danos. Não quer dizer que não haverá um julgamento e responsabilização, mas essa será de uma forma humanizada.

Outra distinção, no modo de enxergar a restrição de liberdade, as punições tradicionais, no qual aquele que provoca um dano a outrem se torna vítima do Estado, equivalendo uma punição adequada a seu delito. Já a restaurativa busca resgatar a necessidade de reparar os danos como forma de promoção da justiça.

“Um perigo constante ronda a dimensão do óbvio e do concreto. Trata-se da possibilidade de se perder a compreensão de que o aparente do aparente é sempre a representação de uma redução quando percebido pela perspectiva da existência(...) Quem não enxerga não sabe o que vê; quem vê, por sua vez, pensa que tudo o que se vê é o que é. Daí a reflexão: “Tem olhos, mas não veem; tem ouvidos, mas não ouvem; tem nariz, mas não sentem o olfato”. (BONDER, 2010: p. 17)

A partir do conflito que a Justiça Restaurativa ganha força, primeiro dá voz à vítima, para conhecer os danos causados, servindo como informação dos impactos, para que a mediação possua ferramentas na resolução das contendas. Não quer dizer que não punição, mas uma visão huma-

nizada de alguns delitos, que seriam permitidos por Lei ser avaliados pela Justiça Restaurativa.

“Ao contrário do processo comum, de viés retributivo, que tem por objetivo principal identificar o autor e fazer a adequação típica impondo uma medida ao infrator, a Justiça Restaurativa preocupa-se em saber quem foi afetado, qual a repercussão do fato e que obrigações se originaram a partir do ocorrido, seja em relação à vítima, comunidade e também autor.”(GRECCO, 2014: p. 28)

É a partir da visão de diversidade de pensamentos e verdades, que o modelo restaurativo encoraja as pessoas a chegarem a um acordo, pois os impactos causados pelo conflito afetam ambos os lados na relação. O conflito tem uma nova linguagem, oferecendo espaço para dialogar sobre os temas abordados, com o objetivo de atingir o coletivo. Que fique claro, que nos casos penais, nem todos são permitidos esse tipo de acordo, são delitos de potencial leves, que não incluem homicídio, entre outros.

“O mediador é um gestor de conflitos comprometido com a promoção do diálogo a ser estabelecido em um contexto de confiança, que auxilia as pessoas envolvidas a reformularem a situação do conflito em que se encontram.”(AGUIAR, 2005, pg. 102)

A justiça restaurativa deixa de se preocupar com quem está errado e enfoca os valores que estão sendo violados. É regulada por princípios, que servem de norte para a regulamentação do sistema de cada país. Existindo para alguns estudiosos os seguintes princípios: voluntariedade, consensualidade, confidencialidade, celeridade, urbanidade, adaptabilidade e imparcialidade.

“A justiça restaurativa, nesse sentido, foca nos ocorridos, preocupando-se com as necessidades das vítimas e as consequências para esta e para a comunidade, mas também, e de modo essencial, no enfoque de atendimento às necessidades do autor.” (GRECCO, 2014: pg. 28)

2.2- VALORES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

No livro, *Mediação e Justiça Restaurativa*, os valores restaurativos podem ser 03(três) grupos:

O *primeiro* seriam os valores impostos ao processo restaurativo, diretrizes que devem ser observadas. São eles:

- a **não dominação**, minimizando as diferenças de poder entre os envolvidos;
- o **empoderamento**, implicação direta do anterior, compreensão dos pontos de vistas diferentes dos envolvidos e abertura para que seja exposto o que cada indivíduo sente, poder de voz a todos;
- **obediência aos limites estabelecidos como sanções**, não podem ocorrer humilhações;
- **escuta respeitosa**, equilíbrio entre as partes;
- **preocupação igualitária com todos os participantes**, ter um desfecho proveitoso;
- **accountability**, os envolvidos poderem escolher qual processo participar, restaurativo ou penal, respeitando os tratados.

O *segundo* grupo de valores, compreende as diretrizes, podendo medir o grau de sucesso. São os valores de cura e restauração, norteadores do processo, podendo ter aspecto material, emocional, psicológico ou social.

O *último* grupo é o fruto dos desígnos de cada indivíduo, já que envolve os fatores de caráter psicológico e pessoal, de um lado o perdão e a compaixão por parte da vítima e do outro o remorso e sentimento de responsabilização do ofensor perante o delito.

Para Zehr, existem 03(três) pilares da justiça restaurativa como conceitos centrais são:

- *Enfoque no dano*- preocupação com a vítima e danos sofridos pelo ofensor;
- *Obrigações oriundas de danos causados*- criação de um senso de responsabilização dos ofensores e a responsabilidade dentro do conflito;
- *Comprometimento e participação*- todos são partes importantes no processo, vítima, ofensor, familiares e comunidade.

Para outro grupo, bastante forte, os valores (vítimas, ofensores e comunidade; responsabilidade de todos os envolvidos; respeito a diversidade cultural; equilíbrio dos poderes) e princípios fundamentais da conceituação de Justiça Restaurativa deverão estar presente tanto no processo quanto nos resultados.

As práticas restaurativas e mediadoras se inserem no contexto do conflito de uma forma muito mais profunda do que o processo penal e o sistema punitivo são capazes de fazer.

“A essência da estratégia de derrubar barreiras é a ação indireta. Você procura contornar a resistência de seu oponente. Em vez de tentar enfiar uma nova idéia na cabeça dele, você o estimula a ir buscá-la do lado de fora. Em vez de dizer a ele o que deve fazer, deixa que ele mesmo chegue a sua conclusão. Em vez de tentar quebrar a resistência dele, você lhe dá condições para que ele mesmo vença a própria resistência. Em suma, a estratégia de derrubar barreiras é a arte de deixar que o outro faça o que você quer.”
(URY, 2004: pg. 17)

Na justiça restaurativa, o perdão é polêmico. De um lado a justiça tradicional, punitiva, que infelizmente não leva em conta o perdão e do outro lado, a restaurativa, que pode ajudar ou não a conseguir se chegar ao perdão verdadeiro, através de encontros com a vítima. Criou-se um conflito entre as duas correntes de pensamento. Mas na verdade, o reconhecimento do lugar do perdão é fundamental para a resolução de conflitos, que existe nas relações humanas e sociais.

Para se promover a justiça é necessário o arrependimento e perdão, criando em conjunto uma aproximação da vítima e do autor, na construção de uma solução do conflito, buscando uma solução justa, sendo reforçado pela mediação de um profissional capacitado.

Uma forma de comunicação alienante da vida é o uso de julgamentos moralizadores que implicam que aqueles que não agem em consonância com nossos valores estão errados e são maus. (ROSENBERG, 2006: pg. 48)

O mediador na justiça restaurativa tem um papel de ser o facilitador, este tem a função de tornar fácil um trabalho, estar a disposição para fa-

cilitar um diálogo, que muitas vezes pode estar rompido, ou com danos irreversíveis.

Pode definir o facilitador como um profissional que auxilia o grupo a alcançar seus objetivos em diferentes contextos: social, familiar, educacional, profissional, organizacional. Sua atuação consiste primeiramente em ajudar um grupo de pessoas a definir seus objetivos comuns e, depois em acompanhar o percurso do grupo para a realização destes objetivos. (GRECCO, 2014:pg. 129)

O facilitador é um terceiro neutro, que após a capacitação e preparação, com técnicas e metodologias, ajudará as pessoas, de forma equilibrada e consensual, a encontrar a solução dos conflitos, refletindo qual será seu melhor caminho.

Ele será um construtor de novas possibilidades, acompanhando com a escuta ativa as necessidades e princípios elencados durante as sessões, buscando equilibrar as diferenças entre as pessoas, possibilitando as partes encontrarem a solução de forma consensual do conflito. Respeitando a confidencialidade e respeito, observando as necessidades e anseios das partes.

CONSIDERAÇÕES

A justiça restaurativa se propõe a dar resposta à ineficiência da justiça tradicional em solucionar conflitos, tendo como parâmetro a humanização e a socialização do acesso à justiça. Um novo significado tem sido dado, onde a vítima e o ofensor, cooperam para chegar a um objetivo razoável para ambas as partes.

No processo da justiça restaurativa, os indivíduos implicados num conflito, deixam de ser diferenciados, pelo nome de vítima e ofensor, para serem considerados partes envolvidas. O ofensor, em vez de se eximir da culpa, é chamado a responsabilidade e exposições das razões e justificativas que o levaram a cometer tal delito, existindo a possibilidade de restaurar os danos causados, construindo uma verdade consensual, não apenas para um dos lados, mas para os dois.

Devemos pensar na possibilidade de mudarmos o nosso modo de pensar e avaliar tudo que acontece ao nosso redor, sem julgar.

A justiça requer que voltemos para a cura das vítimas, dos responsáveis pelas ofensas e da comunidade que foi lesada pelo crime, sendo que os mesmos se envolvam de modo ativo no processo de justiça.

E a Administração Pública deve promover Políticas Públicas para que esse cidadão que foi condenado tenha a possibilidade de mudar o comportamento perante toda a sociedade. Desenvolvendo projetos para sua reinserção no mercado de trabalho e na sociedade, dando oportunidades de emprego dentro da própria máquina pública de acordo com a habilidade de cada um.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Carla ZamithBoin. *Mediação e Justiça Restaurativa: A Humanização do Sistema Processual como forma de realização dos princípios Constitucionais*. São Paulo: Editora QuartierLatin do Brasil, 2009.
- ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.
- BÍBLIA Thompson-Almeida Edição Contemporânea. São Paulo: Editora Vida, 2005.
- GRECCO, Aimée e outros. *Justiça Restaurativa em Ação – Práticas e Reflexões*. São Paulo: Editora Dash, 2014.
- MARTINS, José de Souza. *Linchamentos: A justiça popular no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2015.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não – violenta*. São Paulo: Ágora, 2006.
- SANDEL, Michael J. *Justiça- O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

URY. Willian. ***Supere o não: negociando com pessoas difíceis***. Rio de Janeiro: Best Seller, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. ***A execução da sentença e a garantia do devido processo legal***. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. ***Curso de Direito Processual Civil***. Rio de Janeiro: Florense, 2017.

ZANETI Jr. Hermes; CABRAL. Trícia Navarro Xavier. ***Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para os conflitos***. Salvador: Juspodivm, 2016.

A INFLUÊNCIA DO KANGAROO COURT NA ESTRUTURA DECISÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Jefferson Correia da Rocha

“O bom juiz nada faz por seu próprio arbítrio, mas se pronuncia segundo as leis e o direito”.

(Santo Tomás de Aquino)

1. INTRODUÇÃO

O Brasil completou 30 (trinta) anos de “democracia”, após 21 (vinte e um) anos de Regime Militar, resultado da Constituinte e a posterior promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988. Deste diploma constitucional, três instituições de “Poder” foram taxativamente constituídas, tendo objetivo de operar com independência e harmonia entre si: o Legislativo; o Executivo e o Judiciário.

Este último poder, o Judiciário, tem como função típica fundamental e constitucional, a busca da pacificação do conflito entre os titulares interessados, com a plena justiça e principalmente, com um resultado imparcial.

No intervalo de 2003 a 2018 (exatos 15 anos), o Poder Judiciário, tem ocupado um espaço relevante no cenário brasileiro, sendo que os Tribunais e magistrados, tornaram-se protagonistas de discussões políticas, econômicas, sociais ou morais em temas sensíveis à sociedade. Neste con-

torno, à ascensão do Poder Judiciário, deu lugar à uma progressiva judicialização do cotidiano brasileiro e a ápices de ativismo judicial.

Com à ascensão da judicialização e seu respectivo ativismo judicial, atualmente, a sociedade brasileira tem presenciado: decisões padronizadas em massa; e, decisões processuais arbitrárias e ilegais.

Tais decisões, dos Tribunais e magistrados, em geral favorecem as corporações empresariais e políticas, das quais gozam de vantagens estruturais excessivas e injustas, em relação aos indivíduos vulneráveis. A influência das corporações empresarias e políticas aos magistrados e Tribunais, tem por objeto, a redução e padronização das indenizações massivas, a condenação seletiva de empresas, pessoas e personalidades públicas.

Assim sendo, os Tribunais e juízes do Brasil estariam incontestavelmente sob a influência do *Kangaroo Court*. Este artifício acontece quando, os interesses corporativos empresarias ou motivações políticas, influenciam incisivamente às decisões dos julgadores. Tais fatos emergem nos julgamentos com frequência, tendo este, a intenção de apresentar uma imagem de processo legalmente justo, apesar da decisão ter sido concebido antes do início do processo.

Considerando o supramencionado, o artifício do *Kangaroo Court* tem influenciado nas decisões dos tribunais e magistrados brasileiros, visto que pode causar um ambiente de insegurança jurídica e aparelhamento corporativo (empresarial e político) do Poder Judiciário brasileiro?

Desse modo, a pesquisa justifica-se por sua relevância esclarecedora e crítica, no qual busca-se através do presente estudo, demonstrar que o *kangaroo Court* é um artifício nocivo presente nas decisões judiciais do Estado brasileiro.

Nesse sentido, este artigo tem por objetivo demonstrar que, o *Kangaroo Court*, é artifício presente e influenciador nas decisões dos juízes e tribunais brasileiros, comprometendo, a independência e imparcialidade dos julgadores. Tal hipótese será evidenciada por meio de três eventos fáticos: a) a padronização do *quantum* indenizatório por dano moral, nos juizados especiais, das demandas de massa; b) a condução coercitiva; e, c) as interceptações telefônicas.

Para estruturar o trabalho, realizou-se no estudo uma pesquisa exploratória, documental e bibliográfica, por meio da leitura sistemática de livros e artigos, monografias e sites especializados.

2.DO KANGARRO COURT OU TRIBUNAL CANGURU

O *Kangaroo Court* (Tribunal Canguru – tradução do inglês) é identificado quando um juiz ou tribunal ignora padrões de lei e normas amplamente estabelecidos e reconhecidos no ordenamento jurídico de uma democracia (RATNER, 2008).

Segundo o professor Michael Ratner (2008) a expressão “*Kangaroo Court*” é popular na mídia estadunidense, mas, também é usada na justiça americana, a qual o Supremo Tribunal dos EUA em *Williams versus Estados Unidos*, definiu o conceito de um Tribunal Canguru como:

[...] onde a polícia toma as coisas por conta própria, apanha as vítimas, bate e bate até que confesse, não pode haver a menor dúvida de que a polícia privou a vítima de um direito sob a Constituição. É direito do acusado ser julgado por um tribunal legalmente constituído, não por um tribunal canguru. Assim, quando os oficiais distorcem as confissões do acusado pela violência, força ou coerção, eles violam alguns dos direitos constitucionais mais fundamentais, básicos e bem estabelecidos que todo cidadão desfruta (UNITED STATES SUPREME COURT, 1951, p. 1).

O Tribunal Canguru pode ser identificado assim, com critérios que incluem: a) violações de procedimentos, precedentes e devido processo legal; b) negação da justiça fundamental; c) um juiz incompetente ou claramente tendencioso; e, d) procedimento processual de ofício ou a requerimento estabelecido sem autorização e/ou sem respeito pela lei (RATNER, 2008).

A definição do *Kangaroo Court* também se aplica a julgamentos conduzidos por autoridades judiciais legítimas que intencionalmente ignoram as obrigações constituídas no ordenamento jurídico vigente (STEMPEL, 2007).

Jeffrey Stempel (2007, p. 6) expõe que o *Kangaroo Court* pode também apresentar duas definições, como: “1. Um tribunal simulado em que os princípios, a lei e a justiça são desconsideradas, pervertidas ou parodiadas. 2. Um tribunal caracterizado por procedimentos irregulares, de modo a tornar impossível um processo justo”.

As razões para à existência do *Kangaroo Court* são os interesses corporativos empresarias ou motivações políticas, influenciando incisivamente às decisões dos julgadores. Estas situações emergem nos julgamentos com frequência, tendo este, a intenção de apresentar uma imagem de processo legalmente justo, apesar da decisão ter sido concebido antes mesmo do processo iniciar (STEMPEL, 2007).

De acordo com a compreensão de Jeffrey Stempel (2007):

[...] um tribunal canguru é um fórum de resolução de disputas em que o resultado é amplamente moldado com antecedência por causa de preconceitos do tribunal (verdadeiro canguru no significado histórico do termo) ou um fórum no qual a estrutura e o funcionamento são dominados por preconceitos intencionais (STEMPEL, 2007, p. 6).

Por fim, na visão de Stempel (2007) um moderno *Kangaroo Court* (Tribunal Canguru) é aquele em que os litigantes (corporações empresarias ou públicas) têm vantagens estruturais excessivas e injustas em relação a cada um dos litigantes isoladamente ou individualmente.

3.DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Aos magistrados são impostos alguns impedimentos, balizadas nas hipóteses do parágrafo único, Art. 95, do CF/88, de forma taxativa e exaustiva, sendo que é imperativo à imparcialidade que este julgador deve exercer (LENZA, 2015). Desse jeito, aos juízes é vedado:

Art. 95. [...]. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 2015, p. 60).

Para a ilustríssima doutrinadora Ada Pellegrini Grinover (2014, p. 154) os impedimentos “[...] constitucionais dos juízes consistem em vedações que visam a dar-lhes melhores condições de imparcialidade, representando, assim, uma garantia para os litigantes”.

Assim, o Princípio da Imparcialidade exige do magistrado ou julgador a independência perante os interesses privados (individuais ou grupo), partidários e perante os interesses políticos da Administração Pública (MORAES, 2016).

Conforme o doutrinador Fredie Didier Jr. (2015), para se caracterizar a imparcialidade ampla, o órgão julgador ou magistrado tem de ser terceiro e desinteressado. Terceiro, indicando a terminologia “imparcialidade”¹⁷, sendo este um aspecto objetivo de ser estranho àquilo que é discutido na lide. Desinteressado, recomendando o termo “imparcial”, um aspecto subjetivo do juiz ou órgão julgador, que não deve ter qualquer interesse na causa.

Com o objetivo de efetivar a imparcialidade dos magistrados ou órgãos julgadores, o novo Código de Processo Civil de 2015, consignou hipóteses em que o princípio estará comprometido, se o juiz ou magistrado, encontra-se impedido nos termos do Artigo 144, do NCPC/15 e ou, na hipótese de suspeição, segundo o Artigo 145, do NCPC/15 (GAJARDONI, 2018).

Também, para o doutrinador Fernando Gajardoni (2018) a imparcialidade do juiz ou órgão julgador representa:

[...] em sentido amplo, a isenção, a indiferença do juiz em relação ao resultado do processo por se encontrar livre de pressões dos outros poderes estatais, de grandes grupos econômicos ou mesmo de organizações criminosas, não se sujeitando a qualquer dano ou

17 Diz respeito à atuação institucional do Estado-juiz, estabelecendo um divisor de águas que exclua do seu atuar funções típicas das partes (tal como a indiscriminada iniciativa em matéria probatória), não tendo relação necessária com a imparcialidade da pessoa incumbida da função jurisdicional. Imparcialidade é uma qualidade pessoal do juiz, como pessoa física; imparcialidade é atributo institucional do Estado-juiz (GAJARDONI, 2018).

prejuízo na sua esfera de interesses em decorrência do conteúdo de suas decisões. A imparcialidade em sentido estrito, por sua vez, diz respeito à inexistência de vínculos pessoais do julgador com as partes e os interesses em conflito (GAJARDONI, 2018, p. 643).

Considerando o processo penal, a imparcialidade do órgão jurisdicional e/ou juiz é base constitucional processual prevista no §2º, do Art. 5º, da CF/88¹⁸ e, bem como, indispensável para o seu normal desenvolvimento e obtenção do repartido judicial (LOPES JR., 2014). De acordo com Aury Lopes Jr. (2014, p. 116) a imparcialidade “[...] corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva”.

Finalmente, para o doutrinador Guilherme Nucci (2014) não pode o magistrado revestir-se de atividade estranha à sua função constitucional de salvaguarda da imparcialidade, pois, não cabe ao juiz instruir de ofício o processo, sem ouvir às partes, ou mesmo, proceder investigação criminal ou de responsabilidade pública (no caso de processo penal)¹⁹, com a polícia judiciária e/ou o Ministério Público.

4.DA UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Lei nº 13.102/15 trouxe em seu escopo essencial, a uniformização da jurisprudência no Código de Processo Civil, pois, o pretexto é garantir a segurança jurídica e estabilidade das decisões judiciais. A

18 Conforme o texto do constante no §2º, do Art. 5º, da CF/88 “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**”. Assim, consta o Princípio da Imparcialidade no item 01, do Art. 8 (das Garantias judiciais), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica, expondo 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”.

19 Portanto, deve ter cautela ao decretar a quebra de sigilo bancário ou fiscal, bem como a interceptação telefônica; precisa atenção para expedir mandados de busca e apreensão; necessita zelo peculiar ao decretar qualquer modalidade de prisão cautelar (NUCCI, 2004).

guerra da *commom law* frente à *civil law*, ganha notoriamente mais um fortíssimo aliado.

Conforme Brasil (2015, p. 446) o Art. 926 do NCPC/15 diz que os “[...] tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Para o legislador originário, tal regra visa a uniformização da jurisprudência da 2ª instância ou 2º grau, que além de conferir maior segurança jurídica, garantir maior celeridade e igualdade das decisões nas soluções dos litígios (BRASIL, 2015).

A jurisprudência exerce considerável influência prática nas decisões judiciais. Utilizada em larga escala no Brasil, prevalece mais o respeito à jurisprudência do que, a letra fria da lei. Nada obstante, a pluralidade de órgãos decisórios, com a notoriedade das demandas de massa, a justificativa é que se produz marginalmente a dispersão de diferentes decisórios (GAJARDONI, 2018).

Para o doutrinador Fredie Didier Jr. (2016), diversos fatores favorecem para o crescimento das demandas de massa e a consequente uniformização das jurisprudências, que influenciam diretamente nas decisões judiciais, *in verbis*:

Há alguns fatores que contribuem para o aumento constante de litígios em massa, tais como a ampliação dos meios de comunicação social, o aumento da consciência jurídica dos cidadãos, o desenvolvimento desenfreado de novas tecnologias e da oferta de novos produtos, aumentando as necessidades do consumo humano, a fúria legislativa, dentre outros (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 584).

Segundo Carvalho (2018), com a normatização da uniformização de temáticas massivas, como escopo de atingir a igualdade de tratamento nas decisões, impõe-se severas restrições às manifestações na legalidade do sistema jurídico.

Conforme supramencionado, para o ilustríssimo Alexandre Carvalho (2018, p.3) existe “[...] um grande déficit de transparência na atuação dos julgadores, dado às incisivas interferências governamentais na independência judicial, além da organização corporativista da magistratura”.

Tais elementos, que hoje são regulamentados por meio de uniformização de jurisprudências, precedentes, súmulas e dentre outros, poten-

cializam o risco de conversão do Poder Judiciário em uma aristocracia de proteção de corporações privadas e públicas (CARVALHO, 2018).

5. DO MANDADO DE CONDUÇÃO COERCITIVA

A Constituição Federal de 1988, prevê nos incisos LIV e LXI, do Art. 5º, que ninguém será privado de liberdade de ir e vir, ainda que por curto período, nos seguintes termos:

Art. 5º [...]; **LIV - ninguém será privado da liberdade** ou de seus bens sem o devido processo legal; **LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; [...] (BRASIL, 2015, p. 40).

O Brasil, recepcionou na Constituição de 1988, o Princípio à Liberdade, constantes nos Itens 1 a 3, do Art. 7º (Direito à liberdade pessoal)²⁰, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, onde toda pessoa tem direito à liberdade, que ninguém será privado de sua liberdade física e que não poderá ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrário (BRASIL, 2019).

Apesar da disposição constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro, prevê hipóteses em que, o indivíduo (acusado, indiciado ou testemunha), tenha sua liberdade obstada de forma forçada. A primeira hipótese está prevista no Art. 218, do CPP/41, o qual caso a testemunha, regularmente intimada, deixar de comparecer sem motivo justificado, o julgador irá requisitar à autoridade policial, seja este conduzido por oficial de justiça, podendo ter auxílio da força pública (BRASIL, 2015).

Na segunda hipótese, faculta-se ao julgador determinar a “condução coercitiva” do indivíduo (acusado ou indiciado) que não atender à inti-

20 Artigo 7. (Direito à liberdade pessoal). 1.Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3.Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários (BRASIL, 2019).

mação para o interrogatório, nos termos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, especificamente, previsto no *caput*, do Art. 260, do Código de Processo Penal (REIS; GONÇALVES, 2012).

Para o doutrinador Aury Lopes Jr. (2014, p. 555) à condução coercitiva prevista no Art. 260, do CPP/41, “além de completamente absurda no nível de evolução democrática alcançado, é substancialmente inconstitucional”.

Considerando que o imputado (acusado ou indiciado), não atenda à prévia intimação do julgador, este, será obrigado a submeter-se coercitivamente atos processuais. Caso contrário, se o imputado atendeu à intimação ou qualquer outra medida judicial legal, não é cabível a medida processual extrema (LOPES JR., 2014).

6.DA AUTORIZAÇÃO E SIGILO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

De acordo com Brasil (2015, p. 40) o diploma constitucional brasileiro, especificamente, no inciso XII, Art. 5º, CF/88, prevê que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, “[...] de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Assim, o legislador originário por meio da Lei nº 9.296/96, regulamentou a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, o qual observará o segredo de justiça (BRASIL, 2015).

Ainda, considerando o dispositivo supramencionado, há critério taxativos no Art. 2º, da Lei nº 9.296/96, que obsta a interceptação telefônica:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. (BRASIL, 2015, p. 1.005).

Corroborando com os dispositivos constitucional e legal, o inciso II, da Art. 7º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e OAB), considera como rol de direitos do advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia (BRASIL, 2015).

Segundo Reis e Gonçalves (2012) o caráter sigiloso do processo inquisitório, previsto no Art. 20 do CPP, diz que a autoridade assegurará o sigilo necessário à elucidação do fato. Resta claro, que o dispositivo tem por finalidade evitar a publicidade em relação às provas colhidas como interceptações telefônicas, o qual a autoridade devidamente autorizada, pretende obter sem prejuízo da apuração do ilícito.

De acordo com o doutrinador Aury Lopes Jr. (2014), as interceptações de comunicações telefônicas colhidas de forma ilícita e divulgadas publicamente, contaminam o processo, independentemente do momento em que foram produzidas. Assim são provas ilicitamente obtidas, eis que houve violação das comunicações telefônicas nos termos do inciso XXI, Art. 5º, da CF/88 e da Lei nº 9.296/96.

7.RESULTADOS E DISCUSSÕES

Considerando à base doutrinária e legal, anteriormente exposta, para à materialização do fenômeno do *Kangaroo Court* na estrutura decisória por Poder judiciário pátrio, consideraremos as seguintes *cases*: a) das decisões nas demandas de massa no arbitramento por dano moral; b) da condução coercitiva; e, c) da interceptação telefônica.

7.1.DA CASE DE DECISÕES NAS DEMANDAS DE MASSA: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Em 2009, os magistrados do Brasil iniciaram um movimento para chegar a uma uniformização no arbitramento das indenizações por danos morais. Tal movimento, tinha como escopo atender anseios corporativos de cunho público e privado, os quais eram afetados pelo crescente conhecimento do direito e pela precarização da estrutura jurisdicional.

Para tanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem a palavra final. Assim, o STJ começou a considerar a uniformização das indenizações por dano moral. Na época o ministro Luís Felipe Salomão do STJ, impregnado por este movimento uniformizador (de corporações públicas e privadas) se posicionou, criando os primeiros argumentos de parâmetros de uniformidade.

O Ministro, considerou que para um mesmo fato, que afeta inúmeras vítimas, uma Turma ou Tribunal fixa um determinado *quantum* de indenização. Diversamente, um órgão julgador, em situação envolvendo partes com situações bem assemelhadas, decide com um valor totalmente diferente.

Para o excelentíssimo Ministro Salomão “[...] esse é um fator muito ruim para a credibilidade da Justiça, conspirando para a insegurança jurídica. **A indenização não representa um bilhete premiado**”²¹. Com essa manifestação, as Turmas ou Tribunais, e os órgãos julgadores de 1ª instância, iniciaram a uniformização da indenização por dano moral, que por consequência influenciou na precarização das decisões superficiais e a na queda do *quantum* indenizatório.

Em 2017, o STJ ao julgar recursos repetitivos sobre critérios para arbitramento de indenização por danos morais, cancelou o Tema 937, que tratava da hipótese de inclusão indevida em cadastro de inadimplentes. Com o voto-vista do Ministro Luís Felipe Salomão do STJ, este, considerou que “[...] **a fixação dos valores indenizatórios pressupõe a necessidade de ponderar caso a caso**”. Segundo o Ministro do STJ²², com mudança de entendimento no ano de 2008, “[...] **o parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, deve atender às exigências de um arbitramento equitativo, afasta a tarifação do dano**”.

Nitidamente, à instabilidade de entendimento no Colendo Tribunal Superior de Justiça, do *quantum* indenizatório por dano moral, obedece à interesses corporativistas diretos nas decisões dos magistrados, configurando assim a influência do *Kangaroo Court*. Verossímil à prática do Tribunal Canguru na uniformização da indenização por dano moral, visto

21 BRASIL. **Incidente de uniformização de interpretação de lei nº 006/12**. Estado do Espírito Santo. Poder Judiciário. O sr. Juiz de direito Victor Queiroz Schneider. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/PDF/006-12.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

22 Resp. 1.332.366/MS.

que não observar o devido processo legal, nega a justiça e a fundamental reparação dos danos sofridos.

7.2.DA CASE DE CONDUÇÃO COERCTIVA

Em 04/03/2016, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, teve restrita à sua liberdade com a emissão de um mandado de condução coercitiva, emitido pelo ex-Juiz Sergio Moro, que tinha como objeto a 24ª fase da Operação Lava Jato²³. Igualmente, o ex-ministro da Fazenda Guido Mantega, em 09 de maio de 2016, foi alvo de condução coercitiva durante a deflagração de mais uma fase da Operação Zelotes²⁴.

Segundo dispõe o *caput*, do Art. 260, do CPP/41, se o acusado ou indiciado “[...] **não atender à intimação para o interrogatório, [...], a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença**”. Pois bem, tanto o ex-Presidente quanto o ex-Ministro, não foram intimados para o devido interrogatório, sendo notória que ambas as partes estão disponíveis para esclarecimentos ou interrogatório.

Tanto à decisão do ex-Juiz Federal Sergio Moro no caso do ex-Presidente, como à decisão do juiz Federal Vallisney de Souza Oliveira no caso do ex-Ministro são ambas arbitrárias e ilegais. Ferem diretamente dispositivos como: os incisos LIV e LXI, Art. 5º, da CF/88; os Itens 1 a 3, do Art. 7º (Direito à liberdade pessoal) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e, o *caput*, do Art. 260, do CPP/41.

Prova do supramencionado, está na decisão liminar²⁵ do ministro Gilmar Mendes do STF, atendendo à ADPF de autoria do Conselho

23 BBCNEWSBRASIL. **Lula é alvo em 24ª fase da Lava Jato**. 04 de março de 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160304_lula_operacao_aleteia_policia_fd>. Acesso em: 15 abr. 2019.

24 ROVER, Tadeu. **Condução coercitiva de Mantega foi ilegal e arbitrária**. Conjur. 09 de maio de 2016. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2016-mai-09/conducao-coercitiva-mantega-foi-ilegal-arbitraria>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

25 CANÁRIO, Pedro. **Ministro Gilmar Mendes proíbe condução coercitiva de investigados em todo o país**. Conjur. 19 dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-19/conducao-coercitiva-investigados-inconstitucional-decide-gilmar?imprimir=1>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **no qual proibiu a condução coercitiva de investigados**. A decisão obsta a condução coercitiva, sob pena de responsabilização disciplinar, cível e criminal das autoridades que descumprirem a ordem, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Explicitamente se constata o *Kangaroo Court* nas decisões, uma vez que devido a “euforia” midiática da Operação Lava Jato, os magistrados que conduzem grandes operações anticorrupção no Brasil, começaram a utilizar o instrumento da condução coercitiva de forma arbitrária e ilegal. Neste caso, o Tribunal Canguru se materializa na violação de procedimentos, do devido processo legal, da negação da justiça fundamental, da decisão de juízes tendenciosos e principalmente, da utilização de procedimento processual sem respeito pela lei.

7.3.DA CASE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O escritório Teixeira, Martins e Advogados, que representa o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, teve o ramal da central telefônica interceptado (grampeado) por ordem ex-Juiz Federal Sergio Moro, assim como, as conversas telefônicas do ex-Presidente Lula e a ex-Presidente Dilma Rousseff, também foram interceptadas pela Polícia Federal a pedido do ex-Juiz Federal, hoje, Ministro da Justiça.

Segundo dispõe o inciso II, da Art. 7º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e OAB) é prerrogativa do advogado, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

A decisão do ex-Juiz Federal Sergio Moro, também é arbitrária e ilegal. Ferem diretamente dispositivos como: no inciso XXI, Art. 5º, CF/88; o Art. 2º, da Lei nº 9.296/96, no Art. 20 do CPP, e, principalmente, o inciso II, da Art. 7º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e OAB).

Após dois anos do fato, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou, na decisão do desembargador federal João Pedro Gebran Neto, a destruição dos áudios gravados no ramal da central telefônica do escritório que defende o ex-presidente ex-Presidente Lula na operação “lava jato”.

Novamente, Tribunais e magistrados em suas decisões processuais molda-se ao Tribunal Canguru. Neste caso, o *Kangaroo Court* se materializa na violação de procedimentos, da negação da justiça fundamental e da utilização de procedimento processual sem respeito a prerrogativa de classe profissional.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o apresentado, as leis e os procedimentos processuais jurídicos têm sido deturpados e tendenciosamente utilizados, com o objetivo de promover perseguições contra indivíduos ou grupo de pessoas.

Não obstante, em uma face mais cuidadosa e analítica, é possível identificar o *Kangaroo Court* ou Tribunal Canguru em iniciativas jurídicas diversas, adotadas para privilegiar uma corporação empresarial ou um grupo político.

O artifício é caracterizado por procedimentos irregulares, de modo a tornar impossível um processo justo. O tribunal ou magistrado estão impregnados pela simulado, em que os princípios, a lei e a justiça são desconsiderados, pervertidas ou parodiadas.

Observe que, a intenção de apresentar uma imagem de processo legalmente justo e imparcial, contudo, a decisão do Tribunal ou magistrado, sobre a matéria de interesse, já ter sido concebido antes mesmo do processo iniciar.

Assim, as corporações empresariais ou públicas, atualmente, têm gozado de vantagens estruturais excessivas e injustas, em relação a cada um dos litigantes isoladamente ou individualmente.

Ademais, a ideia é que na utilização do Tribunal Canguru, o Poder Judiciário passe uma imagem de imparcialidade em suas decisões, sem qualquer influência de aspectos, econômicos, financeiros, sociais e políticos-ideológicos.

Atualmente, o Brasil tem enfrentado na prática, a influência de *Kangaroo Court*, quanto o comprometimento da parcialidade dos magistrados e Tribunais em suas decisões. As reportagens do *The Intercept* Brasil, do jornalista Reinaldo Azevedo, da Folha de São Paulo e da Revista Veja, têm veiculado na mídia brasileira um farto material obtido (por meio ilícito (hackeamento de celulares)).

As reportagens revelam que o ex-Juiz Federal Sergio Moro (hoje Ministro da Justiça) e o Procurador Federal Deltan Dallagnol (coordenador da Operação Lava Jato), **articulávamos por meio do aplicativo Telegram**, estratégias e ações para resultados efetivos da Operação Lava Jato.

Nesse sentido, não houve equidistância entre o ex-Juiz (Julgador) e o Procurador (Acusação), os quais supostamente: insinuaram a substituição de membros do Ministério Público Federal (MPF) em audiências de processos; planejamento e execução conjunta de atos de investigação criminal e de natureza cautelar; indicação de provas específicas, de conhecimento pessoal; antecipação de juízo de valor sobre acordos penais em fase de negociação, dentre outros.

A não instrumentalização processual (nos autos), meio formal para a instrução processual e ações judiciais, demonstram, em tese, **que a relação atípica do ex-Juiz Sergio Moro e o Procurador Federal Deltan Dallagnol, fere de forma flagrante os seguintes, o Princípio da Imparcialidade** nos dispositivos legais: incisos XXXVII e LIII, do Art. 5º, CF/88; o inciso IV, Art. 254, do CPP; assim como o Art. 8º e incisos I e II, do Parágrafo único, do Art. 9º, do Código de Ética da Magistratura.

O Poder Judiciário brasileiro, o qual constitucionalmente, em tese, persegue a pacificação do conflito social e a plena justiça com um resultado imparcial, está amplamente contaminado por ignorar padrões de lei, estabelecidos e reconhecidos no ordenamento jurídico do suposto Estado Democrático de Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

AQUINO, Tomás. **Suma teológica**. Vol. VI. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal 1988 e Leis Ordinárias**. Organização de textos, notas remissivas e dos textos integrais das Emendas Constitucionais. Vade Mecum: obra coletiva. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. 1969. [recurso eletrônico]. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan. **Imparcialidade judicial à brasileira?** Revista Jurídica da UFERSA (REJUR). Mossoró, v. 2, n. 3, jan./jun. 2018, p. 87-98. Mossoró: REJUR, 2018.

DIDIER JUNIOR. Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.** 13 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

_____. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

FERREIRA, T. A. B. **O papel do Administrador na gestão pública e privada.** Revista Racre. São Paulo: CREUPI, v. 5, n. 9, jan/dez 2005. Disponível em: <www.unipinhal.edu.br/ojs/racre/include/getdoc.php?id=33&article=12&mode=pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, parte geral.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Editora Método, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 30º ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 19º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 11ª, ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prática Forense Penal.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SERGIPE (TJSE). **Súmula nº 04**. Aracaju: TJSE, 2011. Disponível em:<<http://www.tjse.jus.br/portal/arquivos/documentos/publicacoes/sumulas/sumula-004-IUJ-002-2011.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

RATNER, Michael. *What Exactly is a Kangaroo Court?*. Law is cool. The law school blog and podcast from Canada. University of Western Ontario. Ontario: Law is cool, 2008. Disponível em:< <http://lawiscool.com/2008/02/04/exactly-what-is-a-kangaroo-court/> >. Acesso em: 30 mar. 2019.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2012.

STEMPEL, Jeffrey W. *Keeping Arbitrations from Becoming Kangaroo Courts*. Scholarly Works. Paper 230. William S. Boyd School of Law. University of Nevada Las Vegas (UNLV). Nevada: Law Journal, 2007. Disponível em:<<http://scholars.law.unlv.edu/facpub/230>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

UNITED STATES SUPREME COURT (US Supreme Court). *Williams vs. United States (1951)*. Nº 365. Argued: January, 8, 1951. Decided: April, 23, 1951. United States: FindLaw, 2019. Disponível em:< <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/341/97.html>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS NOVOS CONTORNOS DA RECLAMAÇÃO

Jorge Luiz Rodrigues Campanharo

1. INTRODUÇÃO

A reclamação constitucional, tal como é hodiernamente conhecida, é fruto de pura construção jurisprudencial do STF, alicerçada sobre a “teoria dos poderes implícitos” (AZEVEDO, 2018, p. 44). Esta teoria, conforme exuberante síntese do voto do Ministro Celso de Mello, aduz que, ao passo que a Constituição atribui a um órgão determinada função, implicitamente, lhe confere também os meios para sua adequada execução²⁶.

Com o passar do tempo, a reclamação ganhou contornos mais bem definidos, vindo a ser regulamentada, no ano de 1957, em regimento interno do STF e, posteriormente, na Constituição Federal de 1967. No sis-

26 Ministro Celso de Mello afirma na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-2-Distrito Federal: “Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional, deve ter presente sempre essa técnica lógico-racional, fundada na teoria dos poderes implícitos [...]. Não constitui demasia, neste ponto, a lição definitiva de Rui Barbosa, cuja precisa abordagem dos poderes implícitos assinala: ‘[...] Essa verdade fundada pelo bom senso é de que – em se querendo os fins, se não de querer, necessariamente, os meios; a de que se conferirmos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções [...]’. Quer dizer que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para sua execução regular. Este o princípio; esta, a regra”.

tema atual, encontra-se prevista na Constituição de 1988, especificamente nos arts. 102, I, l, e o art. 105, I, f - daí o nome reclamação constitucional, encontrando-se, também, regulamentada pelos arts. 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, com o advento do Código de Processo Civil, promulgado em março de 2015 e em vigor a partir de março de 2016, que implantou uma nova sistemática processual civil, no que tange a um sistema precedentes judiciais vinculantes, visando conferir mais estabilidade, coerência e segurança no ordenamento jurídico brasileiro, expandiu-se o processamento da reclamação constitucional perante qualquer tribunal e trouxe novas hipóteses de cabimento não expressas na Constituição Federal de 1988.

Assim, este trabalho científico teve como objeto de pesquisa os novos contornos trazidos pelo CPC de 2015 em relação a reclamação constitucional, realizando um estudo quanto a constitucionalidade de tais hipóteses não taxadas no texto constitucional, partindo-se, para tanto, de uma metodologia dedutiva, mediante um levantamento bibliográfico doutrinário e jurisprudencial.

2. HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL ANTES DO CPC/2015

O instituto da reclamação constitucional, originalmente, tinha como objeto de demandas as seguintes hipóteses: I) preservação da competência e II) garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, antes do delineamento de tais hipóteses, visto que o instituto reclamatório fora construído jurisprudencialmente, com base na teoria dos poderes implícitos, não havia texto legal ou constitucional prevendo as hipóteses de cabimento de reclamação perante o STF, possuía, assim, contornos teóricos bastante tênues (AZEVEDO, 2018, p. 47).

Só foi sanada a obscuridade acerca das hipóteses da reclamação com a incorporação do Capítulo V-A no Título III do Regimento Interno do STF. Isto porque inciso II do artigo 97 da Constituição de 1946, estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para elaborar seu próprio regimento (PACHECO, 1998, p. 570).

Tem-se pela primeira vez a positivação da reclamação no ordenamento jurídico brasileiro, que trouxe de forma expressa as hipóteses acima descritas de cabimento da medida (JACOB, 2015, p. 32).

Nesse lapso temporal, da criação jurisprudencial do instituto e da inclusão no Regimento Interno do STF, entra em vigor a Constituição de 1988, a qual escreve um novo capítulo na história da reclamação que a concede roupagem de um remédio constitucional, bem como uma extensão da competência para seu julgamento. Assim, a reclamação constitucional, que até aquele momento era limitada ao Supremo Tribunal Federal, passou a ser expressamente prevista na Carta Maior e a competência para julgar a medida foi estendida ao Superior Tribunal de Justiça, nas bases das mesmas hipóteses constitucionais de cabimento: i) a preservação da competência do STF e do STJ e ii) a garantia da autoridade de suas decisões (PACHECO, 1989, p. 24).

Em 2003, o STF, durante julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 2.212/CE, publicado em 14 de novembro de 2003, estendeu as hipóteses de cabimento da reclamação ao entender que:

[...] a reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de juízo ou outro Tribunal local.

Nessa linha de raciocínio, complementa Lenio Streck (2016):

A maioria dos ministros entendeu que a reclamação, no âmbito estadual, é essencial como instrumento de defesa judicial das decisões proferidas pelas cortes estaduais, no exercício da função de guardiãs das Constituições estaduais, a exemplo do que ocorre no âmbito da União.

O quadro delineado acima veio novamente a ser alterado com a Emenda Constitucional n. 45/2004, que, conforme ensina a Professora Fernanda Gomes e Souza Borges (20180, realizou a chamada *Reforma do Judiciário* e, dentre outras medidas, permitiu ao STF a edição de súmula, que possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, cuja inobservância possibilita o ajuizamento da reclamação para anular o ato que contrarie tais súmula.

Desta forma, a partir de 2004, surgiu uma terceira hipótese de cabimento da reclamação constitucional, qual seja: garantir a observância da súmula vinculante. Este quadro jurídico manteve-se até o advento do Código de Processo Civil de 2015, que expressamente revogou os artigos 13 a 18 da Lei n. 8.038/1990 e ampliou significativamente as hipóteses de seu cabimento.

3. NOVAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO NO CPC/2015

Como citado alhures, o advento no CPC de 2015, ampliou significativamente as hipóteses de cabimento do instituto da reclamação, as quais estão disciplinadas nos incisos I, II, III e IV do art. 988 do CPC.²⁷

Em relação às hipóteses de cabimento, os incisos I, II e III, primeira parte, apenas repetem o que já consta expressamente do texto constitucional. Na segunda parte do inciso III, encontra-se a reclamação para garantir a autoridade das decisões do STF proferidas em controle objetivo de constitucionalidade, o que já era aceito pela jurisprudência do STF, no qual firmou-se o entendimento, durante o julgamento da Rcl 3014, em limitar a eficácia vinculante da decisão apenas à parte dispositiva, sendo, portanto, rejeitada a tese da “transcendência dos motivos determinantes”

27 Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I – preservar a competência do tribunal;

II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

Como se vê acima, o legislador ordinário nada inovou no que se refere aos incisos discutidos, tendo aquele somente o cuidado de explicitar todas as hipóteses antes previstas, de forma organizada e sistematizada.

Porém, ainda nos resta analisar o inciso IV do art. 988, em que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de assunção de competência (IAC) ou de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Esses incidentes são técnicas processuais diferenciadas que em comum visam formar precedentes obrigatórios. Firmado o precedente obrigatório, os juízos de primeiro grau devem observar as decisões do tribunal ao qual estão vinculados e os respectivos tribunais também seguir as orientações do órgão responsável pela uniformização da jurisprudência daquela Corte. Não observado o precedente obrigatório, cabe reclamação (OLIVEIRA, 2015).

Para melhor compreensão de ambos os institutos, passamos a analisar, primeiramente, o incidente de assunção de competência. Trata-se de incidente processual por meio do qual o órgão fracionário de Tribunal submete o julgamento de um recurso a um órgão colegiado de maior composição a fim de prevenir divergências entre os órgãos internos em torno da questão com grande repercussão social (THEODORO JR., 2016, p. 810). Os requisitos legais para a instauração do IAC é a existência de relevante questão de direito com grande repercussão social, com o intuito de prevenir ou compor divergência, sem que haja repetição em múltiplos processos (LEMOS, 2017).

Já incidente de resolução de demandas repetitivas, trata-se de incidente processual responsável pela uniformização de jurisprudência de Tribunal de Segunda Instância, sendo, portanto, de competência dos tribunais estaduais ou regionais (LEMOS, 2017). O referido incidente pressupõe a existência simultânea de efetiva repetição de processos envolvendo questões jurídicas homogêneas, de direito material ou processual. A tese firmada será replicada nos processos pendentes ou nas demandas futuras, individuais ou coletivos, que guardarem identidade com a matéria de direito decidida (TEMER, 2015).

Feitas as respectivas diferenciações, frisa-se que o cabimento da reclamação fica condicionado a expressa inobservância do precedente pelo ór-

gão jurisdicional vinculado e, ainda, se o órgão julgador simplesmente se omite, não cabe a reclamação. Nesse sentido, explica Leonardo da Cunha (2018, p. 667):

Se o órgão julgador simplesmente não segue o precedente na decisão, se ele simplesmente silencia, omite-se, nada diz sobre o precedente, não cabe a reclamação. Em outras palavras, não cabe reclamação por omissão. Se o juiz simplesmente se omite, cabem embargos de declaração. Realmente, é considerada omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (CPC, art. 1.022, parágrafo único, I). Havendo omissão quanto à aplicação de um precedente, caberão embargos de declaração. Se, opostos os embargos, o juiz, ainda assim, se mantiver omissos, deixando de observar o precedente, cabe apelação, em cujo âmbito será possível pleitear uma tutela de evidência.

Ressalta-se, ainda, que também houve alteração ao §5º, II, do art. 988, onde é possível observar uma dilatação quanto ao cabimento da reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, desde que esgotadas as instâncias ordinárias. Assim, após exauriente pesquisa jurisprudencial, Cleanto de Albuquerque Coelho Fernandes (2016) define duas hipóteses em que uma delas devem estar presentes para que a reclamação seja admissível:

Nesse amplo contexto, tendo em conta a interpretação que vem sendo dada pelo Supremo Tribunal Federal ao requisito do prévio exaurimento das instâncias ordinárias, é possível afirmar que somente será admissível a reclamação para garantir a autoridade de acórdãos proferidos em recursos extraordinário e especial repetitivos após a adoção, pelas cortes de origem, de uma das seguintes providências:

(I) julgamento definitivo do agravo interno interposto contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente proferida com base nos incisos I e III do artigo 1.030 do CPC/2015 (nos termos do § 2º do mesmo artigo); ou (II) realização de juízo positivo de admissibilidade, após a manutenção do acórdão objeto do recurso extraordinário ou especial pelo respectivo órgão julgador, quando o Presidente ou Vice-Presidente houver encaminhado o processo ao juízo de retratação, por entender que o acórdão recorrido diverge da orientação do STF ou do STJ (inciso II, combinado com o inciso V, letra c, do artigo 1.030 do novo CPC). Antes da adoção de tais providências, revelar-se-á inequivocamente prematuro o manejo de reclamação, ante o não esgotamento das instâncias ordinárias.

No recurso extraordinário ou recurso especial julga-se um processo subjetivo de terceiro de onde se extrai uma tese a ser aplicada aos outros processos de igual matéria. Nessa forma de julgamento, há uma clara vontade do legislador em restringir o uso da reclamação no intuito de não sobrecarregar os Tribunais Superiores com um enorme volume de reclamações.

Por fim, urge destacar que não só as hipóteses de cabimentos foram ampliadas pelo CPC/2015, mas também a competência para julgar e processar a reclamação, mudança esta prevista expressamente no §1º do art. 988, que autoriza a proposta da reclamação perante qualquer tribunal, em que pese era normalmente cabível somente para o STF e para o STJ.

Outrossim, segundo entendimento firmado pelo STF, a reclamação já era cabível para os tribunais de justiça, se previstas nas respectivas Constituições Estaduais²⁸. O que fundamenta a aceitação da reclamação para todo e qualquer tribunal é a teoria dos poderes implícitos, que, na visão do Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha (2011), o Tribunal de Justiça, o órgão de cúpula do Estado-membro, tem o poder implícito para fazer valer suas decisões e impor respeito às suas atribuições institucionais:

Sanadas as questões propedêuticas, questiona-se se o legislador infra-

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional. n.º. 2480. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data da Publicação: DJ 29 de junho de 2007.

constitucional poderia prever novas hipóteses de cabimento para a reclamação que não aquelas previstas na CF/88, sendo levantada pela doutrina uma discussão acerca da constitucionalidade da previsão trazida pelo código relativo ao instituto da reclamação. Isto porque a reclamação está prevista originalmente na Constituição Federal, todavia o CPC de 2015 ampliou o manejo da reclamação para todos os tribunais, além de ampliar as hipóteses de cabimento, como visto acima.

Portanto, passamos agora a analisar as críticas quanto a (in) constitucionalidade dos novos contornos trazidos à reclamação.

4.(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 988 DO CPC/2015

Uma das principais questões ainda levantadas quanto o diploma processual vigente, no que tange ao instituto da reclamação, é a constitucionalidade dos provimentos vinculantes por ela abrangidos no corpo do artigo 988, baseado no artigo 927 do mesmo diploma, são eles: i) súmulas vinculantes; ii) decisões em controle concentrado do STF; iii) incidente de assunção de competência (IAC); iv) incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); v) acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos (REsp repetitivo e RE repetitivo)

As duas primeiras hipóteses - decisões em controle concentrado do STF e súmulas vinculantes - não restam dúvidas quanto sua constitucionalidade, visto estarem previstas nos art. 102, § 2º e art. 103-A da CF/88, respectivamente. O problema está nas três últimas (IAC, IRDR e REsp repetitivo e RE repetitivo), pois estas não gozam de status constitucional, em outras palavras, não foram expressamente previstas pela Constituição, assim, como aduz uma parcela da doutrina, não possuem o condão de criar provimentos vinculantes.

A crítica trazida pela doutrina, se não se tratam de provimentos vinculativos, portanto, não podem ser objeto de reclamação. A previsão de provimentos vinculantes por lei infraconstitucional deve, assim, ser analisada mediante controle de constitucionalidade difuso ou abstrato, por ser tratar de um vício formal, que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes

“ [...] os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência” (MENDES; BRANCO, 2009, p. 1061).

Trata-se de vício formal, porquê, conforme ensinam Pedro Lenza (2015), Cassio Scarpinella Bueno (2018, p.693-695) e Nelson Nery Jr. (RODAS, 2015), tais provimentos não poderiam ter sido introduzidos no Código de Processo Civil, mas, necessariamente, por emenda constitucional. Essa diretriz tem a consequência de restringir por completo a possibilidade de atuação do legislador infraconstitucional no tema. Ausente a expressa deferência à lei, as competências do STF e do STJ apenas podem ser modificadas por via de emenda constitucional.

Quanto a crítica de que as decisões jurisdicionais com caráter vinculante prevista na legislação processual civil vigente, especificamente nos arts. 927 e 988, dependerem de prévia autorização constitucional, os apontamentos oportunos de Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 693-695):

Saber se o CPC de 2015 pode querer que os efeitos das decisões paradigmáticas devam ser acatados pelos órgãos jurisdicionais em geral, criando-se, com isto, verdadeira hierarquia no Judiciário Federal e Estadual, é questão que não pode ser mais evitada. Sim, porque sou daqueles que entendem que a decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização constitucional – tal qual a feita pela EC n. 45/2004 – e, portanto, está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional. Ademais, não parece haver nenhuma obviedade ou imanência em negar genericamente o caráter vinculante às decisões jurisdicionais, mesmo àquelas emitidas pelos Tribunais Superiores. Isso porque a tradição do direito brasileiro não é de common law. É analisar criticamente, dentre tantos outros fatores, o real alcance das mais que cinquentenárias Súmulas (não vinculantes) do STF e sua cotidiana aplicação totalmente alheia a uma ou qualquer teoria sobre precedentes, sejam os do common law ou não, para chegar a essa conclusão. Não é diversa a experiência, embora mais recente, das próprias Súmulas vinculantes daquele tribunal e, desde sua instalação, em 1989, das Súmulas do STJ.

Para explicitar ainda mais o motivo de existir a discussão relativo a inconstitucionalidade de tais hipóteses não previstas pela Constituição, tem-se a classificação de vício de forma feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2006, p. 26-27), que se divide em duas:

A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade orgânica, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato (...).

De outra parte, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio. (grifo nosso)

Assim, conforme sustentado pelo Luís Felipe Espindola Gouvêa (2017, p. 194), em sua dissertação, as competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça estão disciplinadas diretamente na Constituição Federal e que estas são insuscetíveis de alteração por legislação ordinária, exceto se houver previsão expressa pela própria Constituição.

De mais a mais, o legislador constituinte de 1988 foi muito claro ao descrever a competência do STF e STJ para processar e julgar originariamente a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. Em 2004, quando foi introduzida a súmula vinculante, a possibilidade de controle pela via da reclamação foi trazida também por emenda constitucional, veículo adequado a outorgar nova competência jurisdicional originária à Corte Suprema o contrário das demais hipóteses aqui discutidas (GOUVÊA, 2017, p. 197).

Para os defensores da inconstitucionalidade, caso as novas hipóteses trazidas pelo CPC/2015 fossem feitas via de emenda constitucional, não haveria discussão acerca da constitucionalidade de tais alterações.

Em outro viés argumentativo, há quem defenda a constitucionalidade das novas hipóteses aqui discutidas, sob a alegação que tais precedentes trazidos pelo CPC/2015, mesmo não gozando de status constitucional, não ferem a Carta Magna, pois estão em conformidade com ordenamento jurídico constitucional, em virtude de se tratar de um instrumento que amplia a possibilidade de efetivação de princípios constitucionais, como “[...] isonomia, que exige o tratamento uniforme dos litígios isomórficos,

a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais e, por fim, a prestação jurisdicional em tempo razoável” (TEMER, 2015).

A defesa da constitucionalidade dos precedentes infraconstitucionais tem ainda como finalidade combater uma cultura institucional de que o juiz tem alargada discricionariedade para julgar, podendo proferir decisões na medida que lhe bem convêm, ainda que contrariando as teses e fundamentos predominantes na jurisprudência nacional. Assim, assevera Luiz Guilherme Marinoni (2014), que as decisões judiciais são desuniformes, inclusive em temas iguais, não sendo incomum oscilações de precedentes sobre matéria de grande relevância e semelhança, comprometendo a previsibilidade e violando a coerência exigida pelo sistema em que o Poder Judiciário e suas decisões estão inseridos.

Prosegue Marinoni (2014), “O desrespeito aos precedentes das Cortes Supremas é porta aberta para a distribuição desigual e aleatória da “justiça”, com todas as suas perversas consequências. ”

Nessa linha, argumenta Feliciano de Carvalho (2016), que o manejo da reclamação como um instrumento célere para garantir a autoridade das decisões ou preservar a competência dos tribunais, mesmo não estando previstas na Constituição, caracteriza-se como uma garantia fundamental de acesso à justiça insculpida no art. 5º, XXXV da CF/88 - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Desta forma, possibilitar a reclamação para qualquer tribunal, segundo o autor, é garantir que a tutela jurisdicional seja efetiva e eficaz, pois (CARVALHO, 2016).

Não se trata de simplesmente ter acesso ao Poder Judiciário, mas de a tutela jurisdicional ser a mais efetiva e adequada, ou seja, apta a bem resguardar o direito material objeto do processo. A reclamação, como medida jurisdicional célere para tutelar a competência dos tribunais e a autoridade das suas decisões, efetiva o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/1988.

Somado a esse entendimento, Joaquin José Gomes Canotilho (2018, p. 1.224) sustenta que “[...]a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Nesse sentido, nas palavras Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 164):

Essa interpretação objetivando a máxima eficácia da norma constitucional se fundamenta na premissa de que as normas constitucionais, por sua generalidade e caráter aberto, exigem uma interpretação criativa, que explicita o que está implícito, e até criadora, desde que respeitando e preservando o sentido, a finalidade e a vontade da Constituição.

Por fim, advoga-se pela constitucionalidade de tais disposições, porque a reclamação foi produto de uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, com amparo na teoria dos poderes implícitos (DANTAS, 2000, p. 51-52), segundo a qual todos os meios, poderes e instrumentos imprescindíveis ao cumprimento da competência e da missão constitucionalmente conferidas a uma corte lhe são assegurados, ainda que não estejam explícitos em nenhuma norma.

Em defesa dessa tese, Fredie Didier Júnior e Leonardo Cunha (2011) sustentam que, como a origem da reclamação teve como fundamento a teoria dos poderes implícitos, qualquer tribunal pode julgar e processá-la, vejamos (DIDIER JR.; CUNHA, 2011):

A reclamação constitucional nasceu na jurisprudência do STF com fundamento no princípio dos poderes implícitos: os tribunais têm poderes implícitos, a exemplo do poder geral de cautela. Os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exercer esse poder implícito, concebeu-se a reclamação constitucional. Em virtude de tais poderes implícitos, inerentes a qualquer tribunal, deve-se admitir a reclamação constitucional perante os tribunais.

Conclui-se, assim, que há uma evidente divergência doutrinária quanto a constitucionalidade das inovações trazidas pelo CPC/2015. Todavia, se não declarada inconstitucional as hipóteses vinculativas não previstas na CF/88 ou não corrigido o vício formal através do processo legislativo adequado, cabe a comunidade jurídica zelar pela integridade e coerência da jurisprudência formada pelos tribunais brasileiros (art. 926, CPC/2015), bem como garantir a devida aplicabilidade deste modelo para

que precedentes não sejam usados, nas palavras de Lenio Streck (2016), como meros verbetes jurisprudenciais, sacrificando princípios constitucionais em nome da celeridade processual. Afinal, não se deve confundir uma simples decisão judicial com precedente. Como bem observa Maritoni (2010, p. 215):

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

5.CONCLUSÃO

O Código processual de 2015 trouxe novos contornos à reclamação, ampliou significativamente as hipóteses de cabimento deste instituto e também a competência para julgar e processá-lo, mudanças que vão além da previsão constitucional, sendo, portanto, uma inovação do legislador ordinário.

Tem-se, assim, uma discussão acerca da constitucionalidade de tais mudanças trazidas pelo CPC/2015.

Como já colocado, há quem defenda a inconstitucionalidade em virtude de não gozarem de status constitucional, assim, como não foram expressamente previstas pela Constituição, não possuem as novas hipóteses força constitucional para criar precedentes vinculativos.

Outrossim, já quem defende a constitucionalidade dos novos contornos aqui colocados, usa-se dos argumentos de que tais disposições possibilitam a efetivação de princípios constitucionais, como da garantia à segurança jurídica, à isonomia e à celeridade processual.

Ainda, sustentam os defensores da constitucionalidade de tais mudanças que a reclamação teve como nascedouro a jurisprudência pretoriana do STF, fundada na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual todos os meios, poderes e instrumentos imprescindíveis ao cumprimento da competência e da missão constitucionalmente

conferidas a uma corte lhe são assegurados, ainda que não estejam explícitas na CF/88.

Desta forma, em meio a divergência aqui colocada, cabe apenas aguardar o pronunciamento do STF, via controle difuso ou abstrato de constitucionalidade, para que seja sanada tais questionamentos.

Por enquanto, cabe a comunidade jurídica zelar pela integridade e coerência da jurisprudência formada pelos tribunais brasileiros (art. 926, CPC/2015), bem como garantir a devida aplicabilidade deste modelo para que precedentes não sejam confundidos com uma simples decisão judicial que pode prejudicar circunstâncias especiais de processos pendentes e futuros com contexto fático distinto de eventual tese fixada.

Referências:

AZAZEVEDO, Gustavo. Reclamação constitucional no direito processual civil. (coordenação Leonardo Carneiro da Cunha). 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. Os novos contornos da reclamação constitucional no Código de Processo Civil de 2015. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 26, n. 102, p. 235-256, abr./jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2212. Relatora Min. Ellen Gracie. Data da Publicação: DJ 14 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375353>>. Acesso em: 2 de maio de 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional. n.º 3014 Relator Ministro Ayres Britto,. Data da Publicação: DJ 21 de maio de 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260717>>. Acesso em: 2 de maio de 2019

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional. n.º. 2480. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data da Publicação: DJ 29 de junho de 2007. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1957937>>. Acesso em: 2 de maio de 2019
- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. Ed. 3. Reimpr. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, Feliciano de. Reclamação (in)constitucional? Análise do novo Código de Processo Civil. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 53, n. 212, p. 57-79, out./dez. 2016.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Editorial 120. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-120/>>. Acesso em: 21 de junho de 2019.
- FERNANDES, Cleanto de Albuquerque Coelho. Reclamação no STF e STJ requer exaurimento das instâncias ordinárias. Revista Conjur, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/reclamacao-stf-stj-requer-exaurimento-instancias-ordinarias>> Acesso em: 20 de junho de 2019
- GOUVÊA, Luís Felipe Espindola. Precedentes vinculantes e meios de impugnação no CPC/15. 2017. 283 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A reclamação como instrumento de controle da aplicação de precedentes do STF e do STJ: análise funcional, estrutural e crítica. 2015. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

- LEMOS, Vinicius Silva. A possibilidade de fungibilidade entre o IRDR e o IAC: viabilidade e necessidade de sistematização. *Revista de Processo*, São Paulo, v.42, n. 274, p. 255-292, dez. 2017.
- LENZA, Pedro. Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015. *Conjur*, em 13/03/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc#author>>. Acessado em 15 de junho de 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 80, n. 4, p. 291-310, out./dez. 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Pedro de Miranda. Aspectos destacados da Reclamação no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 247, p.299-318, 2015.
- PACHECO, José da Silva. A “reclamação” no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 646, p. 19-32, ago., 1989.
- PACHECO, Jose da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- RODAS, Sérgio. Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência. *Conjur*, em 02/07/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>>. Acessado em 21 de maio de 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. A (nova) reclamação no CPC/2015. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 93. p. 129-147, jan./mar. 2016.

TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243, p. 283 – 331, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 47^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS PÚBLICOS. UMA ANÁLISE COMPARADA DA ARBITRAGEM NA ARGENTINA E BRASIL

Alejandro A. Domínguez Benavides

Flávia Iracema Gimenes

1) INTRODUÇÃO

A arbitragem é um instituto que antecede a própria figura do Estado (MOREIRA ALVES, 1971, v.1, p. 203–204), através do qual os litígios, sobretudo nas relações comerciais e entre as nações, eram resolvidos por pessoas de reputação na comunidade, escolhidas pelo ofendido.

Em que pese não se tratar de um instituto recente, a arbitragem se destacou a partir dos anos 90 ante a inovação de sua efetividade que deixou de ser relativa quando convencionada entre as partes.

No cenário de economia globalizada, o direito também é afetado por tal efeito, com destaque à arbitragem, a qual deve ser concebida no aspecto jurídico transnacional, o que merece especial atenção dos operadores do direito para fins de aprimoramento do direito interno.

Sua aplicabilidade na administração pública sempre foi palco de controvérsias, as quais se estendem até os dias atuais. Em que pese as reformas legislativas sobre o tema, sobretudo no ano de 2015, divergências doutrinárias e jurisprudenciais ainda ecoam.

Não podemos olvidar que a lei da arbitragem foi concebida para solucionar conflitos pela via extrajudicial, inclusive no âmbito da administração pública, com o propósito de ofertar às partes maior celeridade, contribuir para desafogar o poder judiciário e incluir as partes como responsáveis na busca da solução de seus litígios.

Contudo, a evolução doutrinária e jurisprudencial que se apresenta nos revela que tanto na Argentina como no Brasil, a doutrina diverge quanto ao uso da arbitragem aplicada aos contratos públicos, especialmente no tocante aos temas afetos à ordem pública.

Neste cenário, abordaremos a arbitragem em ambos países, com destaque à interpretação dada pelos tribunais superiores, especialmente do Tribunal de Contas da União, que pode resultar na mitigação do uso da arbitragem.

Para atingir aos fins colimados, faremos uma breve retrospectiva histórica da arbitragem na Argentina e no Brasil, para em seguida abordarmos à sua aplicabilidade aos contratos públicos frente ao posicionamento dos Tribunais, administrativo e judicial.

2) BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NA ARGENTINA E NO BRASIL

O art. 1º do Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina (CPCCN²⁹) contém disposições sobre as hipóteses de aplicabilidade da arbitragem, bem como a execução de laudos estrangeiros e tratamento dado aos distintos tipos de procedimentos destinados a sua aplicabilidade. Também prevê os procedimentos necessários para o seu funcionamento, segundo o art. 739 do CPCCN, e exige a celebração do compromisso arbitral, por escritura pública ou instrumento privado, por documento firmado perante o Juiz da causa ou diante daquele a quem detinha seu conhecimento, conforme disposto no artigo 742.

A partir do novo Código Civil e Comercial Argentino, do ano de 2015, o procedimento arbitral passou a ser regulado por este código federal o qual procura promover a segurança jurídica das transações comerciais e ofertar ferramentas úteis e soluções contemporâneas aos operadores do mercado. Exige um acordo de vontades através do qual as partes se obri-

29 O CPCCN dedica o livro VI ao processo arbitral e dentro deste se inclui os títulos sobre juízo arbitral, árbitros e perícia arbitral.

gam a submeter determinadas controvérsias à arbitragem, o que o referido código denomina de *contrato de arbitragem*.

O tema da arbitragem continua em expansão na Argentina. Em 04 de julho de 2018 foi sancionada a lei de arbitragem internacional, Lei 27.449, acoplando este país ao comércio global.

Já no Brasil, a Constituição de 1988 faz referência ao instituto, nos artigos 4º, § 9º, VII e 114, § 1º e seu preâmbulo o consagra a nível de princípio fundamental destinado à solução dos conflitos internos e na ordem internacional. Especialmente aos contratos públicos, a jurisprudência brasileira conta com casos isolados que antecedem ao texto da atual Constituição, como podemos constatar pelo julgado do STF, AI n.º52.181/GB, 14-11-1975, entendimento que foi mantido após a atual Constituição, nos termos da jurisprudência do STJ, REsp n.º 612.439/RS, 25-10-2005; STJ, REsp n.º 904.813/PR, 20-11-2011.

A arbitragem ganhou nova dimensão a partir da lei n.º 9.307/96 ao permitir a solução de conflitos fora do âmbito do poder judicial. Destacamos alguns eventos significativos sobre o tema: Lei 9.307/1996 e sua declaração de constitucionalidade; a ratificação da convenção sobre o reconhecimento da execução de sentenças arbitrais estrangeiras e jurisprudências favoráveis à arbitragem: STF, Agravo Regimental em sentença estrangeira n.º 5206/ES, 12.12.2001; STJ, Sentença Estrangeira Contestada 3.709/US, 14.06.2012; STJ, Recurso Especial 1.297.974/RJ, 12.06.2012; STJ, Conflito de Competência 111.230/DF, 22.08.2012; STJ, Conflito de Competência 122.439/RJ, 15.05.2012.

Em 28/06/2012 o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 485 que estabeleceu: “a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”.

A arbitragem também foi prevista pelo Código Processual Civil de 1939, pelo de 1973 e pelo atual CPC de 2015, em seu art. 237. Ainda, o art. 3º do CPC vigente reconhece a arbitragem no ordenamento jurídico, bem como prevê a cooperação entre juízes e árbitros para que o poder judicial possa determinar o cumprimento de fatos que não são alcançados pela competência legal arbitral, conforme artigo 237.

Outra inovação do novo CPC é a possibilidade do demandado judicial alegar a existência de uma convenção arbitral prévia a demanda judicial, o que resultará na extinção do processo sem julgamento do mérito,

caso esta informação seja trazida aos autos na primeira oportunidade processual, nos termos do art. 485, VII. A nosso entender o novo CPC ao explicitar tal procedimento, reconhece de pronto a força da cláusula arbitral.

Pelo breve relato histórico acima, verifica-se que a arbitragem teve crescente evolução no meio social em ambos os países.

3) A ARBITRAGEM APLICADA AOS CONTRATOS PÚBLICOS

O uso da arbitragem aos contratos públicos, tanto na Argentina como no Brasil, não é pacífico na doutrina tão pouco na jurisprudência. Para alguns doutrinadores, o acordo arbitral não se aplica ao contrato administrativo porque este instrumento se constitui por direitos indisponíveis e por poderes típicos do Estado (*ius imperium*), o que o distingue do contrato de direito privado ao qual se aplica o poder *ius gestionis*.

A doutrina moderna admite a possibilidade de submeter os contratos públicos à arbitragem desde que não se comprometa a ordem pública. Vale destacar, a decisão arbitral afeta apenas às partes envolvidas na controvérsia e não tem efeitos coletivos, portanto, tal decisão em um contrato público não afeta ao interesse coletivo e não viola a ordem pública.

Além disso, a jurisdição da arbitragem também se restringe ao mérito que afeta às partes envolvidas no pacto arbitral, excluindo-se situações que possam afetar o interesse geral, por força do princípio da competência arbitral.

1.1) A ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO AOS CONTRATOS PÚBLICOS NA ARGENTINA

Na Argentina a arbitragem é regulada tanto pelo Código Civil e Comercial, especialmente art. 1649, como pelo Código Processual Civil e Comercial. Contudo, o primeiro Códex indica as exceções ao uso de tal instituto, como se observa no art. 1651.

De acordo com a legislação nacional argentina, a arbitragem não se aplica às controvérsias que possuem natureza de ordem pública as quais são de competência exclusiva do poder judicial. Importante destacar que a lei argentina não é contrária à tendência internacional que orienta não

limitar os casos que possam submeter-se a arbitragem, como se vê através dos julgados: Eaca S.A. -Sideco Americana S.A. S.A.C.I.I.F.F. - Saiuge Argentina c/ Dirección Nacional de Vialidad, Fallos: 330:2711.

Segundo Dromi (1989, p.1033), a Corte Suprema de Justiça afirma que o art. 100 da Constituição Nacional Argentina não é um obstáculo para que os assuntos em que a nação seja parte possam ser submetidos à jurisdição arbitral, desde que tenha sido pactuado de acordo com as leis especiais do Congresso ou quando a Nação atue como pessoa jurídica. Já para Gordillo (2013, p. 666) a arbitragem na qual o Estado é parte constitui exceção e exige lei expressa.

Parte da doutrina e jurisprudência defende a necessidade de atenta interpretação do art. 1649 do Código Civil e Comercial Argentino já que este não veda a arbitragem aos conteúdos que não sejam imperativos do Estado, portanto, não há na lei uma exclusão automática e algumas matérias podem ser decididas por árbitros, sem prejuízo de um posterior controle judicial caso seja necessário verificar a conformidade do laudo com a ordem pública. As exclusões somente poderão ter efeitos práticos nas situações que representem riscos à ordem pública. Neste sentido, Julio Cesar Rivera (2015, p.1095) afirma que o art. 1649 do Código Civil e Comercial Argentino deve ser interpretado para excluir a arbitragem apenas das questões que comprometam a ordem pública.

O tema “ordem pública” teve grande repercussão a partir do ano de 2002 quando da publicação das leis de emergência, as quais foram publicadas por consequência de crises que afetaram ao país. Desde então, a interpretação do vocábulo “ordem pública” passou conceber o elemento patrimonial privado que está presente nos contratos públicos, o que autoriza o convênio arbitral destes direitos, por serem de direito privado e reservados apenas aos interessados, por conseguinte, não maculam direitos coletivos.

Esta é a interpretação atual que permite a integral compreensão do art. 1656 do novo Código Civil e Comercial argentino, com fundamento contratualista, originário da função jurisdicional do árbitro, com força obrigatória do contrato arbitral e independência da justiça estatal. Este é o entendimento da Corte Suprema de Justiça Nacional da Nação Argentina (CSNJ)³⁰.

30 Corte Suprema de Justiça Nacional da Nação Argentina, julgado “J.C. Roca c/ Consultora S.A.”, Fallos 322:1100, de 31/05/1999.

Em fevereiro de 2017, através do decreto 118/2017, foi regulamentada a lei 27.328, que versa sobre o regime de contratação com participação público privada (contrato PPP), permitindo que o Estado e privados pactuem a arbitragem interna ou internacional. Esta legislação comprova que a Argentina continua avançando e modernizando a aplicação da arbitragem aos contratos públicos, segundo as orientações internacionais.

Segundo Carlos F. Balbín (2015, T. IV, p. 263-264 e T. V, p. 694), na Argentina existem casos especiais de arbitragem que envolvem o Poder Público: 1) a lei 23.283 (ADM-1453) sobre convênio de Cooperação Técnica e Financeira; 2) a Lei de Consolidação de Passivos do Estado de 1991 (lei 23.982; D-1755); 3) as controvérsias suscitadas dos contratos celebrados sob o regime do decreto 966/2005; 4) as controvérsias suscitadas que possam surgir por ocasião dos contratos celebrados sob o regime do decreto 967/2005; 5) o decreto 411/1980, texto ordenado pelo decreto 1265/1987 decreto 1299/2000, ratificado por lei 25.414, e os decretos 955/2005 e 967/2005.

Pelos fundamentos acima apresentados, podemos concluir que a doutrina, a legislação e a jurisprudência argentina admitem a arbitragem em contratos públicos, desde que o conflito presente em um contrato administrativo se limite a direitos privados e não afetem a ordem pública, conforme as interpretações internacionais sobre o tema.

3.2) A ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO AOS CONTRATOS PÚBLICOS NO BRASIL

O Código Civil Brasileiro permite o compromisso extrajudicial, contudo o veda para solucionar questões do Estado, de direito de família e outros temas de caráter patrimonial, consoante artigos 851-853.

A legislação especial, Lei n.º 9.307/1996 com as alterações decorrentes da Lei n.º 13.129/2015, orienta o Estado a dirimir seus litígios através de arbitragem, desde que a ordem pública não seja afetada pela decisão arbitral. Em outras palavras, o Código Civil cita restrições ao uso da arbitragem em temas públicos e a legislação especial a admite para as cláusulas de direito privado que integram os contratos administrativos. Podemos citar como exemplos: art. 23, XV, da Lei n.º 8.987/1995, art. 93 da lei n.º

9.472/1997, art. 20 da lei nº 9.478/1997, art. 35 da lei nº 10.233/2001, art. 11, III da lei nº 11.079/2004.

Sobretudo a partir de 2015, com a Lei nº. 13.129/2015 a arbitragem aplicável aos contratos públicos ganhou destaque na doutrina brasileira para explicitar os direitos patrimoniais disponíveis que integram os contratos públicos. Podemos afirmar que tal legislação não trouxe propriamente uma inovação, mas sim, aclara o alcance de aplicação da arbitragem aos contratos públicos, o que moderniza a legislação nacional às tendências do direito administrativo atual.

Também, inova a interpretação de que um contrato público seja objeto exclusivo da competência judicial e se reconhece neste a presença de requisitos contratuais típicos do direito privado e outorga à sociedade um modelo de solução de conflitos mais célere que seja aplicável quando o Estado é parte da controvérsia. Segundo Caio Tácito (2002, p. 83-88) a administração pública (direta ou indireta) pode convencionar a cláusula arbitral sem dispor do interesse público, sendo a arbitragem um método mais célere, mais técnico, menos custoso e consensual à satisfação pública.

Importante destacar que a aplicabilidade da arbitragem aos contratos públicos é vista de forma oposta entre os tribunais, judicial e o administrativo.

Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é possível o uso da arbitragem aos contratos públicos, como se observa dos julgados: Mandado de Segurança nº. 19980020030669, 18-05-1999 e no Recurso Especial nº 606.345/RS, 17-05-2007.

Já o Tribunal de Contas da União (TCU), sustenta que a aplicação da arbitragem aos contratos públicos requer a edição de lei expressa neste sentido³¹, mantendo um modelo conservador no sentido de admitir a arbitragem restrita às questões técnicas e econômicas entre a administração pública e o particular, em oposição à corrente doutrinária e jurisprudencial dominante.

Ao analisar os julgados do Tribunal de Contas da União, constatamos que há uma evolução do posicionamento desta Corte. Inicialmente se rechaçava o juízo arbitral aos contratos públicos, mas atualmente o admite, porém de forma extremamente conservadora³².

31 No mesmo sentido é o entendimento do Ministro do STF, Dr. Luís Roberto Barroso (2003, p. 415-439)

32 Neste sentido: TCU, Processo 005.250/2002-2/Acordão n.º 537/2006, 14-03-2006,

Mesmo após a vigência da Lei 13.129/2015 o TCU mantém seu entendimento quanto a necessidade de uma autorização específica aos contratos públicos, como se observa no Processo de Representação, TC-005.250/2002-2/ Decisão n.º 537/2006, 14-03-2006 e Processo n.º008.217/93-9, Decisão n.º 286/1993-Plenário, 04-08-1993, entendimento que se moderniza lentamente a partir da novel legislação, como por exemplo, Processo n.º 006.098/93-2, Processo n.º 006.098/93-2, Decisão n.º 141/93, 11-05-1993.

O modo de aplicabilidade da arbitragem aos contratos públicos é outro tema controvertido na doutrina a qual procura meios para dar plena aplicabilidade ao contido no art. 2º, §3º da lei n.º 13.129/2015, que condiciona a observância do princípio da publicidade aos contratos públicos.

Para alguns, o pacto arbitral deve ser preliminar ao contrato, ou seja, tal previsão deve estar contida no procedimento licitatório preliminar ao futuro contrato a ser firmado, a fim de garantir a publicidade aos interessados. Neste sentido Maria Sylvia Di Pietro (2015) afirma ser importante que os instrumentos convocatórios de uma licitação e os contratos conttenham uma cláusula prévia de arbitragem e se limitem às matérias sobre as quais se pode aplicar a arbitragem. Para Rafael Carvalho Oliveira (2015) é conveniente a estipulação prévia de cláusula arbitral cheia nos editais e contratos administrativos, em razão da maior celeridade ao procedimento, embora reconheça que a Lei Federal n.º 9.307/1996 seja autoaplicável.

Este entendimento se une aos juristas que defendem que não se pode agregar a um contrato público informações estranhas às previstas pelo art. 65 da Lei n.º 8.666/93 por se tratar de hipóteses imutáveis e que dentre estas não há previsão de arbitragem, ou seja, não se pode incluir novas regras ao contrato público após uma licitação.

Em oposição a este entendimento está o Enunciado 2 editado na I Jornada de “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, de 22 e 23 de agosto de 2016, do Centro de Estudos Judiciais do Conselho da Justiça Federal que assim dispõe: “... mesmo que não exista a cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral.”

Processo n.º 006.588/2009-8, Decisão n.º 2.145/2013 — Plenário, 02/09/2015, Processo 005.406/2013-7, Decisão n.º 1720/2016 - Plenário, 07/06/2016: contemplou a arbitragem como aplicável às partes de um contrato internacional, sinalizando um avanço na interpretação desta Corte de Contas.

Neste cenário, a aplicabilidade da arbitragem também encontra amparo legal em temas de licitação pública, acompanhando o posicionamento de Talamini (2005), pois a arbitragem não viola as normas de direito público, ao contrário, o árbitro atua regido sob o princípio da legalidade, garantindo às partes a boa aplicação da lei.

Ainda, o art. 54 da Lei n.º 8.666/93, determina a aplicação suplementar dos princípios gerais do contrato e as disposições de direito privado aos contratos administrativos, isto é, se permite expressamente o uso de normas privadas aos contratos públicos.

A aplicabilidade da arbitragem em temas públicos ainda está em evolução. O tema já se faz presente no projeto de lei que versa sobre a nova lei de licitações³³, ao contemplar expressamente a mediação e arbitragem, inclusive para temas de desapropriação³⁴, no tocante ao cálculo da indenização.

Já a jurisprudência do STJ se posiciona de maneira mais flexível e é favorável ao uso da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, ao advertir que a ausência de cláusula compromissória nos editais de licitação ou no contrato não é um óbice a celebração do compromisso arbitral. Neste sentido, podemos citar os julgados: REsp n.º 904.813/PR, 20-11-2011, REsp n.º 612.439/RS, 25-10-2005 e MS 11.308/DF, 09-04-2008.

4) CONCLUSÃO

Podemos afirmar que tanto na Argentina como no Brasil, de modo geral o tema arbitragem teve grandes evoluções nos últimos anos, acompanhando as interpretações internacionalmente reconhecidas.

Em relação ao Brasil, merece destaque a divergência de posicionamento dos Tribunais, administrativo (TCU) e Judicial (STJ). Observamos que o posicionamento do Tribunal de Contas da União no Brasil ainda se mantém conservador quanto ao uso da arbitragem em alguns tipos de contratos públicos.

Tal posicionamento reflete ao jurisdicionado uma solução de conflito extrajudicial mitigada, atraindo inclusive questionamentos quanto à

33 Projeto de Lei n.º 1292/95.

34 Projeto de Lei n.º 10061/2018.

eventual violação dos direitos fundamentais, desrespeito à manifestação de vontade das partes quanto aos meios de solução de conflitos extrajudicial, inobservância ao princípio da legalidade e ao princípio da economicidade, além de impor às partes contratantes a exclusividade do Poder Judicial para solver eventual conflito.

Opostamente ao Tribunal Administrativo, destacamos a importância dos julgados do STJ, sobretudo à Súmula 485 e a partir desta fonte, podemos extrair 3 (três) importantes conclusões:

1º) que o STJ entende que celebrar um compromisso arbitral após a cláusula arbitral restou superado e em desuso. O contrato pode conter uma cláusula arbitral ou poderá ser firmado o compromisso arbitral em tempo futuro ao contrato original, de forma independente. Neste sentido, nos reportamos ao Recurso Especial nº 1.389.763-PR, 12-11-2013;

2º) que o STJ reconhece integralmente o instituto da arbitragem como contrato de direito privado aplicável ao contrato público e por sua natureza é aplicável em qualquer momento, por ser um contrato independente do original. Por isso, não se exige que haja prévia indicação da hipótese de arbitragem junto à minuta contratual que acompanha o edital de licitação;

3º) As normas de arbitragem constam em lei nacional específica e possui aplicação em todo o país, seja aos tribunais estatais como aos administrativos e justamente por ter alcance nacional não se pode exigir previsão em outras leis porque esta possui superveniência por sua especialidade.

O estudo comparado da legislação de ambos os países nos permite concluir que a arbitragem é um meio de solução de conflitos vantajoso frente ao poder judicial ante sua celeridade e por consagrar o princípio do acesso à justiça na medida em que possibilita o alcance da decisão da controvérsia em tempo razoável.

Em ambos os países é aplicável a arbitragem aos contratos públicos. Contudo, historicamente e na aplicabilidade prática, o uso da arbitragem no Brasil está evoluindo em maior velocidade em relação à Argentina.

5) BIBLIOGRAFIA

BALBÍN, Carlos F. **Tratado de Derecho Administrativo**. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley, 2015. Tomo IV.

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, Projeto de Lei n.º 1292/95.
Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=16526>>. Acessado em 29 de jul. 2019.

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, Projeto de Lei n.º 10061/2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/564144-TEXTO-AUTORIZA-ARBITRAGEM-EM-DESAPROPRIACAO-POR-UTILIDADE-PUBLICA.html>>. Acessado em 29 de jul. 2019.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. CORREGEDORIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Disponível em: <http://cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justicafederal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-dajusticafederal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_autenticador=60cc7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acessado em: 08 de ab. 2017.

DRONI, José Roberto. **Tomo Jurisprudencia Argentina n.º 01**. Argentina: Jurisprudencia Argentina S.A., 1989.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 1ª ed. Buenos Aires: FDA, T. 2., 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos**. In: Revista Conjur Jurídico. 24/09/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2#top>>. Acesso em: 08 de ab. 2017.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1., 1971.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei n.º 13.129/2015: novos desafios**, Revista brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte: ano 13, n. 51, out./dez. 2015.

RIVERA, Julio César. **Orden Público en el Arbitraje Comercial.**

Buenos Aires: Ed. La Ley, 2015.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 3.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais, composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória.** In: Revista de Processo. São Paulo, a. 30, v. 128, 2005. Disponível em: <http://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%A2ncias_processuais_2005>. Acesso em: 08 de ab. 2017.

A RECONTEXTUALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL PERANTE AS SUAS NORMAS FUNDAMENTAIS E A PONDERAÇÃO ENTRE NORMAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: O CASO DA TAXATIVIDADE MITIGADA DO CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO POR INSTRUMENTO

Catarina Lopes Maia

Thiago Braga Dantas

Introdução

O recurso de agravo de instrumento sofreu uma série de transformações conforme a evolução do ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro Código de Processo Civil, o de 1939 (CPC/39), foi conhecido por sua taxatividade escrita, restando irrecorríveis quaisquer outras hipóteses que não estivessem previstas no rol do seu artigo 842. Ocorre que, diante da confusão dos operadores do direito quanto aos casos que poderiam ser objeto de agravo, os doutrinadores passaram a adotar o mandado de segurança como sucedâneo recursal ou, mesmo, a reclamação, prolongando demasiadamente o processo.

Posteriormente, o seu sucessor, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), numa falha tentativa de corrigir o problema alavancado pelo CPC/39, optou pela livre recorribilidade das decisões interlocutoras; todavia, o referido diploma sofreu diversas alterações ao longo da sua vigência tentando diminuir a quantidade de agravos interpostos pelos recorrentes, visto que o seu uso era feito de maneira indiscriminada.

Por fim, a atual codificação, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), numa primeira análise, voltou para o sistema de irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, assim somente seriam passíveis de impugnação as previstas no artigo 1.015 do CPC/15.

Advém que, em 5 de dezembro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi instado a se manifestar quanto à taxatividade daquele rol e, para isso, afetou o Recurso Especial (REsp) 1.696.396 de Mato Grosso, à sistemática dos recursos repetitivos. Em sua decisão a Ministra Nancy Andrighi adotou a tese da taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC/15 e, em virtude disso, foi duramente acusada praticar de modo indevido o ativismo judicial.

Nesse contexto, o objeto do presente artigo visa analisar a ressignificação do ativismo judicial no CPC/15, considerando a estipulação de normas fundamentais no seu introito, sem olvidar da possibilidade de ponderação de normas, com espeque no seu artigo 489, § 2º.

Desenvolvimento

O primeiro diploma processual unitário do Brasil, o CPC/39, teve como característica a classificação de três modalidades de agravo, entre elas, o de instrumento, objeto da referida pesquisa.

Como se sabe, esse diploma fazia referência às hipóteses de decisões interlocutórias que poderiam ser agravadas, todas previstas no art. 842 e em algumas legislações extravagantes que o mencionassem. Desse modo, restou consagrada a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.

No bojo da Exposição de Motivos do CPC/39, consta uma explicação para a adoção da sistemática nele utilizada:

Quanto aos recursos, foram abolidos os dos despachos interlocutórios. Tais recursos concorriam para tumultuar o processo, pro-

longá-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 tento por única finalidade a estrita observância das suas regras técnicas, sem atenção ao seu mérito e à sua finalidade. (BRASIL, 1939).

Apesar da promessa de um processo mais célere e efetivo o que, de fato, averiguou-se foi insegurança jurídica gerada pelos entendimentos diversos quanto ao cabimento do agravo em face de decisões similares às previstas em lei.

O referido código teve o mérito de afastar a oralidade do agravo, todavia, a sua finalidade de implementar, como regra, a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias como forma de evitar tumulto, prolongamento e confusão processual, definitivamente, não foi alcançada (ARAGÃO, 2018, p. 50).

À vista disso, a doutrina passou a criar meios para que essas decisões pudessem ser recorridas, surgindo o procedimento das correções parciais que consistiam em um procedimento disciplinar de reclamação para corrigir, administrativamente, erros cometidos pelo magistrado quando não houvesse recurso cabível. Ademais, passou-se a adotar a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Diante dos problemas enfrentados, a ideia original de taxatividade das decisões interlocutórias passíveis de recursos no CPC/39 não logrou êxito, a qual foi abandonada no CPC/73.

Devido ao fracasso da legislação anterior, o CPC/73, resolveu pela imediata e livre impugnação das decisões interlocutórias, bem como optou por classificar os pronunciamentos judiciais em despachos, decisões interlocutórias e sentenças.

As últimas eram passíveis de apelação; os despachos, por não serem dotados de cunho decisório, eram irrecorribéis, em regra, salvo a ocorrência de prejuízo; enquanto que as decisões interlocutórias podiam ser recorridas por meio de agravo de instrumento ou agravo retido.

O intuito dessa virada no modelo recursal do agravo de instrumento teve como pretensão reduzir a impetração do mandado de segurança contra atos judiciais e a utilização da reclamação. Entretanto,

aquele acabou passando por inúmeras modificações pelas legislações subsequentes.

Destaca-se a Lei n° 9.139/1995 que alterou o prazo para sua interposição de 5 (cinco) para 10 (dez) dias, independente da sua modalidade. Não bastasse isso, impôs a obrigatoriedade do agravo retido para questões originadas após sentença, à exceção da inadmissibilidade do recurso de apelação; passou-se a prever sua protocolização diretamente no tribunal, juntamente com as peças obrigatórias exigidas no art. 525, I, do CPC/73, além de tornar obrigatório informar o juízo de primeira instância quanto à interposição do agravo de instrumento.

Com o passar do tempo, a quantidade de agravos de instrumento interpostos acabou por impactar negativamente o tempo de processamento e julgamento de outros recursos, como a apelação (CARLOS, 2019, p. 7). Pretendendo a redução da quantidade daqueles, editou-se a Lei n° 11.187/2005, que teve o objetivo de fixar o agravo retido como regra e deixar o de instrumento para exceções, no caso das decisões passíveis de causar dano grave e de difícil reparação à parte; inadmissão de apelação; ou os efeitos em que ela fosse recebida.

Ocorre que essa lei não produziu o efeito requerido, pois em razão do elevado grau de abstração de cabimento, ensejou-se a sua utilização de forma indiscriminada, abarrotando-se os tribunais brasileiros.

De resto, o procedimento instaurado por ela para regular a sistemática do recurso de agravo, no intuito de imprimir maior celeridade processual e desafogar os tribunais, não alcançou o seu objetivo durante a vigência do CPC/73, já que, de acordo com o relatório “Justiça em Números”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2015, antes da vigência do CPC/2015, a primeira classe mais demandada nos órgãos jurisdicionais estaduais de segunda instância foi atribuída aos recursos de agravo, num total de 2.335.756, correspondente a 38,30% das demandas que tramitaram nos tribunais de segunda instância (ARAGÃO, 2018, p. 64).

Almejando-se a celeridade do julgamento das apelações, com o CPC/15, foi extinto o recurso de agravo retido, bem como se delimitaram taxativamente as hipóteses passíveis de agravo de instrumento.

À primeira vista, à luz da nova legislação, que se evidenciou pelo sistema de irrecorribilidade das decisões interlocutórias em separado, apenas

seriam agraváveis os casos expressamente referidos no art. 1.015 desse diploma e em outros casos expressamente previstos em lei.

É cabível agravo de instrumento em face de decisões que versem tutelas de urgência; mérito do processo, rejeição da alegação de convenção de arbitragem; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; exibição ou posse de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte; rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; outros casos expressamente referidos em lei; toda e qualquer decisão interlocutória proferida na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário, conforme o artigo 1.015 do CPC/15 (BRASIL, 2015).

Os casos não previstos nos supracitados poderiam ser impugnados por preliminar de apelação ou em contrarrazões, nos termos do art. 1009, §§ 1º e 2º, CPC/15.

No entanto, em 5 de dezembro de 2018, instada a manifestar-se quanto à taxatividade desse recurso, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça afetou o REsp 1.696.396, sob relatoria da ministra Nancy Andrichi - em sistema de recurso repetitivo-, no qual a relatora assim dispôs quanto ao propósito do respectivo recurso especial:

O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. (BRASIL, 2018).

É evidente que a doutrina e jurisprudência assentaram-se em três posições quanto à possibilidade de impugnação das decisões interlocutórias em situações não previstas no rol do artigo 1.015 do CPC/15, quais sejam, da absoluta taxatividade, cujo rol deve ser interpretado restritivamente; da

taxatividade mitigada, dado que comportaria interpretações extensivas ou analogia e, por fim, na qual o rol seria exemplificativo, a exemplo do que aduz Pugliese (2019, p. 5):

Após a publicação da Lei e sua entrada em vigor, o STJ observou a organização de três correntes doutrinárias acerca do tema. As correntes foram assim sintetizadas pelo acórdão: (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. Cada uma dessas posições será exposta a seguir.

No primeiro caso sustenta-se que houve consciente opção legislativa pela enumeração taxativa do citado rol, uma vez que, apesar das diversas transformações sofridas pelo Anteprojeto do CPC/15 em sua tramitação, todas diziam respeito à taxatividade de decisões as quais seriam passíveis de agravo, a exemplo do artigo 929 do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas o qual previa apenas quatro hipóteses e, após a aprovação pelo Senado, passou a prever dez casos, conforme consta na exposição de motivos que se tornou o PLS/166/2010:

Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, sido alterado o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação.

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. (BRASIL, 2010, p. 33, grifos nossos).

Salientou-se também a insegurança jurídica a qual acarretaria com o rol exemplificativo, na medida em que pairaria incerteza quanto às hipóteses possíveis de serem agravadas ou não pelo operador do direito, a exemplo da problemática enfrentada pela legislação anterior.

É na própria preclusão reside um dos grandes óbices à interpretação extensiva propugnada por parte da doutrina e por parcela da jurisprudência. Isto porque, havendo dois momentos distintos de preclusão para as decisões interlocutórias, a depender do cabimento ou não de agravo, deixar ao alvedrio do juiz (desembargador) a definição sobre o tipo de decisão que se pretende recorrer (agravável ou não), é transformar a parte em apostador num jogo em que as cartas são dadas pelo Judiciário (BEKER, 2018, p. 244).

Quanto aos apoiadores do segundo posicionamento, esses reconhecem a insuficiência do rol para tutelar todas as diversas situações do mundo jurídico, devendo, assim, ser feita interpretação extensiva ou analógica dos incisos do rol do artigo 1.015, do CPC/15, adotando-se interpretação corretiva.

Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, em termos de política judiciária, inclusive (DIDIER e CUNHA, 2018, p. 250).

Já os últimos, adotantes da terceira teoria, sustentam a ampla e imediata recorribilidade das decisões interlocutórias, mesmo ausente no rol do artigo 1.015 do CPC/15.

Entre os seguidores dela, encontra-se Ferreira (2017, p. 193-203), o qual defende a recorribilidade dessas decisões deve se pautar na existência de interesse recursal e na eventual inutilidade futura da impugnação diferida por meio de apelação em determinadas situações.

Assim, em que pese os posicionamentos acima analisados, a Ministra Nancy Andri ghi (BRASIL, 2018, p. 38) entendeu, a partir do requisito objetivo da urgência, o qual decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação, sempre de caráter excepcional e independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica, será possível a impugnação da decisão por meio de agravo de instrumento. Reconheceu-se que o rol do artigo 1.015 do CPC/15 possui taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito

às normas fundamentais do próprio CPC/2015 e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.

Após essa decisão, diversas críticas foram feitas ao Superior Tribunal de Justiça, o qual, supostamente, estaria agindo em franca prática ilícita do ativismo judicial, para realizar alterações no texto da lei e criar desenfreadamente o direito, em razão de uma politização da justiça e desrespeito ao princípio da separação dos poderes, violando organicamente o CPC/2015, a exemplo do que noticiou o site *O Jota*:

E aqui, neste ponto, fazemos questionamento sobre a decisão de hoje perante o Superior Tribunal de Justiça. A corte não apenas revogou uma norma vigente (que previa taxatividade), mas também acresceu texto que não existe no Código de Processo Civil: o agravo de instrumento será admissível se o agravante demonstrar situação de urgência ou a inutilidade de eventual recurso futuro. (...)

O STJ, de fato, extrapolou os parâmetros até então conhecidos. E fez mais: imaginou que sua própria decisão talvez não fosse a melhor por prejudicar a segurança jurídica, determinando que o texto legal que acrescentou ao direito brasileiro (reforma judicial do CPC) somente teria vigência após a publicação do acórdão. (MACHADO, DUARTE, GAJARDONI, ROQUE, 2018).

A doutrina majoritária aduz que o magistrado ativista vai além do que lhe é permitido pela legislação, bem como caracteriza o ativismo judicial como uma postura, um problema de cunho interpretativo, de juízes e tribunais que, por intermédio de um “ato de vontade” – com a utilização de critérios não jurídicos –, extrapolam os limites de sua atuação quando do julgamento das demandas em juízo (TASSINARI, 2013, p. 147).

Não assiste razão aos seguidores dessa corrente, uma vez que o próprio CPC/2015 traz autorização clara e expressa para, em caso de normas conflitantes, o magistrado se valer da ponderação entre elas, em consonância com o seu artigo 489, § 2º, como dispõe:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as ra-

zões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015).

O ativismo judicial, na sua dimensão metodológica, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 276), quer dizer sobre o modo de interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os seus significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos. O Tribunal não se confina à aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, expandindo, restringindo, corrigindo, enfim, modificando essa mesma ordem.

Apesar de ter mostrado postura supostamente ativista, atuou dentro da mais ampla legalidade, amparado pela codificação vigente, sendo um poder dever do Estado-juiz atuar na persecução dos direitos e garantias fundamentais. Não há que se falar em violação à legislação ou ao princípio da separação de poderes, na medida em que aquela expressamente permitiu que o STJ ponderasse normas, sejam elas princípios ou regras.

Doutrinadores como Alexandre Sturion de Paula (2012), com autoridade, defendem o conhecimento comum que o direito não é regra estática, congelado no tempo, muito pelo contrário; para uma adequada prestação estatal, faz-se necessário utilizar-se de critérios como a interpretação sistemática do direito, com o intuito de conferir-lhe melhor eficácia e maior alcance. Essa interpretação é feita a partir das normas e princípios constitucionais como, nesse caso, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Ao falar em normas, o código fá-lo genericamente, as quais são divididas em princípios e regras. Então, a partir da interpretação hermenêutica, abre possibilidade para efetivar a ponderação entre essas espécies de normativas. Todavia, resta saber como utilizar dessa possibilidade de interpretação, visto que pode ser feita seguindo três principais teses. A tese da distinção fraca, da distinção forte e da correspondência ou conformidade entre princípios e regras.

A tese da distinção fraca afirma que a diferença entre regras e princípios é apenas de grau. Os princípios seriam normas mais gerais, abstratas e importantes que as regras (RAZ, 2010, p. 49). Além disso, os princípios

distinguir-se-iam das regras por desempenharem apenas a função de fundamento normativo para a tomada de decisão; os princípios não seriam normas suscetíveis de aplicação direta, indicando somente a direção em que está situada a regra a ser aplicada (LARENZ, 2001, p. 35).

A doutrina divide-se principalmente entre a teoria forte e a da conformidade para interpretação de normas. Encabeçadas, respectivamente, pelos ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy e, do outro lado, pelo de Humberto Ávila.

Para Dworkin (2007, p. 39), a distinção entre os princípios e regras é de natureza lógica. As regras valem-se do sistema de aplicação de tudo ou nada (*all-or-noting*), segundo o qual eventual conflito entre elas ensejará a impossibilidade de coexistência entre as duas, porque somente uma será válida no sistema jurídico, independentemente do caso concreto.

Quanto aos princípios, eles têm a finalidade de conduzirem o argumento do julgador em determinada direção, apresentando uma dimensão de peso ou de importância (*the dimension of weight or importance*).

Ao entrarem em colisão, será utilizado o que, pelas circunstâncias concretas do caso, mereça primazia sem que importe invalidade do princípio oposto, diferentemente do que ocorre com as regras, quando a utilização de uma enseja a completa exclusão da outra.

Já Alexy (2011, p. 16) elaborou uma teoria de princípios mais precisa. Assim, os princípios são espécies de normas jurídicas por meio da qual se estabelecem mandamentos de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Por preverem obrigações de *prima facie*, no caso de colisão entre os princípios, deverá ser utilizada a técnica da ponderação.

Neste caso, para o autor, a solução não se resolve com a prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função de um deles, no caso concreto, receber a precedência (ALEXY, 2014, p. 93).

As regras, por sua vez, estão no âmbito fático e jurídico e estabelecem consequências normativas de forma direta, que vai ser aplicada ocorrendo à hipótese de incidência. Ademais, por preverem obrigações definitivas, no caso de conflito, a antinomia é solucionada mediante a introdução de uma exceção a uma das normas por meio da decretação da invalidade de uma delas (ALEXY, 2008, p. 85-120).

Por fim, Ávila (1999, p. 161), à frente da teoria da conformidade ou correspondência, afirma que a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método “tudo ou nada” de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas as suas consequências, de um processo prévio – e por vezes longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios, o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (p. ex. princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras, as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser concretizadas por meio do processo de aplicação. Esse critério distintivo entre princípios e regras perde, porém, parte de sua importância quando se constata, de um lado, que a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (p. ex. regras do procedimento legislativo em correlação com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados.

Assim, a principal diferença entre regras e princípios reside na ligação da previsão normativa com a concretização de fins ou de condutas, que se diferenciam em grau de determinação quanto à conduta devida: nas normas finalísticas, a conduta devida é aquela adequada à realização dos fins; nas normas de conduta, há previsão direta da conduta devida, sem ligação direta com fins.

Diante do exposto, podem-se definir os princípios como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelece com menor determinação qual o comportamento devido e, por isso, dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida (ÁVILA, 1999).

As regras podem ser definidas como normas mediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelece com maior determinação qual o comportamento devido e, por isso, dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida (ÁVILA, 1999).

O CPC/2015 adotou a teoria de Ávila, da medida em que, à luz do apontado no seu artigo 489, § 2º, em caso de conflitos entre normas (regras e princípios), é por meio da ponderação entre elas que se deve encontrar solução para o conflito enfrentado, de modo a haver interpretação e análise de cada caso concreto, sempre tendo em mente o fato de os princípios e regras diferenciarem-se, principalmente, apenas no âmbito da abstração, necessitando serem analisados como uma unidade e não como normas opostas sem grau algum de inter-relação, afastando-se do sistema de tudo ou nada de Dworkin e Alexy.

Diante desse quadro, o CPC/2015, ao possibilitar a ponderação entre normas, sobretudo pelo suporte normativo ofertado pelas normas fundamentais, o juiz, no caso concreto, pode mitigar o rol do artigo 1.015 do CPC/2015, tido como taxativo, exatamente para cumprir o texto constitucional em sua máxima efetividade, daí porque se utilizou da terceira corrente quanto à interpretação do rol do artigo 1.015, não se contentando, como se viu na segunda corrente, com a interpretação extensiva ou analógica, pois sempre que houver urgência, uma nova hipótese de cabimento poderá ser criada casuisticamente, procedimento que adquirirá segurança mediante a consolidação de cada situação perante a interpretação do STJ.

A ponderação permitida pelo referido código é motivo suficiente para rechaçar a suposta postura ativista na sua dimensão metodológica, não havendo que se falar em violação ao código ou inovação ilegal à lei, mas sim na sua interpretação expressamente permitida para expandir o significado da norma com o intuito de chegar-se a sua melhor aplicação, abarcando futuras decisões que, hoje, ainda não foram previstas pelo legislador, mas que, em função da dinâmica e fluidez do ordenamento em que nos encontramos, provavelmente ocorrerão e, agora, não terão o risco de perecimento do seu direito.

Conclusão

A origem histórica do agravo de instrumento e sua evolução decorreram da necessidade de imprimir mais celeridade ao processo, bem como de evitar que o direito sucumba em meio à irrecorribilidade das decisões interlocutórias em separado. Todavia, conforme apresentado ao longo deste artigo, o seu desenvolvimento não se deu de forma linear, muito pelo contrário, diversas foram as reformulações que esse recurso sofreu com o intuito de sua adequada utilização no ordenamento.

A par de toda evolução feita, ainda, em 2018, foi necessário, à sistemática dos recursos repetitivos, o julgamento do REsp 1.696.396 de Mato Grosso para (tentar) dirimir a problemática da taxatividade do agravo de instrumento, que optou pela tese da taxatividade mitigada, a qual, a partir do requisito objetivo da urgência, a decisão poderá ser agravada imediatamente, mesmo sem constar expressamente do rol do artigo 1.015 do CPC/2015.

Fazer diferente ao posicionamento do STJ seria o mesmo que ir de encontro ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e das normas fundamentais do próprio CPC/15, permitindo que apenas poucos casos pudessem ser reanalisados imediatamente, o que teria, de fato, acontecido caso tivesse sido adotada a tese da taxatividade absoluta ou pela interpretação extensiva e analógica. Não bastasse isso, a doutrina passou a taxar o STJ de ativista, no sentido de ter feito inovação ilegal no ordenamento jurídico.

Em que pese às críticas efetuadas, o ativismo se baseia na inovação trazida ao ordenamento jurídico por juízes e, no caso em tela, não houve inovação. O Código, no artigo 489, § 2º, do CPC/15, de maneira expressa, possibilita a ponderação de normas, exigindo apenas que haja justificção quanto ao objeto e aos critérios gerais utilizados.

Houve apenas a utilização, pelo STJ, da teoria da correspondência de Humberto Ávila, adotada pelo código, sem ativismo na dimensão metodológica na interpretação e aplicação de normas, havendo possibilidade da utilização dessa ponderação no artigo 489, § 2º, do CPC/15. Diante de todo o exposto, não houve, verdadeiramente, ativismo algum do Superior Tribunal ao utilizar norma expressa na legislação, visto que não foi possível visualizar inovação na sua postura, apenas a utilização de permissivo legal para ponderar normas, procedendo-se à interpretação sistemática.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ALVARENGA, Guilherme Emmanuel Lanzillotti. Humberto Ávila. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v.46, n.1, p.157-185.jl.dez.2018. ISSN 1982-4513.
- ARAGÃO, Érica. **A nova sistemática do agravo de instrumento no código de processo civil de 2015**, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_AragaoEA_1.pdf. Acesso em: 4 jun. 2019.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo Rio de Janeiro**, 215: 151-179, jan/mar.1999
- BECKER, Rodrigo Frantz. O rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, Brasília: EAGU, **Publicações da Escola da AGU** n° 4, out/dez. 2017, p.237/252).
- BRASIL. Decreto-lei n° 1.608, de 18 de setembro de 1939. Exposição de Motivos. Coleção das Leis do Império, 31 dez. 1939. Vol. 006 (p. 311, col. 1). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em: 01 de jul. de 2019.
- _____. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil (2015). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 de jul. de 2019
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.696.396. Relator: Nancy Andrichi. Data de julgamento: 5 de dez. 2018, Data de Publicação: DJe 19/12/2018.

_____. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jun. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15ª ed Salvador: Juspodivm, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. **Revista de Processo**. Vol. 263/2017. P. 193–203. Jan. 2017. DTR\2016\24931.

MACHADO, Marcelo; DUARTE, Zulmar; GAJARDONI, Fernando; ROQUE, Andre. O ativismo do ativismo do ativismo: STJ e revogação judicial do art. 1015 do CPC. **O Jota**. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/ativismo-ativismo-stj-revogacao-judicial-art-1015-cpc-05122018>. Acesso em: 27 jun. 2019.

MARTINS, Carlos Eduardo Rodrigues Baladi. Da ampliação das hipóteses de interposição de agravo de instrumento previstas no artigo 1.015, do Código de Processo Civil. **Migalhas**, 2019. Issn 1983-392X. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/DePeso/16,MI301906,101048-Da+ampliacao+das+hipoteses+de+interposicao+de+agravo+de+instrumento>. Acesso em: 25 jun. 2019.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo Judicial no Processo Civil** – Limites e Possibilidades Constitucionais. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

PUGLIESE, William Soares. REsp 17045220/MT – Uma análise da decisão sobre o rol taxativo mitigado do agravo de instrumento. **Revista Jurídica da Escola Superior da OAB-PR**, Ano 4 – Número 1- Mai. 2019.

SOUZA, Rodrigo Telles de. A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 10 – n.34, P.11-35 – jan/jun. 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

O PAPEL DO STJ ENQUANTO CORTE DE VÉRTICE NO MICROSSISTEMA DE CASOS REPETITIVOS: O CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Rayana de Azevedo Cardoso

Thiago Braga Dantas

Introdução

Desde o advento da República, ampliou-se acesso à máquina judiciária, seja para afastar lesão, seja para rechaçar ameaça de lesão de direitos, haja vista o destaque ao do papel do Estado como solucionador de conflitos sociais, o qual, com o intuito de evitar a autotutela dos jurisdicionados, atua ativamente, dizendo o direito e pondo fim às controvérsias judiciais.

Esse papel é reflexo do sentimento democrático, atrelado aos direitos sociais, coletivos e difusos, que, por conseguinte, propiciaram à população maior conscientização quanto ao exercício de seus direitos subjetivos.

Nesse contexto, entretanto, evidenciou-se descompasso entre o aparelho estatal e o número de jurisdicionados, o que contribui para os problemas estruturais e institucionais na administração da Justiça, cujo sintoma claro é o inchaço das Cortes Superiores.

Com efeito, impende analisar as soluções apresentadas para o combate ao asoerramento do Judiciário. Uma delas diz respeito à maior valorização às decisões paradigmáticas das referidas Cortes, de maneira

a resolver, em maior escala, demandas com os mesmos fundamentos de direito, em face de nossa peculiar litigiosidade de massa.

Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) trouxe diversos institutos que consolidam a tendência de as Cortes assumirem papéis mais uniformizadores e consolidadores da jurisprudência, criando verdadeiro microsistema de padrões decisórios, a exemplo da Reclamação, medida originária de competência dos tribunais, que ocupa papel de destaque no processo civil pelo fato de a sua utilização refletir bem o contexto da objetivação nos Tribunais Superiores.

O NCPC trouxe, em seu art. 988, as hipóteses de cabimento do referido instituto, realizando ampliações no que tange à proteção do microsistema de julgados repetitivos. A Lei n. 13.256/2016, antes do vigor do Código, todavia, alterou a redação do dispositivo, restringindo o cabimento no que toca à sistemática dos recursos repetitivos e da repercussão geral.

Acerca da referida alteração, há relevante discussão jurisprudencial, pois, em recente decisão proferida pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de julgamento da Reclamação n. 31.657, entendeu-se não ser cabível a Reclamação constitucional para fazer prevalecer a autoridade do julgamento entre partes diversas das pertencentes à decisão proferida em sede de julgamento de recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, ainda após o esgotamento das instâncias ordinárias, quando o art. 988, § 5º, inciso II, a prevê expressamente.

A interpretação dada pela Primeira Seção do STJ levanta o questionamento acerca da prática utilizada pelas Cortes para diminuir o acervo de processos a ser julgado, o fenômeno denominado de jurisprudência defensiva, que consiste na criação de entraves e pretextos excessivamente formais e burocráticos para impedir o conhecimento dos instrumentos processuais direcionados às Cortes Superiores, sobretudo, obstando a análise do mérito, hoje tão cara ao NCPC, pois consagrada em seu artigo 4º.

A partir da análise hermenêutica da referida decisão, buscar-se-á compreender se, no exercício do papel de corte uniformizadora da legislação federal, o STJ aplicou a Reclamação ao fim a que se destina, realizando a verticalização dos precedentes judiciais, ou, ao restringir o cabimento dela, utilizou-se da jurisprudência defensiva, objetivando dar vazão ao intenso fluxo de processos sem buscar a preponderância do mérito.

Desenvolvimento

A partir da redemocratização no Brasil, a demanda por justiça na sociedade aumentou, e, por via de consequência, juízes e tribunais apresentaram maior atuação nas relações institucionais, sociais e interpessoais. O Poder Judiciário pátrio assumiu o caráter de poder político do Estado, recebendo a influência do liberalismo norte-americano, ao passo que realizou não somente a prestação de serviço de justiça social à população, mas também de administração da Justiça, que apresenta dificuldades, tendo em vista a complexa sociedade atual, que é marcada por graves desequilíbrios sociais.

Além da complexidade, as sociedades contemporâneas se caracterizam pela “crise de gigantismo”, ainda mais evidente no Brasil, em que milhões de jurisdicionados procuram a Justiça para a resolução de seus conflitos, gerando a inflação de demandas em meio a um contexto de crescente litigiosidade, conforme ressaltou Alvim Netto (1999, p. 42).

No dizer de Nobre Júnior (2002, p. 65), houve um anseio progressivo de busca ao Judiciário, todavia, o Estado não estava preparado estruturalmente para lidar com as demandas que se seguiram.

Esse fenômeno acaba por ensejar, também, maior subjetividade judicial, tendo em vista a ampla atuação e protagonismo atribuídos aos tribunais.

A ampliação da via do acesso à Justiça veio acompanhada da massificação dos conflitos e do crescimento dos casos múltiplos, que veiculam uma mesma questão de direito, o que impôs a necessidade de o modelo processual civil ser repensado à luz dessa nova realidade (MONNERAT, 2011, p. 185).

Desde a Reforma do Judiciário, com a Emenda Constitucional n. 45/04 e outras reformas legislativas esparsas, mais enfaticamente, foi inserido o embrião de política pela busca por uniformização e valorização da jurisprudência, por meio da valorização do mecanismo dos precedentes.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio procurou, nos últimos anos, maior valorização aos precedentes dos tribunais, como mecanismo de filtragem a fim de uniformizar os pronunciamentos judiciais.

Desde o anteprojeto, NCPC valorizou as decisões paradigmáticas dos tribunais e ampliou mecanismos de controle de aplicação dos precedentes, como forma de dar cumprimento à promessa constitucional de duração

razoável do processo, sem se olvidar da própria isonomia e segurança jurídica no tratamento das questões idênticas.

É possível destacar três principais vantagens advindas do sistema de valorização dos precedentes: a maior efetividade do processo e economia também em casos futuros; maior respeito ao princípio da isonomia, na medida em que é dada a mesma resposta jurisdicional a casos de igual talante; e maior previsibilidade e tranquilidade para o jurisdicionado, dentro do contexto da ampliação da segurança jurídica (WAMBIER, 2008, p. 210).

A Reclamação, medida originária de competência dos Tribunais, apresenta-se como instrumento à valorização aos precedentes regulada também pelo novo Código. O instituto tem previsão constitucional, como instrumento voltado para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho, bem como para resguardar a observância dos enunciados das súmulas vinculantes (artigo 102, inciso I, “I”; artigo 103-A, § 3º; art. 105, inciso I, “F” e artigo 111-A, § 3º, da Constituição Federal (CF/88)).

À luz da legislação anterior ao Código de Processo Civil Vigente, a jurisprudência do STF e do STJ guiava-se pela interpretação direta da Constituição e dos Regimentos Internos, visto que a Lei 8.038/1990, que especifica o processamento dos feitos nas referidas cortes, pouco tratava acerca dessa medida. Recentemente, todavia, a Reclamação, além da seara constitucional, passou a ser disciplinada também pelo NCPC, que lhe confere função que até então lhe era negada pelas Cortes: garantir a observância dos precedentes, especificamente naqueles casos previstos no art. 988, quais sejam, preservar a competência do tribunal, garantir a autoridade das decisões do tribunal, garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Nesse diapasão, ressalta-se que a Lei n. 13.256/2016, antes do vigor do NCPC, realizou alterações no dispositivo que trata da Reclamação, a fim de aproximá-la da feição da linha jurisprudencial então vigente.

Antes da referida alteração, a redação original do art. 988 do CPC alteraria em muito a jurisprudência dos Tribunais Superiores, na medida em que expressamente previa a reclamação para a hipótese, entre outras,

de garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos. O inciso IV, que trazia essa hipótese, agora estabelece que a reclamação é cabível, quanto aos repetitivos, para “garantir a observância a precedentes de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.” (BRASIL, 2015).

O § 5º, do art. 988, também foi alterado antes da entrada em vigor do Código, e seu inciso II especifica que é inadmissível a reclamação proposta perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça para garantir a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva. Mas o mesmo parágrafo prevê que a inadmissibilidade restringe-se aos casos em que não esgotadas as instâncias ordinárias. Sendo assim, cumprido o requisito de esgotamento das instâncias ordinárias, seria possível a reclamação para garantir a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial repetitivo. Reforça-se que a condicionante reflete a jurisprudência consolidada ainda na vigência do CPC/73, no sentido da reclamação ser medida excepcionalíssima não admitida como sucedâneo recursal, em regra.

O novo texto é objeto de controvérsia jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pois, conforme destacou a Ministra Nancy Andrighi, ao proferir voto na Reclamação n. 36.476: “No mesmo ato normativo, o legislador visivelmente excluiu uma hipótese de cabimento da reclamação e, passo seguinte, regulamentou essa hipótese que acabara de excluir, agregando-lhe um pressuposto de admissibilidade.” (BRASIL, 2019).

Dessa forma, há entendimento de que não se trata de uma nova hipótese de cabimento, apenas de mais um requisito para as hipóteses previstas no *caput* no art. 988. Segundo esse entendimento, a reclamação não teria qualquer função de controle da aplicação precedente, mas tão apenas manteria a sua função tradicional de garantia da autoridade da decisão do tribunal, porém, com a dependência do prévio esgotamento das instâncias ordinárias. Nesse sentido, Agravo Interno na Reclamação 31.565/DF, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira; e Agravo Interno na Reclamação 32.939/PR, Relator Ministro Og Fernandes.

Ao inibir uma hipótese de reclamação, quando o Código a prevê expressamente, exigindo somente que se preencham determinados requisitos, o STJ parece utilizar-se da técnica denominada jurisprudência

defensiva, que consiste na supervalorização de requisitos formais para inviabilizar a apreciação do mérito recursal.

Esse fenômeno também se apresenta como “solução” ao grande número de processos a serem julgados e à escassez de infraestrutura para comportá-los. Representa a tentativa de os tribunais superiores brecarem, a todo custo, as medidas processuais excepcionais, mediante a deturpação de entendimentos jurisprudenciais legítimos.

Humberto Gomes de Barros, ex-ministro do STJ, ressaltou, em 2008, na ocasião do seu discurso de posse na presidência da Corte, o dilema enfrentado pelo Tribunal, que de um lado vê-se assoberbado de inúmeros recursos, dentre outras medidas judiciais de sua respectiva competência; e, de outro lado, os cidadãos aguardam prestação jurisdicional célere e efetiva, capaz de alcançar suas expectativas em cada caso concreto.

O Ministro (BARROS, 2008) destacou em seu discurso:

O exagerado número de feitos intensificou a frequência dos julgamentos, aumentando a possibilidade de erros, tornando insegura a jurisprudência. Insegura a jurisprudência, instaura-se a insegurança jurídica. Sem conhecer a correta e segura interpretação dos enunciados jurídicos, o cidadão queda-se no limbo da insegurança.

[...]

Às vésperas de completar vinte anos, o Tribunal, adolescente, enfrenta crise de identidade.

Preso ao infernal dilema, vê-se na iminência de fazer uma de duas opções:

- a) consolidar-se como líder e fiador da segurança jurídica, ou
- b) transformar-se em reles terceira instância, com a única serventia de alongar o curso dos processos e dificultar ainda mais a prestação jurisdicional.

Intoxicado pelos vícios do processualismo e fragilizado pela ineficácia de suas decisões, o Tribunal mergulha em direção a essa última hipótese.

Para fugir a tão aviltante destino, o STJ adotou a denominada “jurisprudência defensiva” consistente na criação de entraves e pre-

textos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhes são dirigidos.

Nunes (2010, p. 74) pontua que:

O congestionamento dos tribunais tem ensejado a adoção de um grande número de medidas de restrição de acesso, sendo a grande maioria realizada sem respeitar as bases processuais constitucionais necessárias, que imporiam a busca de uma eficiência sem desprezitar as garantias processuais constitucionais que asseguram a legitimidade da formação da decisão em uma renovada concepção do Estado Constitucional.

Na vigência do CPC/73, muitas dessas interpretações restritivas foram utilizadas pelos tribunais, fulminando-se milhares de recursos.

Diante desse panorama, vejamos as reiteradas situações, elencadas pela doutrina, que demonstram interpretação restritiva das hipóteses de cabimento dos recursos e ações de competência originária das Cortes Superiores.

No STJ, por exemplo, não havia a possibilidade de se regularizar a representação processual quando o vício era detectado (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.028.866/SE, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 29.08.2017); declarava-se a intempestividade do recurso quando o carimbo do protocolo estava ilegível (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 681.360/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 13.08.2015); eventual equívoco no preenchimento/recolhimento da guia de custas conduzia automaticamente à deserção (Agravo em Recurso Especial 814.585/RS, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 12.02.2016); (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 810.393/RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 04.04.2016), entre outros.

Havia, ainda, a hipótese correspondente à aplicação dos Enunciados de Súmulas n. 07 do STJ e n. 279 do STF, que dispõem acerca da vedação ao reexame de fatos e provas. A princípio, cabe ressaltar que são incontáveis os precedentes no sentido de que um dos mais recorrentes fatores para que seja negado o seguimento aos recursos especial

ou extraordinário é justamente a invocação do reexame fático-probatório, o que evidencia a correta aplicação dos referidos enunciados de súmulas. Entretanto, há situações de latente injustiça, uma vez que no âmbito dos tribunais estaduais e regionais, os enunciados de súmulas eram utilizadas pelos presidentes de maneira a negar seguimento aos recursos especial e extraordinário, contrariando a redação do art. 542, § 1º, do CPC/73, que atribuía aos tribunais *a quo* apenas a função de verificar a presença dos pressupostos gerais de admissibilidade dos recursos, sem adentrar ao mérito recursal.

Conforme demonstrado, a jurisprudência defensiva é uma das medidas que os tribunais adotaram como mecanismo para desafogar o amplo arquivo de processos a julgar, haja vista que muitos recursos que chegam a esses tribunais não são, de fato, dotados da necessária relevância para fins de uniformização jurisprudencial, tampouco possuem teses jurídicas com o condão de se multiplicar e impactar na sistemática dos repetitivos, de maneira a afetar um número maior de jurisdicionados.

Em contrapartida, criar óbices estritamente formais, além de ofensa ao acesso à justiça, impede, muitas vezes, que as Cortes se deparem com casos concretos cuja tese pode ser interpretada e por elas fixada, contribuindo em maior escala para a pacificação de conflitos e desafogando, de fato, o seu acervo.

Dentro desse cenário, o Projeto do Novo CPC, a princípio, apresentou-se como solução inicial à referida problemática, o que se destacou na exposição de motivos:

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize (Senado Federal, 2015, p. 27).

Conforme ressaltou Monteiro (2012, p. 267), o projeto do NCPC contribuiria em muito para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional,

à medida que, a partir da valorização das decisões paradigmáticas, estaria pondo fim à chamada jurisprudência defensiva.

Com fim de combater a referida prática, algumas medidas apresentadas dizem respeito à possibilidade de regularização da representação processual junto aos Tribunais Superiores, como contraponto ao Enunciado de Súmula 115 do STJ, bem como a admissão de que a falta de peça obrigatória no agravo de instrumento não implicará a inadmissibilidade do recurso se o recorrente, intimado, vier a supri-la no prazo aventado, conforme previsões dos artigos 76 e 970, § 3º, do NCPC, respectivamente.

Houve, pelo legislador, a preocupação com o exagerado destaque que vinha sendo dado aos aspectos formais dos recursos, em detrimento do mérito. Entretanto, decisões como a proferida pelo STJ, na Reclamação n. 31.637, levantam o questionamento se, mesmo após as mudanças trazidas pelo código, ainda estariam presentes resquícios da jurisprudência defensiva.

A Primeira Seção do STJ, em decisão proferida na Reclamação n. 31.637, entendeu não ser cabível a Reclamação constitucional para fazer prevalecer a autoridade do julgamento entre partes diversas das pertencentes à decisão proferida em sede de julgamento de recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, ainda que após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Esse entendimento tem por base a mencionada supressão, realizada pela Lei 13.256/2016, da hipótese de cabimento da reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos.

Segundo o entendimento firmado, a reclamação que tenha por finalidade fazer valer acórdão proferido no julgamento de recurso especial repetitivo só pode ser proposta por aqueles que eram partes no recurso especial em questão, com a finalidade de garantir a autoridade das decisões do tribunal, desta forma, incidindo na hipótese do art. 988, II, do NCPC. A Primeira Seção ressalta que os casos de cabimento da Reclamação estão restritos ao artigo 108, I, “f”, da Constituição Federal, bem como ao *caput* do artigo 988, do NCPC, cabendo ao § 5º do artigo 988 do NCPC somente acrescentar exigências para que, desde que nas hipóteses previstas no *caput*, seja possível o manejo da ação.

Por outro lado, cabe destacar que, nos casos de inobservância de decisão proferida em recurso especial não submetido ao rito dos repetitivos, é cabível a reclamação de imediato, ou seja, uma decisão proferida em recurso especial não repetitivo e na qual é desobedecida sua autoridade, poderá ser ajuizada reclamação diretamente no STJ; entretanto, tratando-se de recurso repetitivo, há necessidade da interposição de recurso para o tribunal local, bem como do esgotamento dos demais recursos em sede do tribunal, interpretação que, em primeira análise, vai de encontro ao que se objetiva com o instituto da reclamação e com o microsistema de padrões decisórios.

Ao contrário do que afirma a decisão, não há qualquer óbice à interpretação de que a hipótese do art. 988, § 5º, II, do CPC, não traz uma nova hipótese de cabimento de reclamação. Evidente que o propósito da Lei 13.256/2016 foi o de diminuir a quantidade de processos nos tribunais superiores e, no caso da reclamação, veio com a diminuição das hipóteses em que ela pode ser ajuizada diretamente no tribunal competente.

Na redação originária do NCPC, não aplicado um precedente advindo de recurso especial repetitivo por um juiz de primeiro grau, a parte poderia ajuizar diretamente a reclamação no próprio STJ. A alteração promovida pela Lei 13.256/2016 teve apenas o propósito de dificultar a utilização da reclamação, exigindo o prévio esgotamento das instâncias ordinárias, impedindo que fosse utilizada a reclamação de forma direta.

A diferença, portanto, entre o cabimento da reclamação para o controle da aplicação da tese jurídica no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e nos recursos repetitivos está tão apenas no requisito de admissibilidade: apenas no segundo caso é que se exige o prévio esgotamento das instâncias ordinárias.

Nesse sentido, a decisão da Primeira Turma do STF (BRASIL, 2018):

Ao prever o uso da reclamação com o propósito de submeter diretamente ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL o questionamento sobre a incorreta aplicação da sistemática da repercussão geral pelas instâncias ordinárias, o legislador estabeleceu duas restrições: (a) o objeto deve ser, única e exclusivamente, a observância de acórdão de recurso extraordinário com REPERCUSSÃO GE-

RAL RECONHECIDA ou de acórdão proferido em julgamento de RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPETITIVO e (b) a propositura deve situar-se após o esgotamento das instâncias ordinárias e antes do trânsito em julgado da decisão reclamada. (Rcl 29.915-AgR, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 12/6/2018).

Ainda, para importante parcela da doutrina, é permitido às partes ajuizar reclamação a partir do momento em que é possível a interposição dos recursos extraordinário e especial. Essa corrente é defendida por Macêdo (2017, p. 525), Alvim (2016, p. 564) e Streck (2016, p. 1.305).

A interpretação trazida no julgamento da Reclamação n. 31.637, embora revele compreensível preocupação em desestimular o abuso no manejo da reclamação perante os tribunais superiores, não guarda coerência com o ordenamento legal vigente e o espírito que moveu o legislador.

Câmara (2018, p. 08, grifo do autor) pontua que:

A denominação *padrões decisórios* não foi escolhida ao acaso. Ela é expressamente empregada na redação do § 5º do art. 966 do Código de Processo Civil de 2015 e designa, genericamente, tanto alguns precedentes como os enunciados de súmula. Assim, são *padrões decisórios vinculantes* os precedentes e os enunciados de súmula que formalmente receberam, por imputação legal, eficácia vinculativa.

Como corte superior, o STJ desempenha função sistêmica na ordem jurídica nacional. Tutela de modo direto e imediato a coerência do sistema jurídico, resolvendo, no caminho, o litígio específico que suscita a questão federal.

Como ressaltou Beneti (BRASIL, 2014, p. 221):

[...] deve, o STJ, realizar a depuração, mediante confronto dos julgados que se proferem em todo o País pelos diversos juízos e tribunais estaduais e federais para, em operação de abstração, ao exame de precedentes individuais, realizar a extração do sentido essencial da interpretação dos textos das leis infraconstitucionais.

Zaneti Jr. (2015, p. 311) ressalta a importância dos precedentes firmados pelas cortes de vértice, que devem ser respeitados pelos tribunais e juízes de primeiro grau:

Isso quer dizer duas coisas: primeiro, que são as Cortes Supremas os principais destinatários de uma teoria dos precedentes por serem cortes de vértice e delas depender a uniformidade da interpretação do direito; segundo, porque também as Cortes Supremas devem ser vinculadas aos próprios precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual.

O STJ, portanto, deve exercer seu papel uniformizador na sistemática dos repetitivos; todavia, ao dar interpretação de maneira que restringe o acesso a esses importantes instrumentos, acaba por criar óbices ao efetivo alcance do que buscou o legislador ao valorizar os precedentes e trazer mecanismos que assegurem a sua aplicação.

Em consonância com o objetivo da previsão legislativa, a Reclamação nº 34.219/SP, julgada pela Primeira Seção do STJ, foi unânime no sentido de provimento, para fazer valer o entendimento firmado em repetitivo. No caso, a autora buscou demonstrar que a 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu de forma contrária à tese firmada em sede de recursos repetitivos.

Recente decisão proferida pela ministra Nancy Andrichi, em sede da Reclamação n. 36.476/SP, entretanto, enfatizou o posicionamento do STJ quanto ao não cabimento de reclamação voltada ao controle da aplicação dos temas repetitivos e de repercussão geral.

Para a ministra, a reclamação constitucional não trata de instrumento adequado para o controle de aplicação dos entendimentos firmados pelo STJ em repetitivos, sendo este controle próprio do sistema recursal. Por outro lado, a ministra Nancy Andrichi, no RESP 1.696.396, em sede de recurso repetitivo, tem sido uma defensora árdua da mitigação do rol taxativo para cabimento do agravo de instrumento no NCPC, o que apresenta uma incongruência externa do STJ, quando, ao se posicionar, para as hipóteses de cabimento da Reclamação, de maneira conservadora, dá tratamento diferenciado a mecanismos similares que se prestam a mesma

finalidade, qual seja, conferir maior impacto às decisões que proporcionam ao STJ agir enquanto corte paradigmática, o que deixa evidente a prática de jurisprudência defensiva.

GAJARDONI, DELLORE, ROQUE e OLIVEIRA JUNIOR (2017, p. 904) reforçam a intenção do novel legislador ao trazer a hipótese do inciso II, do § 5º, do artigo 988 do NCPC:

Por vias transversas, para dizer pouco, o inciso II do § 5º do art. 988 estabeleceu outra hipótese de cabimento da reclamação, a qual deveria propriamente compor um dos incisos da cabeça do próprio art. 988. De fato, inicialmente boa parte do referido inciso II do § 5º compunha a hipótese prevista no então inciso IV do *caput* do art. 988, posteriormente alterado pela Lei 13.256/2016. Águas passadas, o fato é que cabe a utilização da reclamação contra acórdão proferido em recursos extraordinários com repercussão geral ou nos recursos especiais ou extraordinários repetitivos, desde que esgotadas as instâncias ordinárias. Primeira observação a ser feita é a necessidade de que exista acórdão proferido em tais recursos, pelo que decisões monocráticas não são suscetíveis de servirem de paradigma para a reclamação. Noutra perspectiva, exige-se o esgotamento das instâncias ordinárias, a fim de se abrir a oportunidade para a utilização da reclamação. Esgotamento das instâncias ordinárias se tem pela superação da primeira e segunda instância, nas quais o debate das questões jurídicas se dá amplamente, sem limitações à cognição das questões de fato próprias às instâncias extraordinárias (Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal). Provavelmente se apostou na capacidade orgânica do Poder Judiciário resolver o descumprimento no âmbito recursal propriamente dito. Assim, exaurida a atividade das instâncias ordinárias (com o julgamento do agravo de instrumento ou da apelação e os respectivos embargos declaratórios), viável será a utilização da reclamação para fazer prevalecer o acórdão proferido em sede de recursos extraordinários com repercussão geral ou nos recursos especiais ou extraordinários repetitivos. A depender do caso a parte poderá interpor contra o acórdão do tribunal de origem os recursos especiais e extraordinários (art. 1.029), bem como a reclamação (art. 988, § 5º, II, do CPC).

Dessa forma, quando deveria utilizar a aplicação de decisões paradigmáticas com o fim de reduzir o grande fluxo de processos que lhe são apresentados, o STJ implementa medidas ao arrepio da perspectiva do NCPC, da segurança jurídica e de outras garantias fundamentais, utilizando-se da jurisprudência defensiva, mesmo após as mudanças estruturais trazidas pelo NCPC para evitar a referida prática, sobretudo as normas fundamentais em que se mencionam o princípio da cooperação e da primazia do mérito.

Conclusão

À medida em que cresce a busca por resposta jurisdicional, deve o Estado criar mecanismos para que seja possível atendê-la, observando-se os princípios do devido processo legal e da duração razoável do processo.

O ordenamento jurídico pátrio vem, nos últimos anos, apresentando maior valorização aos precedentes, de maneira a solucionar demandas similares em maior escala. Há que se ter em mente que as tentativas de aprimorar o sistema devem ser formuladas à luz dos direitos e garantias fundamentais, ensejando-se reforma democrática e eficiente, de maneira que possa conferir celeridade na tramitação.

Ao tempo em que buscam mecanismos eficazes para aliviar seus acervos, os Tribunais superiores utilizam-se de requisitos formais que obstem o acesso a essas Cortes, em claro prejuízo ao mérito recursal. Esses requisitos, por vezes, carecem de amparo legal, ensejando a recorrente prática denominada jurisprudência defensiva.

Para combater essa prática, o NCPC trouxe diversas medidas de fortalecimento das decisões paradigmáticas e da primazia do mérito, com vistas ao princípio da cooperação e da segurança jurídica.

Como analisado a partir das decisões proferidas pela Primeira Seção do STJ (Reclamação n. 31.637) e pela Segunda Seção do STJ (Reclamação n. 36.476), é a jurisprudência defensiva que tem prevalecido. No STJ, ao exercer seu papel de corte de vértice da legislação federal, utiliza-se de critérios formais para obstar o acesso a um mecanismo previsto expressamente no referido Código, no caso, a reclamação em recursos especiais repetitivos, mas, em incongruência externa, adotou-se a perspectiva da taxatividade mitigada quanto ao cabimento do agravo por instrumento, em evidente ponderação lastreada pela jurisprudência defensiva.

O que se vê, apesar das extensas tentativas, é a impotência do NCPC de conter o fenômeno da jurisprudência defensiva, em prestígio do neoliberalismo processual e em detrimento à primazia do mérito e à cooperação processual.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina**: edição comemorativa, 25 anos / Superior Tribunal de Justiça. -- Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

_____. Código de Processo Civil (2015). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. p. 1.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Reclamação nº 32.171/PR**. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJe: 10/08/2016. **STJ**, 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201601987382&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> . Acesso em: 24 jul. 2019.

_____. Reclamação : Rcl nº 34219 / SP (2017/0142043-5). Relator: Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. DJe: 02/04/2019. **STJ**, 2019. Disponível em : <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701420435&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> . Acesso em: 24 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação n. 24.385**. Relator: Celso de Mello. Segunda Turma. DJ. 18 set. 2017; **Agravo Regimental na Reclamação n. 27.713**. Relator: Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. DJ 19 out. 2017; **Agravo Regimental na Reclamação n. 25.345**. Relator: Rosa Weber. Primeira Turma. DJ. 17 nov. 2017.

_____. Decisão Monocrática da Ministra Rosa Weber na Reclamação 24.259/SP. DJe 22/06/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309772874&tipoApp=.pdf>> . Acesso em: 24 jul. 2019.

_____. Acórdão do Agravo Regimental na Reclamação 29.915 São Paulo. Relator: Min. Alexandre De Moraes. DJe 25/052018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14992695>>. Acesso em: 28 de jul. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Execução e recursos**: comentários ao CPC de 2015. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 2. ed., rev., at., ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O papel da jurisprudência e os incidentes de uniformização no Projeto do novo Código de Processo Civil. In: ROSSI e coords. **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MONTEIRO, André Luís. Duas providências do Projeto do Novo Código de Processo Civil para o fim da chamada jurisprudência defensiva: uma evolução rumo ao pleno acesso À Justiça. **Revista de Processo**, ano 37, vol. 204, São Paulo: RT, fevereiro/2012, p 267.

NETTO, José Manoel Arruda Alvim. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. In: **STJ 10 anos**: a obra comemorativa 1989-1999. Brasília: STJ, 1999.

NUNES, Dirlei; BAHIA, Alexandre. **Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina**: Alguns Apontamentos. Revista de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, p.61-96, jul/dez.2010.

SENADO FEDERAL. **Código de processo civil e normas correlatas**. – 7. ed. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

STRECK, Lenio. Comentários ao art. 988 e 989 do CPC. In: STRECK, Lenio; DIERLE, Nunes; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Quatorze de Agosto - Poesia do ministro Humberto Gomes de Barros. Portal Migalhas, ago. 2010. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI115242,41046-Quatorze+de+Agosto+Poesia+do+ministro+Humberto+Gomes+de+Barros>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por Artigo, de acordo com a Lei nº 13.256/2016**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3.ed., rev., at., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ATIVISMO JUDICIAL: DECISÃO DOS RECURSOS REPETITIVOS RESP 1.704.520 E RESP 1.696.396 EM QUE MITIGOU A TAXATIVIDADE DO ROL DE APLICAÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ART. 1.015 DO CPC

João Vitor Teixeira Leite Medeiros

1– Introdução

Primeiramente, necessário salientar que, através deste artigo, será analisado os limites do ativismo judicial na decisão do STJ que mitigou a taxatividade do art. 1.015 do CPC/15. Assim sendo, se analisará dos votos dos Ministros no REsp nº 1.704.520.

Verifica-se que reflexões iniciais sobre o tema surgiram em 1803 no caso *Marbury vs. Madison*, disputa judicial em que o Poder Judiciário americano declarou inconstitucionalidade de Lei Federal, configurando, portanto, um exemplo de controle difuso de constitucionalidade. De maneira resumida, estes foram os primeiros relatos de um judiciário ativo no sentido de reconfiguração do ordenamento jurídico.

Contudo, o termo ativismo judicial somente surgiu em 1947, também nos Estados Unidos, através do historiador e político Arthur Schlesinger Jr. que redigiu uma reportagem sobre a Suprema Corte Norte America-

na. Para ele, ativismo judicial configura-se na situação em que o juiz se vê obrigado a interpretar a Constituição com o objetivo de garantir direitos que ela prevê.

O renomado jurista brasileiro e, atualmente, ministro do Supremo tribunal Federal, Professor Luís Roberto Barroso, apresenta a seguinte definição:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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.³⁵

Conforme extrai-se da frase acima colacionada, o ativismo judicial pode ser usado de forma ambivalente, isto é, tanto com teor progressista quanto com teor conservador. Deve ser considerado, porém, saudável até determinado ponto, sendo necessário que o ativismo judicial seja realizado de forma cuidadosa, caso contrário estaríamos (usar pessoa correta) diante de uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

2 – Uma análise da decisão do recurso repetitivo (tema 988) no REsp nº 1.704.520 e no REsp nº 1.696.396

Considera-se de extremada importância para o presente estudo realizar uma aprofundada análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede do recurso repetitivo (tema 988) no REsp nº 1.704.520 e no REsp nº 1.696.396, cuja relatora foi a Exma. Ministra Nancy Andrighi.

35 BARROSO, Luís Roberto, *Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo*, 2010, p. 06

Conforme extrai-se do sítio eletrônico do STJ, a questão submetida a julgamento no recurso repetitivo 988 foi a seguinte:

Definir a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar 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.³⁶

Isto posto, parte-se para a análise do voto da Ministra Nancy Andri-ghi.

2.1– Análise do voto da Ministra e relatora Nancy Andri-ghi

A Ministra inicia seu voto realizando um traçado histórico da recorribilidade das decisões interlocutórias por meio do recurso de agravo.

Nancy colaciona em seu voto um trecho da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, mais especificamente sobre matéria recursal, *verbis*:

Aqui devem ser feitas algumas distinções que não são necessárias quando a decisão diz respeito à simples determinação dos fatos. A primeira distinção é entre as falhas de processo que afetam materialmente os direitos das partes, isto é, que pela sua natureza hajam influído realmente no julgamento proferido, e aquelas que são de uma natureza menos importante ou puramente técnica, as quais, ainda que admitidas como erros, não dão motivos razoáveis para se acreditar que tenham impedido a parte agravada de apresentar inteiramente o seu interesse ou que tenham influído sobre o juiz, ou o júri, no proferir suas decisões. Manifestamente, nos argumentos em favor da permissão de uma reforma da decisão, no caso de erros da primeira categoria, são mais fortes que no caso dos da segunda. Permitir os recursos em todos os casos em que se alegue estar errado o julgamento com relação à aplicação de regras, sejam ou

36 http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp

não tais erros de natureza a se supôr que tenham afetado o julgamento, acarretará males desproporcionados aos benefícios que se podem verificar em casos relativamente raros. Abre a porta ao uso do direito de recorrer simplesmente com propósitos protelatórios, e aumenta as despesas do pleito, o que tudo trabalha em desfavor da parte fraca.³⁷

Verifica-se que, ao elaborar o CPC/39, o legislador possuía a mesma intenção do legislador que elaborou o CPC/15, restringir, através da taxação das hipóteses de interposição de Agravo de Instrumento, a quantidade deste recurso que atinge o tribunal.

Assim como no nosso atual Código de Processo Civil, o objetivo do CPC/39 era permitir a recorribilidade imediata das decisões que, conforme a Ministra Nancy Andrighi propõe em seu voto “pudessem comprometer a higidez do pronunciamento de mérito”³⁸. Assim sendo, o legislador da época instituiu um elenco pretensamente exaustivo, porém com diversas falhas e lacunas.

Ainda em comparação com o CPC/15, haviam falhas no CPC/39 que não permitiam que decisões causadoras de prejuízos às partes fossem recorridas imediatamente. Ocorre, em nossa legislação atual, que algumas decisões que requerem, dada a urgência, recorribilidade imediata, somente podem ser impugnadas através do recurso de Apelação.

Importante citar a jurista Teresa Arruda Alvim que fez uma análise do funcionamento do sistema recursal do CPC/39:

Como se viu na exposição precedente, no Código de Processo Civil revogado, o recurso de agravo de instrumento ou no auto do processo tinha cabimento desde que houvesse previsão expressa a respeito. Inúmeras outras decisões, que podiam ter como efeito dano irreparável, ou de difícilíssima reparação, ao direito das partes ou influenciar o teor da sentença final, ficavam, teoricamente, imunes a ataques recursais. **Foi precisamente esta circunstância que fez com que os advogados acabassem por se valer de**

37 Exposição de motivos do CPC/39 citada no voto da Ministra Nancy Andrighi no Resp. 1.704.520, p. 22

38 ANDRIGHI, Nancy, REsp 1.704.520, 2018, p. 22

outros meios, que não recursais, com o fito de tentar modificar estas decisões. Estes sucedâneos recursais eram o pedido de reconsideração, a correção parcial ou a reclamação, o conflito de competência, a ação rescisória e o mandado de segurança.³⁹

Teresa Arruda Alvim mencionou exatamente o que tem ocorrido nos dias atuais: impetração de sucedâneos recursais em razão da ineficiência do sistema recursal previsto no CPC/15. Por exemplo: o juízo profere uma decisão interlocutória que não há previsão de recorribilidade através de Agravo de Instrumento, somente em sede de recurso de Apelação. Acreditando haver a necessidade de impugnação imediata desta decisão interlocutória, a parte prejudicada decide impetrar um Mandado de Segurança com esse fim, visto que o combate a tal decisão através de Agravo de Instrumento não é previsto pelo Código de Processo Civil vigente.

Em ato contínuo, o legislador enxergou essa deficiência no sistema recursal instituído pelo CPC/39 e, já na exposição de motivos do CPC/73, propôs um modelo de impugnação diferente do código da década de 30. Segue trecho:

Os recursos de agravo de instrumento e no auto do processo (arts. 842 e 851) se fundam num critério meramente casuístico, que não exaure a totalidade dos casos que se apresentam na vida cotidiana dos tribunais. Daí a razão por que o dinamismo da vida judiciária teve de suprir as lacunas da ordem jurídica positiva, concedendo dois sucedâneos de recurso, a saber, a correção parcial e o mandado de segurança. A experiência demonstrou que esses dois remédios foram úteis corrigindo injustiças ou ilegalidades flagrantes, mas representavam uma grave deformação no sistema, pelo uso de expedientes estranhos ao quadro de recursos.⁴⁰

39 ALVIM, Teresa Arruda. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 81

40 Exposição de motivos do CPC/73 citada no voto da Ministra Nancy Andrighi no Resp. 1.704.520, p. 24

No Código de Processo Civil de 1973, em sua formatação original, a previsão era de que o recurso de Agravo de Instrumento caberia por exclusão, em outras palavras, caso não fosse despacho – manifestação irrecorrível do juízo – ou sentença – recorrível por meio de apelação – o recurso adequado seria o Agravo de Instrumento. Desta maneira, ao revés do CPC/15, o CPC/73 instituiu que toda decisão interlocutória proferida pelo juízo seria passível de impugnação através do recurso de Agravo de Instrumento.

Todavia, no ano de 2005, as hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento sofreram uma reforma. Tornou-se regra a modalidade retida e excepcional a modalidade instrumental, sendo está cabível somente na hipótese de a decisão impugnada for capaz de causar lesão grave e de difícil reparação.

Necessário mencionar a justificativa do projeto de Lei nº 4.727-A de 2004, que deu origem à Lei nº 11.187/2005. Segue trecho:

Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.⁴¹

Possível antever, através do trecho acima colacionado, os caminhos que o legislador estava trilhando. Objetivando conferir celeridade à prestação jurisdicional, já no CPC/73 excepcionou o cabimento do Agravo de Instrumento, chegando ao ponto de, no Código de Processo Civil de 2015, retomar o dinamismo do CPC/39 e taxar as hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento.

No momento de elaboração do anteprojeto do CPC/15, as hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento eram extremamente escassas, sendo possível somente nos seguintes casos:

1. Tutelas provisórias;
2. Interlocutórias de mérito;
3. Proferidas na execução ou no cumprimento de sentença;
4. Demais casos previstos expressamente em lei e no próprio código.

41 Justificativa do projeto de Lei nº 4.727-A, 2004

Ocorreu, na época de elaboração do anteprojeto, um conflito entre a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Quando em trâmite na Câmara, o relator-geral, por meio do PLC 8.046/2010, consolidou uma redação em que previa a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento para impugnar decisões que versavam sobre indeferimento de prova pericial e sobre competência.

Contudo, o Senado Federal elaborou o parecer n° 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rêgo, que afirmou o que segue:

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 a 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.⁴²

O Senador entendeu que o Código de Processo Civil de 2015 deveria ser pautado na diretriz de prestígio ao recurso único. Assim sendo, defendeu a rejeição do PLC 8.046/2010, visto que o acréscimo das hipóteses já mencionadas causaria danos a tal diretriz. Frisa-se que a versão final do

42 Senador Vital do Rêgo, Parecer n° 956 de 2014.

CPC/15 não abarcou as hipóteses de impugnação por meio de Agravo de Instrumento de decisões de indeferimento de prova pericial e que versavam sobre competência.

Reconhecendo essa instabilidade e controvérsia na jurisprudência e doutrina, a Ministra mencionou 3 (três) posições possíveis diante do caso em comento, quais sejam:

- 1.O rol é absolutamente taxativo e deve ser interpretado restritivamente;
- 2.O rol é taxativo, mas comporta interpretações extensivas ou analogia;
- 3.O rol é exemplificativo.

Dando continuidade ao voto, passa a analisar cada uma dessas posições. A ministra inicia esta parte afirmando o que se vem repisando neste artigo: houve uma consciente opção legislativa pela taxação das hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento. Além do mais, ressalta o importante ponto de que as partes poderiam ser negativamente surpreendidas no caso de não terem recorrido imediatamente e depositarem sua confiança na taxatividade do 1.015 do CPC/15 e esta fosse mitigada.

Relembra, ainda, o momento em que o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu que o rol do art. 1.015 era taxativo, não sendo possível realizar a interpretação extensiva.

Há ainda uma segunda corrente doutrinária que defende uma interpretação extensiva das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento presentes no art. 1.015 do CPC/15. Adeptos desse pensamento creem que a taxatividade instituída pelo legislador é insuficiente para amparar todos os acontecimentos que por ventura possam ocorrer durante o trâmite do processo de conhecimento na esfera cível.

Em outras palavras, defendem que a interpretação deve ir além da literalidade gramatical e que hipóteses semelhantes àquelas previstas no rol do art. 1.015 devem desafiar o recurso de Agravo de Instrumento.

Essa parte da doutrina defende que, caso a interpretação não seja realizada de forma extensiva ou analógica, estaríamos diante do risco de retomada de uso de sucedâneos recursais, ou seja, as partes prejudicadas por uma decisão interlocutória não impugnável por Agravo de Instrumento

fariam o uso de Mandado de Segurança, por exemplo, para terem a oportunidade de reverterem esta decisão.⁴³

Nancy ressalta o importante fato de que esse segundo posicionamento é o defendido pela maioria das entidades que ingressas nesse processo como *amici curiae*, tendo ao lado dessa corrente a Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, a União e a Defensoria Pública da União e, embora não seja *amicus curiae*, o Ministério Público da União.

Há, contudo, um problema inerente a esta posição, qual seja, o limite seguro que deverão ser respeitados na interpretação de cada conceito presente nos incisos. Adotando-se esta posição, a criação de hipóteses analógicas ficaria solta e afastaria toda e qualquer segurança jurídica no tocante às possibilidades de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento.

Há, por último, a corrente doutrinária mais radical que defende a característica exemplificativa do rol do art. 1.015 do CPC/15. Creem que, em algumas situações, a demanda por recorribilidade é imediata, não podendo esperar o momento da apelação para serem julgadas e, muito embora tais hipóteses não estejam previstas objetivamente pelo rol, devem ser objeto de impugnação sem tardar.

Acreditam que, em determinados casos, não é possível esperar que uma decisão interlocutória seja julgada somente em sede do recurso de Apelação. Possível trazer como exemplo disto uma conjuntura em que o juízo de primeiro grau indefere um pleito de prova pericial em um prédio que está na eminência de ser demolido.⁴⁴ Nesta hipótese não abarcada pelo rol do art. 1.015, as duas correntes anteriores defenderiam que somente poderia impugnar tal decisão que indeferira a prova pericial em preliminar de apelação, contudo a corrente ora exposta crê na possibilidade de recorribilidade imediata através de Agravo de Instrumento, visto que, de acordo com eles, o rol é meramente exemplificativo e a espera até ser julgada a apelação seria em vão, visto que o prédio seria demolido e o requerimento da prova perderia seu objeto.

43 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 248/251

44 FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias in Revista de Processo nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017, p. 193/203

A Ministra menciona o jurista José Rogério Cruz e Tucci que defende que, mesmo não previstas no rol do art. 1.015 do CPC/15, questões de ordem pública, que determinam a extinção do processo e sobre nulidade absoluta devem ser objeto de impugnação imediata por meio de Agravo de Instrumento, sob pena de ofensa ao princípio da razoável duração do processo e ao devido processo legal.⁴⁵

Em ato contínuo, a Ministra e relatora passa a estabelecer os limites de interpretação do texto constante no Código de Processo Civil de 2015, afirmando que deve respeitar o texto constitucional, devendo esta ser a base de validade do sistema processual brasileiro.

Além do mais, elogia o legislador por adicionar ao Código de Processo Civil de 2015, no capítulo I do título único do livro I do CPC/15, as chamadas Normas Fundamentais do Processo Civil. Esse conjunto de diretrizes, assim denominado por ela, é dispensável para a compreensão do sistema processual, porém repisa as normas fundamentais pelas quais os dispositivos constates do CPC/15 devem ser interpretados.

A Ministra declara ser inafastável a conclusão de que o legislador objetivou a restrição das hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento, visto que a própria exposição de motivos do anteprojeto do CPC e as manifestações dos membros do Senado federal e do Congresso Nacional durante o trâmite do projeto de lei demonstravam essa intenção.

Nesse ponto, já sabendo da decisão tomada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pela mitigação da taxatividade do rol presente no art. 1.015 do CPC/15, possível tecer uma crítica quando ao ferimento causado ao princípio – já abordado no ora artigo – da separação dos poderes. A própria Ministra reconhece o objetivo do legislador ao taxar as hipóteses de cabimento de Agravo de Instrumento, mas se vê na posição de ir contrariamente às disposições constitucionais e votar pela mitigação da taxatividade presente no artigo supracitado.

Ao votar nesse sentido, a Ministra relega a um segundo plano e diminui, ao extremo, a importância do processo legislativo e do devido processo legal.

Nancy Andrichi leva a seu voto o direito de ação, citando Fredie Didier Jr.:

45 TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento in Portal Consultor Jurídico, 18/07/2017

Instaurado o processo (após o exercício do direito de ação), surgem novas situações jurídicas (situações jurídicas processuais). Algumas dessas situações jurídicas compõem o conteúdo do direito de ação. O direito à tutela jurisdicional, o direito a um procedimento adequado, o direito a técnicas processuais adequadas para efetivar o direito afirmado, o direito à prova e o direito de recorrer são corolários do exercício do direito de ação. Todos são situações jurídicas que compõem o conteúdo eficaz do direito de ação.⁴⁶

Conforme extrai-se do trecho acima colacionado, o direito de ação não se completa simplesmente com a propositura da ação, ele é também engloba o direito a técnicas processuais adequadas para fazer valer o direito afirmado pelas partes, o direito de recorrer, o direito à prova. Porém, ao decidir pela expansão das possibilidades de cabimento de Agravo de Instrumento, Nancy confere maior importância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, que engloba o exercício do direito de ação, em detrimento do princípio da separação dos poderes e do devido processo legal legislativo. Conforme se desenvolve o voto da relatora, percebe-se claramente sua opção de expansão do rol do art. 105 do CPC/15.

Nancy não adota nenhuma das 3 (três) posições anteriormente explicitadas, visto que defende que a taxatividade absoluta não abarca todas as situações existentes durante a fase de conhecimento em um processo cível, a interpretação extensiva não estabelece parâmetros seguros para a interpretação de cada conceito e, por último, o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo contrariaria de maneira descabida o desejo do legislador de limitar as hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento.

Assim sendo, defende a tese de que a urgência é requisito imprescindível para a recorribilidade imediata da decisão interlocutória, requisito este que, caso existente no caso concreto, gera a inutilidade de exame da impugnação em preliminar de apelação.

Para tanto, a Ministra cita o Parecer n° 956 de 2014 do Senador Vital do Rego em que afirma que o Agravo de Instrumento é cabível em “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual

46 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 17ª edição. Bahia: Jus Podivm, 2015, p. 285

recurso de apelação”. Ao ratificar esse trecho do parecer do Senador, a Ministra está legislando e, por conseguinte, extrapolando as competências do Poder Judiciário.

Uma vez delineada toda a argumentação da Ministra e relatora Nancy Andrichi, fixou, na conclusão, a seguinte tese jurídica:

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.⁴⁷

Ainda, modulou os efeitos da decisão nos seguintes termos:

A tese jurídica somente se aplicará às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.⁴⁸

Objetivando o não prejuízo dos litigantes que deixaram de recorrer, por meio de Agravo de Instrumento, de alguma decisão interlocutória, a Ministra sugeriu a modulação dos efeitos da decisão do Recurso Repetitivo com efeito *ex nunc*.

2.2 – Análise do voto do Ministro Og Fernandes

Dando continuidade ao presente artigo, mister realizar uma análise de um voto divergente da relatora do caso, Ministra Nancy Andrichi. Nesse sentido, passa-se à análise do voto do Ministro Og Fernandes, haja vista a robustez da fundamentação.

Ao abordar o a tese fixada pela relatora, Og afirma que o requisito da urgência, por ela condicionado, não foi levantado pelo legislador e vai muito além do que a própria doutrina defendia.

Em ato contínuo, Og Fernandes repisa o argumento de que a vontade legislativa foi de taxar o rol de hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento, não podendo o Poder Judiciário julgar conforme sua crença e entendimento, passando, portanto, por cima da vontade do Poder Legis-

47 Voto da Ministra Nancy Andrichi no Resp. 1.704.520, p. 22

48 Voto da Ministra Nancy Andrichi no Resp. 1.704.520, p. 22

lativo, este eleito democraticamente pela população brasileira. Veja-se que o Ministro reconhece o princípio da separação dos poderes e dá azo a ele.

Afirma, em sequência, que a prática será capaz de demonstrar a ineficiência ou não do rol disposto no art. 1.015 do CPC/15. Sendo constatada tal deficiência, caberá ao Poder Legislativo, através de do devido processo legal legislativo, alterar a lei conforme os anseios e necessidades da sociedade.

O Ministro também aborda o tema da preclusão e do recurso cabível para impugnar uma decisão interlocutória.

Og traz a seguinte questão: o juiz profere uma decisão interlocutória que a parte prejudicada não considere que a impugnação preencha o requisito da urgência, portanto decide por impugnar em preliminar de apelação. Contudo, se o tribunal, ao analisar a apelação, entender que a urgência era contemporânea ao momento de proferimento da decisão, poderia o tribunal declarar preclusão da decisão por considerar que a parte prejudicada deveria ter interposto Agravo de Instrumento?

No meu entender, o tribunal não poderia declarar essa preclusão, visto que isso causaria uma enorme insegurança jurídica. Caso o tribunal tivesse esse poder, as partes prejudicadas por uma decisão interlocutória sempre interporiam o recurso de Agravo de Instrumento, temendo que, caso não o fizessem, o tribunal poderia declarar preclusão.

Contudo, ele rebate esse entendimento afirmando que, caso o tribunal não detenha o poder supramencionado, a possibilidade de decidir com qual recurso impugnar a decisão interlocutória e a sua preclusão ficaria nas mãos da parte prejudicada pela decisão interlocutória, situação que não poderia ser aceita.

Além do mais, constata-se insegurança jurídica através da ótica da parte beneficiada pela decisão interlocutória, visto que, caso o teor da decisão não estivesse expressamente disposto no rol do art. 1.015 do CPC/15, não saberia se haveria preclusão após o prazo legal de interposição de Agravo de Instrumento ou após interposta a Apelação.

O Ministro aborda um tema extremamente debatido, qual seja, o uso do mandado de segurança como sucedâneo recursal. Neste trecho, afirma concordar com as desvantagens, elencadas pela Ministra e relatora Nancy Andrighi, em fazer o uso do Mandado de Segurança para se impugnar decisões interlocutórias não passíveis de serem atacadas por meio de Agravo de Instrumento. Discorda, porém, da conclusão atingida por ela.

Menciona que caberia aos tribunais negar admissibilidade àqueles Mandados de Segurança que possuem o objetivo de discutir teor de decisão interlocutória. Traz, para isso, a Súmula 267 do Supremo tribunal Federal: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”⁴⁹.

Desta maneira, os tribunais que receberem os Mandados de Segurança travestidos de recurso de Agravo de Instrumento devem negar sua admissibilidade com base na súmula acima colacionada, visto que da decisão interlocutória ainda cabe impugnação no recurso de Apelação.

Diante do exposto, Og Fernandes fixou a seguinte tese em seu voto: “somente tem cabimento agravo de instrumento nas hipóteses previstas expressamente no art. 1.015 do CPC e em outros casos expressamente referidos em lei”⁵⁰. Posição diametralmente oposta a da relatora Nancy Andrichi.

3 – Conclusão

Foram dois Recursos Especiais afetados como Recurso repetitivo, quais sejam, REsp 1.704.520 e REsp 1.696.396. O resultado do julgamento foi 7 x 5 a favor da mitigação da taxatividade presente no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, sendo adotada a tese proposta pela Ministra e relatora do caso em comentário Nancy Andrichi.

Embora grande parte da doutrina concorde que a opção adotada pelo legislador em taxar as hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento não foi a mais adequada, visto que não abarcou todos os possíveis teores de decisões interlocutórias, constitucionalmente, a mitigação da taxatividade não poderia ter ocorrido através do Poder Judiciário.

Conforme exposto neste artigo, a grande incerteza no que concerne a preclusão e nas hipóteses em que caberá o recurso de Agravo de Instrumento podem acarretar prejuízos ao jurisdicionado. Poderia até se entender pela mitigação do art. 1.015 do CPC/15, mas outras disposições do Código de Processo Civil de 2015 deveriam ser alteradas a fim de que a segurança jurídica fosse plena.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 267. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

50 FERNANDES, Og, REsp 1.704.520, 2018, p. 70

Na prática, o Poder Judiciário está adicionando uma hipótese não prevista pelo legislador e alterando a vontade deste. Com este novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a celeridade processual buscada pelo legislador poderá ser gravemente prejudicada em razão dos inúmeros Agravos de Instrumentos que as partes interporão, situação – frisa-se – não objetivada pelo legislador ao elaborar o Código de Processo Civil de 2015. Além do mais, a parte prejudicada por uma decisão interlocutória não saberá se a recorribilidade dela preenche os requisitos propostos pela Ministra e relatora Nancy Andrichi em sua tese fixada no REsp 1.704.520, quais sejam, urgência e inutilidade de se realizar a impugnação somente em sede de preliminar de apelação.

A separação dos poderes prevista em nossa Carta Magna é considerada cláusula pétrea, isto é, nem mesmo poderá ser alterada através de Emenda Constitucional, somente através da elaboração de uma nova Constituição Federal. Se sequer o Poder Legislativo através de uma constituinte derivada poderia alterar essa cláusula da nossa Carta Magna, jamais poderia o Poder Judiciário relegar a um segundo plano essa disposição constitucional que é base do Estado brasileiro e da democracia.

Isto posto, é válido que o Poder Judiciário invada a competência do Poder Legislativo sob a argumentação de que este não foi eficiente ao elaborar o rol de hipóteses de cabimento do recurso de Agravo de Instrumento previsto no art. 1.105 do CPC/15? Além, quais são os limites do Poder Judiciário legislando?

Referências

ALVIM, Teresa Arruda. Os agravos no CPC brasileiro. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ANDRIGHI, Nancy, REsp 1.704.520, 2018

BARROSO, Luís Roberto, Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 267.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 17^a edição.
Bahia: Juspodivm, 2015.

Exposição de motivos, CPC/39.

Exposição de motivos, CPC/73.

FERNANDES, Og, REsp 1.704.520, 2018.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a
ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribili-
dade de decisões interlocutórias in Revista de Processo n^o 263, São
Paulo: RT, jan. 2017.

Justificativa do projeto de Lei n^o 4.727-A, 2004.

Senador Vital do Rêgo, Parecer n^o 956 de 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação do cabimento do recurso de
agravo de instrumento in Portal Consultor Jurídico, 18/07/2017.

A COLABORAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PROCESSO DE FAMÍLIA

Valéria Julião Silva Medina

Marcelo Negri Soares

INTRODUÇÃO

Os conflitos de família são, de fato, extremamente complexos e difíceis de serem solucionados pelo Poder Judiciário, considerando as peculiaridades de cada demanda e as possíveis consequências que as decisões judiciais podem causar aos membros da família, em especial quando envolve interesses de menores ou incapazes.

Com a percepção de que a atividade adjudicatória é a menos indicada para a solução satisfatória destes conflitos, surgiram instrumentos de caráter colaborativo que se solidificaram como os mais indicados para tal desiderato.

No Brasil, apesar da cultura ser ainda pela procura, a priori, do Poder Judiciário em casos de rompimento de vínculos de conjugalidade ou parentalidade, leis recentes foram aprovadas com o intuito de incentivar o uso de medidas colaborativas para auxiliar na solução do litígio, como a mediação, e incentivos para implementação destas práticas na lei processual de 2015 etc.

Como não se pode afastar o fator cultural pela busca da decisão judicial, o que já restou mencionado, diversas práticas existentes devem ser fomentadas pelo próprio órgão judiciário, através de diálogos cooperativos

que, por certo, conduzirão a um resultado mais apropriado ao conflito, em especial na fase de produção de provas, fundamental para a sentença.

Não se pode olvidar, entretanto, que outros participantes do processo também passam a ter uma atuação fundamental nesta seara, como advogados, mediadores e outros, sempre com a função de auxiliar no diálogo e na prática de colaboração.

Diversas atividades experimentadas no Brasil e no exterior têm se mostrado eficazes para a solução das complexas causas de família, o que justifica o presente estudo. O objetivo de se focar na temática em voga é trazer à baila uma pesquisa que saia do campo exclusivamente teórico do direito, para alcançar uma perspectiva pragmática do processo, seja pela via judicial, culturalmente mais aceita no Brasil, seja pelo viés das soluções extrajudiciais que aos poucos vêm ganhando aceitação da comunidade em geral.

Neste jaez, serão apresentados, no primeiro capítulo, os fundamentos da atividade colaborativa no Brasil, em especial com o advento da nova legislação processual vigente. No segundo, haverá uma abordagem acerca da importância da prática como uma solução ideal para os processos de família, destacando que, no terceiro e último capítulo, serão demonstradas realidades exitosas em algumas delas, que se apresentam como medidas efetivas para tal desiderato.

Por fim, é mister esclarecer que se trata de uma pesquisa bibliográfica, através da utilização de método dedutivo, partindo-se de uma realidade genérica experimentada em órgãos do Poder Judiciário no Brasil e no exterior, assim como práticas fomentadas no ambiente extrajudicial, que se mostraram eficazes na solução dos conflitos familiares.

1. A COLABORAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A colaboração entre os sujeitos que participam do processo pode ser entendida como uma das vertentes do princípio constitucional do devido processo legal, que tem o condão de potencializar o contraditório conjugado com a prática da boa-fé entre os litigantes, impondo uma nova forma de condução do processo através do diálogo entre as partes e o magistrado, objetivando alcançar uma solução ‘ideal’ para o caso proposto.

O sistema processual ocidental costumava identificar apenas dois modelos de processo, o adversarial, consistente na disputa entre as partes, diante de um órgão jurisdicional passivo, que tem a função de decidir; e o inquisitorial que, ao revés, desenvolve-se a partir do órgão judicial, o grande protagonista da causa. Hodiernamente a doutrina já considera a existência de mais um, o cooperativo, que se caracteriza pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. (DIDIER JR., 2011)

Em outros países, o inovador processo colaborativo que utiliza estratégias integrativas, em vez de técnicas adversariais para resolver disputas civis, tem se mostrado uma ótima ferramenta para a solução de litígios como as que envolvem relações entre vizinhos, entre proprietários de empresas familiares, disputas de inventário, disputas trabalhistas e afins.

No Brasil, a atividade cooperativa foi positivada no art. 6º do atual Código de Processo Civil de 2015, que impõe o dever de cooperação de todos os sujeitos do processo, entre si, para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.

É mister esclarecer que a legislação processual vigente determina em diversas outras fases do processo a atuação de forma cooperada entre os atores, fomentada, em especial, pela magistratura.

Isto porque, na sistemática processual da pós-modernidade, espera-se que o juiz viabilize ferramentas apropriadas para a busca de um resultado que se assemelhe à verdade em todos os processos indistintamente, considerando que todos os bens tutelados em juízo são bens da vida de grande valor.

Neste jaez, é relevante mencionar os deveres do magistrado, como órgão condutor do processo, o de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes, que se encontram positivados no art. 139 do CPC/2015, justificando o papel desta atividade. (DIDIER JR., 2010, p. 80-82)

É por esta razão que se pode sustentar pela fundamental atuação da magistratura no fomento de atividades colaborativas, em especial em processos complexos como os de família, o que será analisado adiante.

2. A COLABORAÇÃO NO PROCESSO DE FAMÍLIA

A preocupação desenvolvida na presente pesquisa acerca da grande dificuldade de solução dos conflitos de família pelo Poder Judiciário no Brasil consiste no fato de que a cultura desta sociedade é beligerante, em geral, quando se trata destes conflitos de grande complexidade.

Apesar das grandes diferenças culturais e sociais das regionalizações vislumbradas no Brasil, no que tange aos meios de solução de conflitos de família, a comunidade acaba procurando a via judicial adjudicatória de forma imediata, ainda que nesta seara possa entabular acordos ou encontrar outras formas de solução destes impasses.

No entanto, é imperioso destacar que as peculiaridades dos litígios, embebidas de grande caráter fático, acaba por necessitar de forma quase que integral do auxílio de outros *experts* ao magistrado para que seja possível qualquer tomada de decisão, o que não só causa decepção pela demora, como as provas acabam não sendo bem realizadas, o que certamente influenciará a decisão final.

Esta é a razão para justificar a imperiosa realização de um modelo cooperativo de processo na seara de família, objetivando garantir uma maior participação de todos os responsáveis pela solução do litígio, fomentando nas partes a crença de uma solução mais satisfatória.

Apenas para melhor esclarecimento desta atividade colaborativa no processo de família, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Mitidiero (2011, p.48-50), que o justifica como uma ferramenta que visa dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática do neoconstitucionalismo.

Destarte, sob o ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo orientado pela busca, tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz, cujo papel é de um partícipe isonômico na condução do processo e assimétrico apenas quando impõe

suas decisões, ou seja, desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. (MITIDIERO, 2011, p. 81)

Essa divisão de tarefas é fundamental para se interpretar a sistemática da legislação processual considerando o papel esperado da magistratura nos dias de hoje, consistente em atividades mais humanas, mais próximas das partes, afastando-se da concepção endeusadas de que o juiz é quem deve “descobrir” a verdade dos fatos e fazer “justiça”.

Não é demasiado registrar que as partes, por possuírem interesses conflitantes em juízo, não têm obrigação de colaborar entre si, mas passam a ter o dever de colaborar com o processo, a partir de uma atividade estruturada para tal mister, como determinam os artigos 378 a 380 do CPC/2015. Assim, compete aos órgãos competentes e responsáveis pela condução do processo, em especial ao juiz, a estruturação da colaboração a ser exercida na hipótese concreta, a partir da previsão de regras que devem ser observadas por todos os participantes, em especial na fase mais delicada que é a produção da prova.

Isto porque, é nesta fase procedimental nas demandas de família que a atividade judicial mais precisa desta colaboração com outros órgãos e/ou pessoas que possam auxiliar na solução mais adequada ao conflito, considerando as peculiaridades de cada caso e as variantes não jurídicas (psicológicas, médicas, sociais, econômicas etc.), de modo que seja possível um julgamento ‘justo’.

Na prática, é possível mencionar a possibilidade de designação de uma audiência especial, pelo magistrado, com o objetivo de garantir a atividade colaborativa no saneamento, consoante o disposto no art. 357, §3º do CPC/2015, no qual as partes poderão entabular negócios processuais relevantes para a produção da prova, eis que, em regra, são questões complexas e indisponíveis que estarão em jogo.

Nesta fase procedimental, as partes poderão escolher o *expert* mais habilitado para a realização da perícia e, quiçá, indicar assistentes técnicos e/ou estabelecer prazos e calendários processuais para a prática dos atos a serem realizados na fase probatória, o que será imprescindível para a solução adequada do conflito.

Destarte, a prática cotidiana tem se mostrado insuficiente na solução dos conflitos de família, seja por inaplicabilidade dos instrumentos de colaboração do processo, seja por falta de estrutura ideal para conduzir os complexos processos de família.

Em grande parte da Europa, América do Norte, Reino Unido e Austrália, houve um esforço conjunto nas últimas duas décadas para introduzir a colaboração interinstitucional no âmbito dos serviços humanos, em especial mediante fomento do trabalho conjunto entre os serviços de saúde e assistência social. Há estudos que evidenciam que a colaboração interinstitucional pode transformar serviços humanos fragmentados em um sistema que atenda às múltiplas necessidades de crianças e famílias de uma maneira mais abrangente e eficiente. (PIETSCH; SHORT, 1998)

Ademais, estudos comprovaram que pais que frequentaram programas de educação em atividades colaborativas durante um processo de divórcio, relataram níveis mais baixos de conflitos parentais do que as crianças cujos pais não compareceram ao programa, o que representa uma hipótese relevante para a solução dos conflitos de família. (BECK, Connie J. A.; *et al.*, 2009, p. 453)

Assim sendo, é possível concluir que a prática colaborativa integrada com outros órgãos e/ou pessoas especializadas na solução dos complexos conflitos de família é a ferramenta imprescindível para a solução ‘ideal’, sejam eles realizados endo ou extrajudicialmente, senão vejamos.

3. A COLABORAÇÃO PROCESSUAL E/OU EXTRAJUDICIAL COMO FERRAMENTA PARA A EFETIVAÇÃO DOS CONFLITOS DE FAMÍLIA

Com a conquista do reconhecimento dos Direitos Humanos no mundo contemporâneo, os direitos fundamentais do homem foram solidificados no âmbito interno dos ordenamentos jurídicos. Por esta razão, cada um dos integrantes da família, inclusive aqueles que não tinham direitos consagrados, como a mulher, as crianças, os idosos, passaram a ter seus direitos tutelados de forma garantista, considerando as inequívocas vulnerabilidades.

No entanto, efeitos reflexos desta multiproteção surgiram, em especial, através da potencialização dos conflitos interpessoais. Com a saída da mulher para ocupar o mercado de trabalho e a maior oferta de conhecimento de direitos para todas as pessoas, os conflitos familiares se intensificaram e se tornaram mais complexos de serem solucionados.

Por esta razão, a solução destes conflitos por meio da adjudicação judicial acaba sendo desafiador, tornando-se premente uma intercessão

entre o órgão judicial e outros profissionais *experts* em problemas de família, como psicólogos, assistentes sociais, mediadores etc, na condução da colheita destas provas, seja por intermédio de processo colaborativo, seja de forma autônoma, o que restará demonstrado.

No âmbito do processo de família, diversos outros meios demonstraram ser eficazes para a solução destes conflitos, merecendo ser fomentados através de incentivos judiciais da colaboração no processo de família, ainda que sejam realizados de forma extrajudicial, sendo certo que diversos deles foram mencionados por MEDINA (2017, p. 183-197).

Nos Estados Unidos da América, os casais que consideram estar em um grave conflito na fase de divórcio podem solicitar a atuação de coordenadores parentais, cuja finalidade é criar elementos para condução do melhor convívio possível entre estes, quando o rompimento ocorrer com filhos pequenos, que são, indubitavelmente, os mais prejudicados neste processo.

Coordenadores parentais são profissionais treinados e designados em casos de custódia em conflito para ajudar os pais a tomar decisões conjuntas. A nomeação judicial de um coordenador de parentalidade decorre de uma tendência contemporânea de que o deslocamento familiar costuma gerar uma taxa mais alta de conflito parental durante períodos mais longos de desenvolvimento infantil. Isto porque, nos processos de divórcio dos pais quando os filhos ainda são pequenos, geralmente gera uma dificuldade de lidar uns com os outros regularmente por vários anos no futuro, para decidir sobre a visitação, a disciplina, a escolaridade e as decisões cotidianas até que o filho atinja a idade adulta. Quanto mais tempo os pais divorciados tiverem que interagir uns com os outros, maior a chance de conflitos intensos e longas batalhas prolongadas. Batalhas de pais a longo prazo, incluindo disputas sobre questões de custódia e visitação, podem ter efeitos negativos duradouros sobre as crianças. Muitas vezes, os efeitos do tempo do processo nos filhos são piores que os efeitos do próprio divórcio. Do ponto de vista psicológico, um infante pode sofrer ansiedade, depressão e outros traumas como resultado de um conflito crônico. Uma das intervenções de crescimento mais rápido para estes casos é o uso de coordenadores parentais para ajudar a aliviar os efeitos do divórcio nas crianças e evitar batalhas de longo prazo entre os pais. (KRUSE, 2008)

O que é interessante notar é que naquele país, os juízes podem determinar a submissão das partes ao auxílio destes coordenadores, caso ve-

nham a perceber a complexidade do litígio e a vulnerabilidade das crianças, cabendo a estes remeter ao magistrado uma recomendação para que possa decidir melhor sobre as nuances do conflito e da família, ou até determinar medidas autoexecutáveis. (EDDY, 2012. p. 57-58)

Os deveres dos coordenadores parentais variam de jurisdição, a depender da existência de normas precisas sobre tal exercício. Por exemplo, em Washington DC, os juízes podem delegar seus poderes de decisão para estes *experts*, que são nomeados como auxiliares especiais da corte para casos de alto conflito. Destaca-se o fato de que, uma vez nomeados, os coordenadores têm imunidade quase judicial, ou seja, podem testemunhar, elaborar relatórios orais e acareações na frente de ambas as partes no curso do litígio. A ordem judicial os permite buscar informações pessoais com profissionais que trabalham com as respectivas famílias, como professores, terapeutas e outros. Na Califórnia, os responsáveis pela coordenação são nomeados sob uma variedade de estatutos, nos mesmos moldes dos usados para mediadores familiares ou árbitros, ficando a cargo dos pais o pagamento das taxas para estes serviços, quando ordenados pelo magistrado. (KRUSE, 2008)

Em situação análoga atua no Reino Unido o *CAFCASS - Children and Family Court Advisory Support Service*⁵¹, nos conflitos judiciais que envolvem interesses de menores, independente da demanda em curso, se um divórcio, uma ação de guarda, alimentos, dentre outras.

Consoante a lei processual inglesa, o juiz designará este serviço de apoio oficial às famílias, cuja função é auxiliá-las nos problemas familiares que enfrentam, objetivando salvaguardar e promover o bem-estar das crianças que passam pelo sistema de justiça familiar, de modo que as decisões possam ser tomadas levando em consideração o princípio do melhor interesse destas.

É relevante mencionar que neste sistema colaborativo do Reino Unido, uma vez solicitado o serviço, este oficial pode recomendar ao magistrado diversas medidas a serem aplicadas ao caso concreto, como a condução coercitiva dos genitores para realização de cursos de curta duração, os '*SSIP - Short Course for Separated Parents*', por exemplo; ou indicar a realização de prova pericial com a participação de assistentes sociais ou

51 Disponível em: www.cafcass.gov.uk. Acesso 19 jul 2019.

peritos. A priori, a decisão final deve ser tomada após a realização de todas estas oitivas, inclusive após uma audiência final.

Outras atividades que também se apresentam muito eficazes para a solução dos conflitos de família e que devem ser fomentadas através da colaboração processual já estão sendo aplicadas no Brasil, hipótese em que serão demonstradas, sem prejuízo da experiência alienígena, a saber.

Em primeiro lugar, ressalta-se a mediação como ferramenta essencial na solução de conflitos familiares, seja realizada do âmbito extrajudicial ou fomentada pelo próprio Poder Judiciário.

O objetivo do procedimento de mediação é enaltecer que as próprias partes possam compreender o grau de vinculação que as une e, conseqüentemente, sejam capazes de encontrar um “denominador comum” entre os interesses conflitantes, de modo que alcancem a paz. Para tal desiderato, é de extrema importância a participação de terceiros apaziguadores do conflito, como os próprios mediadores, os advogados e até mesmo pelos magistrados, que em atividade colaborativa, devem atuar para esta finalidade, desde que percebam que há real interesse na solução consensual do litígio.

No Brasil, ainda que sem advogados, as partes interessadas na solução do litígio familiar, com ou sem a intervenção estatal, podem procurar profissionais ou órgãos responsáveis por tal desiderato, desde que seja(m) de sua confiança, o que restou esclarecido pela Lei de Mediação, nº 13.140/2015, em seu art. 9º.

Antes da mediação se tornar lei no Brasil, o método mais difundido para a solução das controvérsias era a conciliação, que não foi totalmente abolida para os conflitos de família, hodiernamente, mas se encontra em plano secundário em relação àquela. Na conciliação, as partes têm a possibilidade de solucionar o conflito mediante uma atuação positiva do conciliador o qual detém uma dinâmica mais enérgica na tentativa de fazer com que as partes entabulem um acordo.

Há estudos empíricos que demonstram a boa prática da conciliação para os conflitos de família, consoante SOARES (2014), em pesquisa que permitiu inferir a eficácia da conciliação na resolução dos conflitos familiares em 3 (três) casos dos 7(sete) totais analisados, sendo certo que, das 4 (quatro) sessões infrutíferas, 2 (duas) eram compostas por partes tomadas de sentimentos exacerbados, 1 (uma) envolvia questão puramente patrimonial e 1 (uma) denotou atuação inexpressiva do conciliador, o que

demonstra de forma inequívoca que é uma ferramenta capaz de solucionar conflitos familiares de forma exitosa.

Outros mecanismos que por aqui têm se mostrado muito eficazes na solução dos litígios familiares, consistem nas práticas colaborativas⁵², tal qual nos Estados Unidos, onde foram desenvolvidas, pelo baixo custo envolvido se comparada ao processo litigioso, e são consideradas “primas” da mediação, diferenciando-se pela ausência de um terceiro intermediador, que é regra naquela. (KRUSE, 2008)

Nas práticas colaborativas, as partes são assistidas por seus respectivos advogados, parciais, que devem defender e explorar os direitos de seus clientes, objetivando a negociação a partir destas premissas, com destaque para a necessidade de aposição de cláusula de submissão ao processo de colaboração, hipótese em que os advogados atuarão em diversas sessões em que discutirão abertamente os interesses em conflito, visando a se chegar em um consenso. Trata-se de um procedimento voluntário em que as partes se comprometem a não litigar.⁵³

A atuação dos advogados limitar-se-á a estas tentativas. Em caso de impossibilidade de acordo, deverão constituir outros patronos para atuação litigiosa.

Cabe salientar o fato de que nesta fase também é possível o trabalho em conjunto de equipe multidisciplinar, com o intuito de auxiliar as partes e seus advogados na tomada de decisão, em especial quando o conflito envolver interesses de menores e/ou questões econômicas de administração financeira doméstica. (KRUSE, 2008)

É conveniente mencionar a diferença entre a prática colaborativa com a mediação, já que hodiernamente são consideradas as ferramentas mais indicadas para a solução dos conflitos de família, sendo certo que, enquanto a mediação se desenvolve com a presença de um “neutro” que não defende uma parte ou outra, no processo colaborativo, os clientes são representados por um advogado. O processo se concentra em um acordo abrangente que

52 Enunciado 55 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF: O Poder Judiciário e a sociedade civil deverão fomentar a adoção da advocacia colaborativa como prática pública de resolução de conflitos na área do direito de família, de modo a que os advogados das partes busquem sempre a atuação conjunta voltada para encontrar um ajuste viável, criativo e que beneficie a todos os envolvidos.

53 Disponível em: www.praticascolaborativas.com.br. Acesso 01 ago 2019.

acomoda as necessidades de ambas as partes, bem como das crianças. Cada uma tem a garantia de um defensor para ajudar a esclarecer os objetivos pretendidos, explicando as consequências legais e apoiando o cliente em negociações. Nem todo modelo de mediação permite a presença de advogado durante as tratativas. (DREW, 2017, p.379-380)

Segundo DREW (2017, p.379-380), o processo colaborativo busca os melhores interesses da família não apenas como uma maneira de acabar com a disputa, mas de garantir a harmonia contínua através do incentivo de comunicação entre os membros da família em litígio. Este ideal pode ser alcançado quando ambas as partes (pais) são similarmente motivados. E registra: “a prática colaborativa promove o respeito, coloca as necessidades das crianças primeiro e mantém o controle do processo com os cônjuges”.

Em sua concepção, a mediação pode realizar algumas dessas metas, mas na maioria das vezes está procurando um acordo satisfatório a ser alcançado entre as partes, embora não necessariamente priorizando o que é melhor para a família como uma unidade. (DREW, 2017, p.379-380)

No que tange a outros métodos, é pertinente, ainda, apresentar a atividade cooperativa das partes, também fomentada no sistema estadunidense, que consiste numa atuação muito semelhante às práticas colaborativas, sendo certo que não há o acordo de desqualificação dos advogados. Isto é, em caso de inexistência de êxito na conciliação pré-processual, as partes continuariam com seus respectivos patronos. Por este motivo, acaba não sendo muito difundido, porquanto sob o ponto de vista ético, os causídicos poderiam não expor todos os “trunfos” e o resultado não seria satisfatório, visto que jazeriam cômicos da real possibilidade de nova discussão em juízo. (KRUSE, 2008)

Outra prática que tem se mostrado de grande valia em todos os tribunais do país são as oficinas de parentalidade, que têm sido fomentadas pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) através de cursos ministrados para os magistrados, psicólogos e assistentes sociais, que atuam junto às varas de família, para orientação e estímulo de soluções pacíficas destes conflitos.⁵⁴

Nestas oficinas, que são ofertadas pelos tribunais em todo o país, além de conscientizar os genitores nas consequências do rompimento familiar para os filhos, mostra, ainda, o que eles podem fazer para ajudá-los a se

54 Recomendação nº 50 de 08/05/2014 CNJ e Enunciado 78 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF: Recomenda-se aos juízes das varas de família dos

adaptarem à nova realidade, bem como tecer esclarecimentos acerca de situações de alienação parental, que é de extrema gravidade para todos os envolvidos.⁵⁵

Percebe-se que a colaboração, quando bem intencionada e direcionada para a solução dos complexos litígios de família, por todos os participantes do processo, representa uma ferramenta imprescindível à sua efetivação, considerando a redução dos riscos de uma sentença adjudicatória, que pode agravar ainda mais o sentimento de ‘derrota’ das partes pelo fim do relacionamento.

A solução por meio de um processo colaborativo gera nas partes uma maior conscientização dos efeitos perversos de uma decisão judicial, hipótese em que a ‘melhor’ solução para o conflito estaria nas mãos dos próprios interessados. Esta circunstância tem o condão de minimizar, ainda, as trágicas consequências para os filhos diante do fim do relacionamento dos pais.

CONCLUSÃO

Consoante restou demonstrado, os complexos conflitos de família estão longe de serem solucionados de forma satisfatória através de medidas judiciais de caráter adjudicatório, apesar de serem ainda as mais procuradas pelos jurisdicionados no cotidiano forense.

É de notória percepção que as preferências manifestadas pelas famílias que procuram a atividade judicial contenciosa, ocorre diante da inequívoca falta de cultura social acerca das medidas colaborativas que estão se mostrando as mais indicadas para a solução destes complexos conflitos.

Já restaram comprovados que medidas de natureza colaborativas se apresentaram as mais propícias para a satisfação destes litígios, em especial pela necessidade de auxílio de outros profissionais habilitados, como psicólogos, assistentes sociais, mediadores etc.

Isto porque é de extrema dificuldade qualquer tomada de decisão pelo magistrado nestas demandas, diante das peculiaridades de cada cau-

tribunais onde já tenham sido implantadas as oficinas de parentalidade que as partes sejam convidadas a participar das referidas oficinas, antes da citação nos processos de guarda, visitação e alienação parental, como forma de fomentar o diálogo e prevenir litígios.

55 Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso 01 ago 2019.

sa, em especial quando a causa de pedir envolve interesses de menores e/ou existenciais das partes, hipótese em que o incentivo de medidas colaborativas acaba auxiliando as próprias partes a encontrarem uma possível solução por elas mesmas ou, ao menos, auxiliando o magistrado na árdua tarefa de decidir o conflito.

É imperioso registrar que tanto no Brasil quanto no exterior o processo colaborativo tem se mostrado muito exitoso na satisfação dos complexos conflitos familiares, seja no ambiente do processo judicial ou pela via extrajudicial, como a mediação, a conciliação, as práticas colaborativas, a cooperação judicial, dentre outros.

Por esta razão justifica-se a importância da presente pesquisa empírica, de modo que se possa aprimorar os estudos para a concretização das hipóteses acima aventadas acerca da efetivação das medidas colaborativas como veículos indispensáveis na solução ‘ideal’ dos complexos conflitos familiares.

REFERÊNCIAS

BECK, Connie J. A.; *et al.* **Collaboration between judges and social science researchers in family law.** Family Court Review, July, Vol.47(3), 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. I, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de processo, vol. 36, n. 198, 2011, p. 213-225.

DREW, Margaret. **Collaboration and Intention:** Making the Collaborative Family Law Process Safe(r). Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol.32(3), 2017.

EDDY, Bill. **The Future of Family Court:** structure, skills and Less Stress. Scottsdale: HCI Press, 2012.

KRUSE, Elizabeth. **ADR, Technology, and New Court Rules – Family Law Trends for the Twenty-First Century.** In: Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, v. 21, 2008.

MEDINA, Valéria Julião Silva. **Processo de Família e o Novo CPC: prática processual versus direito material**. Curitiba: Juruá, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

PIETSCH, J.; SHORT, L. **Working together: Families in which a parent has a mental illness: Developing 'best practice' for service provision and interagency collaboration**. Mental Health Research Institute. Melbourne: Australia, 1998.

SOARES, Marcelo Negri. **A Eficácia da Conciliação na Resolução dos Conflitos em Família**. Anais da Jornada Científica Uninove, v. 2014, p. 01, 2014.

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO E DO RESPEITO AO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE DAS PARTES

José Barreto Netto

1 INTRODUÇÃO

O negócio jurídico processual não é uma invenção propriamente dita do Código de Processo Civil de 2015, vez que era disposto, mesmo que de uma forma singela e não sistematizada, no Código de Processo Civil de 1973, diploma o qual já previa institutos como a cláusula de eleição de foro e a prorrogação da competência por inércia do réu.

Entretanto, foi com o Código de Processo Civil vigente que o instituto em questão ganhou mais destaque e sistematização, através do artigo 190, que institui a cláusula geral de negociação sobre o processo, segundo a qual, em suma, as partes estão permitidas a celebrar pactos acerca de matérias processuais, mesmo que não haja dispositivo específico permitindo tal negociação, criando o que adiante será explicitado como negócio atípico.

Em razão desta sedimentação do negócio jurídico processual, o presente trabalho possui o objetivo de averiguar a concretização dos princípios da cooperação e do autorregramento da vontade das partes, trazidos no atual diploma processual, pelo instituto em discussão.

Por ser tema recente, a necessidade de compreendê-lo melhor, realizando uma análise das particularidades e novidades instituídas pelo código

vigente, bem como o intuito de fomentar o debate no meio acadêmico, demonstram a relevância deste estudo.

Nesta senda, buscou também, esta pesquisa, perquirir acerca das origens históricas do negócio processual, conceituá-lo e analisar a sua aplicação pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como definir os princípios da cooperação e do respeito ao autorregramento da vontade das partes.

Para o alcance destes objetivos, fora efetuada uma pesquisa descritiva, no ponto em que o presente trabalho se presta a delimitar a concretização dos supramencionados princípios através do instituto em discussão, e bibliográfica, uma vez que se baseou na leitura de obras escritas, como livros e artigos publicados em periódicos.

2 AS ORIGENS DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

A discussão acerca do negócio jurídico processual teve início quando, em virtude do Estado Social, houve um rompimento, nos países de cultura romano-germânica, com a visão liberalista do processo, tendo sido dado maior destaque ao publicismo processual, no qual o juiz passaria a ser o protagonista do processo, deixando as partes de possuírem este papel.

Com isto, a autonomia da vontade e “os acordos processuais foram posicionados no centro do debate entre publicismo e privatismo” (FARIA, 2016, p.34), posto que não haveria harmonia entre aquela e a posição estatal mais ativa, existente em razão do interesse público que passou a permear o processo.

A doutrina alemã começou a discutir a aplicação da autonomia da vontade no direito processual e os seus limites, dado o caráter público do processo, segundo o qual é vedada a prática de qualquer conduta que não seja permitida expressamente pelo ordenamento jurídico..

Assim, Köhler, seguindo uma linha de raciocínio oposta à da época, “defendia a possibilidade de que as próprias partes pudessem assumir regramentos processuais independente de respaldo judicial” (KÖHLER, 1894 *apud* FARIA, 2016, p.36). O estudo do tema, na doutrina alemã foi prosseguido por estudiosos como Adolf Schönke, que admitiu “as convenções privadas sobre determinadas situações processuais (v.g. pacto de não executar), mas esses acordos não surtiriam efeitos imediatos de caráter processual, embora obrigassem os interessados a proceder segundo

eles”(SCHÖNKE, 2003, p. 148 *apud* FARIA, 2016, p.36), e Friedrich Lent, que “procurou identificar negócios processuais no âmbito dos atos processuais praticados pelas partes” (LENT, 1959, p.122 *apud* FARIA, 2016, p.36).

Na doutrina italiana, Chiovenda “admitiu claramente a figura dos negócios processuais, visto que em certos atos a lei relaciona imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes” (CHIOVENDA, 1998, p. 25-26 *apud* FARIA, 2016, p. 36-37), e os estudos, nesta nação, seguiram com autores como Carnelutti, cujo entendimento “partia da premissa de que as noções de direito subjetivo e negócio jurídico seriam correlatas” (CARNELUTTI, 2000, p. 124-125 *apud* FARIA, 2016, p. 37), e Fazzalari, que melhor cognominou o instituto objeto deste estudo de “atos processuais negociais” (FAZZALARI, 2006, p.416 *apud* FARIA, 2016, p. 37).

No Brasil, a primeira obra referente ao tema foi publicada por Barbosa Moreira nos anos 1980 (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 87-98 *apud* FARIA, 2016, p. 38), tendo as pesquisas se sucedido com os esforços de Pontes de Miranda, ao comentar o Código de Processo Civil de 1939 (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 261 *apud* FARIA, 2016, p. 38), Fredie Didier e Pedro Nogueira, que afirmam que a doutrina latino-americana adota o mesmo posicionamento que a brasileira adotava (DIDIER JR; NOGUEIRA, p. 58 *apud* FARIA, 2016, p. 39), qual seja a rejeição do negócio processual, em razão da visão publicista do processo na doutrina pátria, visão que perdurou por muitos anos.

3 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SUAS CLASSIFICAÇÕES

O negócio jurídico processual é conceituado como:

[...] fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. (NOGUEIRA, 2016, p. 121 *et passim apud* NOGUEIRA, 2017, p.96)

Em outras palavras, o negócio processual é um instituto jurídico de direito processual civil que tem por objetivo possibilitar às partes, que são sujeitos do processo, uma maior liberdade para regularem a sua lide, modificando, dentro dos limites fixados pelo ordenamento, situações jurídicas processuais ou o próprio procedimento, a fim de adequar o feito às especificidades da causa.

Fredie Didier e Pedro Nogueira enumeram, em suas respectivas obras, diversas classificações baseadas nos mais variados critérios para a figura aqui discutida.

Quanto à previsão de regramento diversificado do rito, o negócio pode ser classificado em estático e dinâmico. O estático consiste em uma simples escolha das partes sobre qual procedimento, já delineado legalmente, utilizar na resolução da sua lide. Já o negócio dinâmico tem fundamento no artigo 190 do CPC e é caracterizado pela liberdade de escolha do rito sem a obrigação de seguir algum dos já previstos em lei (NOGUEIRA, 2017, p.104).

Há o critério temporal, pelo qual o negócio pode ser antecedente ou subsequente. Este é realizado já com o processo em andamento, enquanto aquele é celebrado antes do início da lide.

O negócio jurídico processual classifica-se, também, em típico e atípico. O negócio típico é aquele que já se encontra previsto na legislação, como, por exemplo, a desistência do processo e o foro de eleição. O atípico consiste no negócio jurídico fundamentado no artigo 190 do CPC, que prevê a cláusula geral de negociação, a qual dá as partes uma maior liberdade para modificarem o processo.

Em relação aos sujeitos que integram o negócio, ele pode ser unilateral, bilateral ou plurilateral. O negócio unilateral “se perfaz com a manifestação de apenas uma vontade” (DIDIER JR, 2017, p. 106), como a escolha feita entre o procedimento especial dos juizados ou o rito comum, enquanto o bilateral necessita da vontade de duas pessoas para se constituir, como no caso do foro de eleição, e o plurilateral necessita da participação de mais de duas pessoas na sua formação, como acontece com o calendário processual, por exemplo, em que deve haver a homologação do juiz.

Existe também uma classificação muito bem explanada por Fredie Didier:

Há negócios processuais *relativos ao objeto litigioso do processo*, como o reconhecimento da procedência do pedido, e há negócios processuais que têm *por objeto o próprio processo*, em sua estrutura, como o acordo para suspensão convencional do procedimento. O negócio que tem por objeto o próprio processo pode servir para a redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direitos, deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento. (DIDIER JR., 2017, p. 106)

Os negócios podem ser, também, expressos ou tácitos, estes últimos classificando-se em comissivos ou omissivos.

4 A APLICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO CPC DE 2015

O negócio jurídico processual, em que pese ser um instituto de direito processual, como já afirmado, tem a característica de negócio jurídico, figura do direito civil, e, como tal, é analisado através dos planos da existência e da validade. No plano de existência, o negócio deve possuir os seguintes elementos: agente, objeto, forma, lugar e tempo.

4.1 O PLANO DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Como afirmado acima, o negócio jurídico processual, dada a sua natureza híbrida, também se submete à análise quanto à sua validade, devendo, assim, possuir agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, consoante o entendimento do Enunciado 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

Entretanto, esta análise não é feita de forma tão simples quanto a averiguação de validade dos negócios jurídicos de direito material, existindo, assim, algumas especialidades nos requisitos.

É importante salientar que o negócio processual pode ser invalidado, inclusive, parcialmente, como afirma o Enunciado 134 do FPPC ao declarar que o “negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

Ademais, “a decretação da invalidade processual deve obedecer ao sistema das invalidades processuais, o que significa dizer que não haverá nulidade sem prejuízo” (ALMEIDA, 2014, p. 124 *apud* DIDIER JR, 2017, p. 114).

4.1.1 Agente capaz

De acordo com o *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil, apenas as pessoas que são “plenamente capazes” podem celebrar negócios jurídicos processuais. Em outras palavras, é exigida a capacidade dos sujeitos do negócio para que este seja válido.

Diogo Assumpção defende que o mencionado artigo trata da capacidade civil, uma vez que, quando o negócio for celebrado antes da lide, ou seja, quando for antecedente, não haverá processo. (ALMEIDA, 2014 *apud*. NEITZKE, 2016, p. 172)

Entretanto, Fredie Didier encampa o posicionamento de que a capacidade exigida no caso em questão é a capacidade processual, dado que o negócio tem por objetivo produzir efeitos num futuro processo. (DIDIER JR, 2016, p. 12 *apud*. NEITZKE, 2016, p. 172)

Mais que uma simples capacidade processual, é exigida uma capacidade processual negocial, posto que o parágrafo único do artigo 190 do CPC traz a vulnerabilidade como uma hipótese de incapacidade processual negocial, a exemplo do consumidor que pode ter capacidade processual, mas em razão da sua vulnerabilidade, a depender do caso concreto, pode não ter capacidade processual negocial. (DIDIER JR, 2017, p. 114)

A incapacidade pode ser suprida através de representação para que seja celebrado o negócio processual. Assim, menores de idade, desde que devidamente representados, podem celebrar o negócio jurídico processual, bem como condomínios, que são entes despersonalizados e, portanto, incapazes processuais.

É importante esclarecer que a Administração Pública e o Ministério Público têm legitimidade e capacidade para a celebração de convenções processuais, em conformidade com o preconizado nos enunciados do FFPC 256 e 253, respectivamente.

Ademais, não é necessária a capacidade postulatória para a celebração do negócio jurídico processual, uma vez que este não se constitui em um

ato processual, sendo, contudo, necessária para a juntada do documento referente à negociação aos autos do processo.

Insta salientar que a assistência técnica de um advogado é prescindível para a formação do negócio jurídico. Assim, a ausência deste profissional, em regra, não gera a invalidade do acordo, consistindo, todavia, em um indício de vulnerabilidade, consoante o Enunciado 18 do FPPC, o que, a depender da análise casuística, pode gerar a invalidade do pacto.

4.1.2 Objeto lícito, possível e determinado ou determinável

Em concordância com o que dispõe o artigo 104, inciso II, do Código Civil, o objeto do negócio jurídico deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Portanto, a primeira vedação que se vislumbra, quanto ao objeto, é a sua ilicitude, ou seja, não pode o negócio jurídico processual violar o que já está disposto no ordenamento jurídico.

Seguindo este raciocínio, é proibido que o negócio jurídico amplie o rol de recursos, vez que é matéria de reserva legal, ou o acordo que pretende suprimir a primeira instância, dentre outras espécies de negócios enumeradas no Enunciado 20 do FPPC. (DIDIER JR, 2017, p. 118)

Além desta, o *caput* do artigo 190 do CPC traz uma outra vedação quando prescreve “Versando o processo sobre direitos que admitam auto-composição”. Logo, o direito material discutido no processo deve poder ser objeto de transação.

Salutar destacar que o CPC não exige que o direito seja disponível, mas que ela possa ser alvo de uma autocomposição, uma vez que existem direitos indisponíveis que poder ser negociados, como o direito a alimentos, por exemplo. Esta é a interpretação que se extrai do Enunciado 135 do FPPC, que assim expressa: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.”.

Nesta senda, não pode o pacto afastar regra processual que tenha o objetivo de proteger direito indisponível, como, por exemplo, a participação do Ministério Público nas hipóteses previstas no artigo 178 do CPC, de acordo com o entendimento do Enunciado 254 do FPPC. (DIDIER JR, 2017, p. 119)

Sobre a possibilidade de autocomposição, há autores, como Guilherme Henrique Lage Faria, que defendem a possibilidade de celebração do negócio jurídico processual mesmo em processos nos quais seja impossível a transação, afirmando que:

A título exemplificativo, pode-se mencionar a hipótese de calendarização processual de uma demanda que envolva direito que não admita a autocomposição. Ora, a calendarização visa a otimização do processo, com a supressão de algumas etapas da inatividade jurisdicional (etapas mortas), primando por sua efetividade, e, não afetando a cognição, nada impede que a mesma seja celebrada em uma ação de alimentos, ou até mesmo em um processo criminal. (FARIA, 2016, p. 94)

Por fim, em que pese a existência das hipóteses de vedações acima expostas, as partes podem negociar etapas do procedimento ou situações processuais, de acordo com os Enunciados 257 e 258 do FPPC, bem como ampliar o rol de deveres e sanções em caso de descumprimento da convenção, consoante o Enunciado 17 do FPPC.

4.1.3 Forma prescrita ou não vedada em lei

A liberdade de forma como regra é adotada por parte da doutrina, a exemplo de Fredie Didier, uma vez que “a consagração da atipicidade da negociação processual liberta a forma com o que o negócio jurídico se apresenta.” (DIDIER JR, 2017, p. 119)

Entretanto, para que produza efeitos no processo, conforme defende Flávio Yarshel, a declaração de vontade que concretiza o negócio processual precisa ser escrita, uma vez que, ainda que seja emanada de forma oral em audiência, deverá haver a sua redução a termo. (YARSHELL, 2017, p. 77)

No mais, em que pese a exigência da forma escrita, Flávio Yarshel defende a inexigibilidade de celebração por instrumento público ao lecionar que:

Não há exigência de que seja celebrado por instrumento público, nem mesmo quando este último for requisito de validade de atos

objeto da controvérsia judicial. Quando não fosse por outras razões, bastaria lembrar que, ainda que celebrado por instrumento particular, ele deverá ser juntado aos autos e, nessa medida, já ganhará a forma pública; que será originária se e quando o negócio for celebrado na presença do juiz, em audiência. (YARSHELL, 2017, p. 85)

4.1.4 Vontade

A vontade é de suma importância, não somente na formação do negócio jurídico processual, mas, também, na sua interpretação, consoante o que se extrai do Enunciado 404 do FPPC, que afirma o seguinte: “Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem.”

É importante ressaltar que o negócio processual pode ser invalidado em razão de vícios de vontade ou vícios sociais, sendo este o entendimento explicitado no Enunciado 132 do FPPC, que assim se expressa: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190.”

O elemento volitivo do negócio deve ser emanado após um processo permeado pela liberdade de escolha e pela boa-fé, no qual o sujeito esteve consciente da realidade. Caso contrário, o negócio processual poderá estar eivado pelos vícios do erro, da coação ou do dolo. (YARSHELL, p. 68 *apud* FARIA, 2016, p. 101)

Ademais, do artigo 142 do Código de Processo Civil, que é aplicado ao negócio jurídico processual de acordo com o Enunciado 410 do FPPC, se extrai o dever do magistrado de impedir quaisquer atos das partes que tenham por finalidade a simulação processual ou fraudar a legislação. Em decorrência deste entendimento, o negócio jurídico processual pode ser nulo, também, em razão de simulação ou fraude à lei, figuras previstas, respectivamente, nos artigos 167 e 166, inciso IV, do Código Civil. (DIDIER JR, 2017, p. 118)

4.1.5 Outras hipóteses de invalidade

Existem mais dois casos de invalidade previstos no parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil: a vulnerabilidade e inserção abusiva em contrato de adesão.

A vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência, em que pese esta também seja parte na caracterização daquela. A vulnerabilidade consiste na desigualdade de uma das partes capaz de trazer para esta um prejuízo no processo.

Em outras, palavras “há vulnerabilidade quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica, fazendo com que a negociação não se aperfeiçoe em igualdades de condições” (DIDIER JR, 2017, p. 115).

À vista disso, a existência de hipossuficiência, como nos casos de consumidores, trabalhadores, idosos ou mulheres, não indica a necessária existência de vulnerabilidade, devendo ser comprovado, no processo, que a hipossuficiência trouxe uma real situação de desigualdade para a parte.

Além do mais, pode ser considerada vulnerável uma parte que não seja hipossuficiente, desde que ela ocupe, na relação jurídica, uma posição de menor influência a ponto de atingir o resultado final da lide.

Por fim, é importante destacar que “o juridicamente incapaz presume-se vulnerável” (DIDIER JR, 2017, p. 115).

Em relação ao contrato de adesão, este constitui-se naquele

[...] que possui conteúdo pré-definido e inalterável pela vontade da parte, conforme disciplina do artigo 54 do Código Civil. A parte se vê obrigada a concordar com o conteúdo do contrato, sob pena de ficar impedida de contratar. (NEITZKE, 2016, p. 176)

Essa mitigação da liberdade contratual torna a interpretação do contrato de adesão um pouco mais rígida, o que é mais favorável para o aderente. Todavia, o fato de o negócio processual ser celebrado através de um contrato de adesão, por si só, não o torna inválido. Deve ser demonstrada a abusividade no negócio para que ele seja nulo.

Salutar realçar que, de acordo com o Enunciado 409 do FPPC, a invalidade do negócio do qual a convenção processual fizer parte não torna esta inválida, posto que esta é autônoma. Ademais, o juiz pode conhecer dos defeitos previstos no parágrafo único do artigo 190 do CPC, uma vez que se trata de nulidade.

4.2 A EFICÁCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

No plano da eficácia, a regra encontra-se prevista no artigo 200 do CPC, o qual prevê a produção imediata dos efeitos jurídicos das declarações bilaterais de vontade, ou seja, dos negócios processuais. Entretanto, em alguns negócios, como o calendário processual, por exemplo, há a necessidade de homologação do magistrado.

Essa homologação é uma exceção à regra disposta no supramencionado dispositivo e a sua necessidade deve estar prevista em lei, de acordo com o Enunciado 133 do FPPC.

A homologação judicial do negócio jurídico consiste, assim, em uma condição de eficácia deste, conforme o Enunciado 260 do FPPC, que se encontra assim escrito: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.”.

Desta maneira, o magistrado não pode negar a produção de efeitos do negócio jurídico processual, salvo nas hipóteses de invalidade, que foram explicitadas no tópico anterior, ou quando a legislação prever a necessidade da homologação judicial.

Além disso, é de suma importância destacar que, consoante o Enunciado 402 do FPPC, o negócio jurídico só produzirá efeitos para os que dele não participaram com a anuência destes, quando lhes causar prejuízo.

Nesta linha de raciocínio, um eventual negócio processual que modifique um procedimento de intervenção de terceiros, que cause prejuízo ao terceiro, somente terá eficácia com a aceitação deste, em conformidade com a posição encartada no Enunciado 491 do FPPC.

No mais, pode haver o distrato da negociação processual, segundo o Enunciado 411 do FPPC, porém, se a convenção necessitar da homologação judicial para a produção dos seus efeitos, a mesma é imprescindível para o seu distrato, como expressa o Enunciado 495 do FPPC. (NEITZKE, 2016, p. 180)

5 OS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO E DO RESPEITO AO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE DAS PARTES E SUA RELAÇÃO COM O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

5.1 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Há uma divisão clássica de modelos de organização processual: o sistema adversarial e o sistema inquisitorial (DIDIER JR, 2015, p.120). O primeiro fundamenta-se no princípio dispositivo e tem como característica marcante o foco nas partes do processo como litigantes e parte ativa da lide, cabendo ao magistrado uma posição passiva consistente em decidir com base no que fora apresentado pelas partes. Já o segundo sistema, fundamentado no princípio inquisitivo, caracteriza-se por uma participação mais ativa do magistrado no processo, em detrimento das partes.

Neste ínterim, surge o modelo cooperativo de processo, como um meio termo, sendo este o regime brasileiro de organização processual. Tal sistema é fundamentado no princípio da cooperação, positivado no artigo 6º do CPC.

O referido princípio tem como base os princípios do devido processo legal, do contraditório e da boa-fé processual (DIDIER JR, 2015, p.124) e traduz-se no dever geral que todos os sujeitos processuais têm de agir de maneira cooperativa a fim de que seja obtida a prestação jurisdicional, ou seja, a solução do conflito, de forma efetiva e célere.

Impende destacar aqui, dado o caráter litigioso do processo, no qual as partes ostentam interesses contrapostos, que não é lógico exigir que os advogados e as partes cooperem entre si, chegando a ir de encontro às próprias pretensões, sendo, desta maneira, a interpretação mais correta do princípio em questão aquela que sustenta a missão de as partes colaborarem com o magistrado a fim de exercerem uma influência efetiva no convencimento deste. (NEVES, 2016, p. 380-381)

No mais, a aplicação o princípio da cooperação tem como consequências “a concretização do princípio do contraditório” (DIDIER JR,

2015, p.129), além do estabelecimento de alguns deveres para os sujeitos processuais.

O dever de esclarecimento é um destes, sendo concretizado na iniciativa das partes em deduzir razões e pretensões que não possam gerar dúvidas ao magistrado, bem como na “atividade do juiz de requerer às partes esclarecimentos sobre as suas alegações e pedidos” (NEVES, 2016, p. 379), o que impede que o juízo prolate decisões com base em premissas fáticas equivocadas ou mal aclaradas.

O dever de lealdade demanda dos sujeitos do processo uma atuação na lide pautada no respeito princípio da boa-fé processual, previsto no artigo 5º do CPC.

Já o dever de prevenção tem a finalidade de evitar que “o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo” (SOUSA, p. 66 *apud* DIDIER JR, 2015, p.130), exigindo, por exemplo, que, antes de extinguir o processo em razão da ausência de algum dos requisitos da petição inicial, o juiz intime a parte autora para que a emende ou complete, consoante o artigo 321 do CPC.

O dever de consulta, por sua vez, demanda do magistrado uma consulta prévia das partes antes de prolatar qualquer decisão que trate de matéria cujo conhecimento possa ser realizado de ofício (NEVES, 2016, p. 379), efetivando, desta maneira, o princípio do contraditório.

Assim, é nítido que o objetivo do princípio da cooperação consiste em democratizar o processo, assim como “transformar o processo em uma ‘comunidade de trabalho’” (DIDIER JR, 2015, p.130) e “responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados” (SOUSA, p. 62 *apud* DIDIER JR, 2015, p.130).

Neste ponto, há a concretização do mencionado princípio pelo instituto jurídico do negócio processual, posto que este, assim como o princípio da cooperação, visa a democratização do processo, aproximando-o mais das partes, uma vez que são estas as detentoras do direito em litígio, recaindo sobre elas os efeitos da decisão da lide.

Dito isto, salutar realçar, também, outro objetivo em comum entre o princípio e o instituto em estudo, qual seja a obtenção da prestação jurisdicional de forma efetiva e célere, levando em consideração a duração razoável do processo.

Além do mais, é com base na cooperação entre as partes e, em algumas situações, também com o magistrado, que há a formação no negócio jurídico processual.

Logo, o princípio da cooperação não somente é concretizado pelo acordo processual, como, também, serve de base fundante para a formação deste, em uma evidente relação simbiótica.

5.2 PRINCÍPIO DO RESPEITO AO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE DAS PARTES

O princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes, consagrado pelos artigos 190 e 200 do CPC (REDONDO, 2015, p. 09-16), tem sua origem no princípio da liberdade, que se encontra positivado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

A liberdade, além de um princípio e direito fundamental, é a base fundante de um Estado Democrático de Direito, de forma que não se pode pensar em democracia apartada da liberdade. Este valor se subdivide em diversos aspectos: liberdade de expressão, de locomoção, de associação, de negociação, entre outros.

Tal princípio se concretiza, produzindo seus efeitos, com o autorregramento da vontade, também denominado autonomia da vontade, que se constitui em “um complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico” (DIDIER JR, 2017, p. 32).

Sendo o processo uma forma de exercício de Poder do Estado e sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, não pode ser cogitada a ausência da liberdade no direito processual, uma vez que esta é característica determinante do regime democrático.

É cristalino que a liberdade, e, conseqüentemente, o autorregramento da vontade das partes, no processo civil não possuem a mesma abrangência que nos ramos do Direito Privado, uma vez que a área aqui estudada pertence ao Direito Público, dado o interesse de toda a sociedade na solução de lides, objeto principal do processo.

Entretanto, não se pode negar por completo a sua aplicação, sob pena de violação do direito fundamental ao devido processo legal, uma vez que “um processo que limite injustificadamente o exercício da li-

berdade não pode ser considerado um processo devido” (DIDIER JR, 2017, p. 33).

Portanto, o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes objetiva permitir o exercício da liberdade dentro do processo, nos limites do ordenamento jurídico, dado que não existe direito absoluto. Tal princípio encontra-se positivado em diversas regras do CPC, como nos diversos dispositivos que estimulam a autocomposição, a exemplo dos artigos 334 e 695 do CPC; bem como a determinação de que é a vontade da parte que delimita o objeto da ação e do recurso, conforme o disposto nos artigos 141, 490, 1002 e 1013 do CPC; além dos diversos negócios processuais típicos e do negócio atípico, previsto no artigo 190 do diploma processual.

Assim, a priori, poderia se afirmar que não há concretização do princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes, uma vez que o negócio jurídico processual sofre diversas limitações, como, por exemplo, a proibição de que ele verse sobre direito que não admita autocomposição, ou a necessidade de homologação do magistrado em determinadas hipóteses de pactos, e, assim, mitigaria a liberdade, que é valor fundante do princípio em questão.

Entretanto, Guilherme Henrique Lage Faria, ao citar José de Oliveira Ascensão, afirma que, em momento algum a autonomia privada fora desprovida de limitações, sempre tendo havido restrições ao seu exercício (ASCENSÃO, 1999, p. 78 *apud* FARIA, 2016, p. 103). Assim, a liberdade, como qualquer direito fundamental, não é absoluta, sofrendo contenções.

Da mesma maneira, não é possível afirmar que a limitação à liberdade e, conseqüentemente, ao respeito ao autorregramento da vontade das partes, retire a natureza negocial do instituto objeto deste estudo, posto que há um grau, ainda que pequeno, de liberdade de escolha (FARIA, 2016, p. 104).

Diante disto, resta cristalino que há concretização do princípio em questão pelo negócio jurídico processual, ainda que haja uma limitação àquele, vez que não se perde o caráter obrigacional, onde se encontra presente a liberdade de escolha e de contratação.

6 CONCLUSÃO

Através da presente pesquisa, é possível constatar que o negócio jurídico processual tem as suas origens na doutrina alemã, quando, com a centralização dos acordos processuais na discussão entre publicismo e privatismo, se iniciou o debate acerca da incidência da autonomia da vontade no processo. No Brasil, o estudo do instituto começa nos anos 80, tendo ele ganhado grande atenção com o Código de Processo Civil de 2015.

O diploma processual vigente trouxe uma previsão e uma sistematização mais explícita dos negócios processuais, ao instituir, no seu artigo 190, o negócio atípico e a sua análise a partir dos planos da validade e da eficácia, bem como trazendo negócios típicos, como a desistência da ação e a sucessão processual. Tais hipóteses típicas de negociação já existiam no Código de Processo Civil de 1973, indicando, por conseguinte, a existência, ainda que singela, do objeto de estudo desta pesquisa no antigo códice.

Além disso, é possível concluir que o negócio jurídico processual concretiza os princípios da cooperação e do respeito ao autorregramento da vontade das partes, na medida em que moderniza e democratiza o processo, aproximando-o dos seus sujeitos, os quais deixam de ser meros espectadores para se tornarem efetivamente partes na lide, em que pese a limitação daquele último princípio, em razão da natureza pública do processo, o que não retira o caráter negocial do instituto, posto que direito algum é absoluto e, mesmo com restrições, há uma evolução, pois as partes agora possuem uma maior liberdade para regulamentar o processo que surtirá efeitos na sua seara material.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código de Processo Civil – Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Supervisão editorial por Jair Lot Vieira. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, vol. 1.

DIDIER JR., Fredie, Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antônio do Passo (Coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. (Grandes Temas do Novo CPC).

DIDIER JR., Fredie, Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo (Coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. (Grandes Temas do Novo CPC).

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Juspodivm, 2016. (Eduardo Espínola)

NEITZKE, Hélintha Coeto, As convenções processuais e os requisitos de validade: controle pelo juiz e vedação pelo abuso. In: OLIVEIRA, Flávio Luís de (Coord.); BORGES, Paulo César Corrêa (Coord.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA**; Florianópolis: CONPEDI, 2016.

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

NOGUEIRA, Pedro Henrique, Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo (Coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. (Grandes Temas do Novo CPC).

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015.** Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n. 149, ago. 2015, p. 09-16.

YARSHELL, Flávio Luiz, Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova Era?. In: CABRAL, Antônio do Passo (Coord.); NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais.** 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. (Grandes Temas do Novo CPC).

BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS CONCEDIDOS À REVELIA DO CONFAZ E SUA IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA POSTERIOR POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

José Manuel Fonseca Martinez

1 INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DA DISCUSSÃO

Inicialmente, cumpre descrever, de forma breve, o caso que deu ensejo à produção deste artigo.

Imaginemos que um Estado X concedeu à revelia do CONFAZ determinado benefício fiscal de ICMS às empresas que se instalassem em um local específico de seu território.

Posteriormente, em razão da ausência de autorização do CONFAZ, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o STF reputa por inconstitucional a lei concessiva do benefício fiscal aludido.

Ato contínuo o Ministério Público do Estado X, sem lançamento das diferenças tributárias entre o regime normal de apuração do ICMS e o declarado inconstitucional pelo STF, ajuíza Ação Civil Pública de ressarcimento por dano ao erário, buscando anular o ato administrativo que incluiu o contribuinte no regime benéfico de ICMS e reaver os valores a título de ICMS que não foram pagos em função do benefício fiscal.

Embora saibamos que o caso narrado dê ensejo a discussões nas mais diversas searas, inclusive de pontos estruturantes do sistema jurídico pátrio, buscaremos nos ater a uma análise processual da situação, discutindo

de forma profunda a possibilidade ou não do manejo da ACP para veicular as pretensões acima referidas.

Neste breve artigo, então, sequer se adentrará na discussão acerca da possibilidade ou não de exigir esses valores do contribuinte, o que por si só já teria o condão de servir de objeto para um trabalho inteiro, pautando-se a análise, dessa forma, exclusivamente na postura do Ministério Público, de forma a analisar a viabilidade ou não de sua intervenção à suposta inércia do Estado nos moldes referidos.

No mais, é indubitável que a guerra fiscal assola o Estado Federativo brasileiro e é algo muito negativo.

Em efetivo, não vivemos em um real federalismo, vivemos em um federalismo canibal, no qual os entes federativos dia após dia se digladiam com o intuito de buscar uma maior arrecadação.

Em função disso, práticas arrojadas de guerra fiscal, por vezes até autofágicas, já não são mais vistas com estranheza, sendo exceção, em verdade, os entes federados que não praticam estes atos.

Não fosse assim, não teríamos chegado à necessidade extrema de edição de uma Lei Complementar que tratasse acerca dos créditos tributários surgidos com a declaração de inconstitucionalidade dessas leis concessivas de benefício fiscal, a Lei Complementar nº 160, que dispôs acerca do tratamento a ser atribuído a esses créditos tributários surgidos pela declaração de inconstitucionalidade de lei concessiva de benefício fiscal em razão do fato de ter sido concedida à revelia do CONFAZ, cuja aprovação unânime, como é cediço, é requisito para possibilidade de efetiva concessão do benefício.

Dessa forma, neste quadro de renúncia massiva de receitas em prol da instalação de empresas em seus respectivos territórios (o que, evidentemente, tem o condão de atrair investimentos e gerar riquezas), o Ministério Público de alguns estados federados, sob a alegação de buscar o ressarcimento de um suposto dano ao erário, vem ajuizando Ação Civil Pública em face das empresas beneficiadas por estes regimes benéficos de tratamento tributário previstos em leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

O que se discute neste breve trabalho, então, reitera-se, é a (im)possibilidade de manejo da Ação Civil Pública na cobrança desses “créditos tributários” decorrentes da diferença entre o regime normal de apuração do ICMS e àqueles declarados inconstitucionais.

Alude-se mais uma vez ao fato de que este trabalho não exaure o tema, discutindo, em verdade, apenas uma das vertentes em que este pode ser analisado, a vertente processual. Não se ignora, pois, a relevância de se exaurir o tema nas demais esferas, cuja análise cuidadosa é pujante para adequada solução dos conflitos surgidos pelas práticas abusivas e reiteradas de guerra fiscal.

2 DO DESCABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA VEICULAR PRETENSÕES TRIBUTÁRIAS

A Ação Civil Pública é instrumento processual disciplinado pela Lei nº 7.347/85, cujo objetivo é o de reprimir/prevenir danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística, ao patrimônio público e social, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos e religiosos (cf. art. 1º Da Lei nº 7.347/85).

A citada lei ainda é expressa ao asseverar o não cabimento desta ação especial para veicular pretensões tributárias⁵⁶. Desse modo, tal dispositivo quedaria inobservado no eventual manejo de uma ACP para veicular pretensões como a aludida no tópico introdutório.

Além da disposição legal expressa, é firme a jurisprudência do STF, seguindo em sentido idêntico à ideia de que descabe o manejo de ACP para discussões que envolvam tributos e pretensões tributárias⁵⁷.

Ainda nesse sentido, a doutrina pátria, de forma unânime, entende por descabida a utilização do instituto com o objetivo de discutir pretensões tributárias (ALMEIDA, 2001, p. 68).

Ademais, há que se aludir, ainda, que em casos como o relatado no tópico supra sequer se verifica hipótese de dano ao erário, requisito para

56 Lei nº 7.387/85 - Art. 1º [...] Parágrafo único. **Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos**, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

57 Vide: ARE 694.294 RG/MG; RE 195.056-1/PR; RE 206.781/MS; AI 327013 AgR/MG; RE 559985 AgR; RE 248191; e AgR RE 213631.

manejo da ACP⁵⁸, já que se funda em um suposto prejuízo causado ao erário, que poderia, supostamente, ter arrecadado um *quantum* maior a título de ICMS se o benefício fiscal não tivesse sido instituído.

Ocorre que, em análise rasa, se constata que tal construção é falaciosa, já que, convenientemente, opta por ignorar o fato de que, não fosse o benefício concedido, a maioria das empresas que se instalaram no local em que o benefício foi concedido não se instalariam no local.

Desse modo, o que se verifica com a concessão do benefício fiscal é um aumento na arrecadação de ICMS (OLIVEIRA, 2015, p. 155), já que, ao invés de o tributo ser recolhido por completo por um número extremamente reduzido de empresas, tem-se o seu recolhimento por um número maior de contribuintes, ainda que com reduções, aumentando com isso a arrecadação tributária.

Construção em sentido diverso beira o absurdo⁵⁹, pois seria equivalente a afirmar que o prejudicado com a guerra fiscal é o estado instituidor do benefício supostamente inconstitucional, o que, por evidente, não é verossímil, sendo prejudicado, via de regra, um outro estado.

Se a prática de conceder benefícios de ICMS não trouxesse vantagens aos entes políticos de direito constitucional interno que dessa forma agem, sequer reputaríamos a existência de guerra fiscal, já que, ao fim e ao cabo, seria desinteressante ao próprio ente conceder benefícios fiscais.

É indubitável que os entes não concederiam benefícios fiscais se estes lhe afetassem negativamente, a concessão de benefícios fiscais à revelia do CONFAZ se dá por dois grandes motivos, o primeiro deles é o fato de se tratar de uma prática benéfica ao ente instituidor do benefício e o segundo grande motivo, que serve muito mais como uma justificativa pela inobservância do procedimento prescrito para concessão do benefício, se dá em razão do fato de que conquistar a unanimidade dos Estados Federados é algo quase impossível, sendo um grande impeditivo para viabilização do incentivo fiscal, motivo pelo qual os entes federados, muitas vezes, ignoram o procedimento legal

58 CF - Art. 129 [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

59 Tal raciocínio levaria a conclusão de que a instituição de benefícios de ICMS seria autofagia por parte do ente instituidor, já que, ao fim e ao cabo, se ele seria o prejudicado, não haveria uma razão plausível para que procedesse com a instituição do benefício.

prescrito para concessão dos benefícios fiscais em prol da atração de empresas para o seu território.

Diante do apresentado, somos da opinião de que a Ação Civil Pública não é cabível em matéria tributária, seja por veicular pretensões tributárias, o que é vedado expressamente em seu art. 1º, ou por, em casos como o analisado, inexistir dano ao erário, requisito para utilização da ACP de ressarcimento por dano ao erário.

3 DA IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO E EXECUÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Na situação narrada, o Ministério Público moveu a Ação Civil pública com o objetivo de anular o ato administrativo que incluiu o contribuinte no regime diferenciado de tributação e, também, impor a cobrança das diferenças tributárias entre o regime normal e o declarado inconstitucional, ainda que não tivesse havido lançamento das diferenças tributárias em face do contribuinte por parte do ente estatal.

No entanto, é sabido que a cobrança do crédito tributário tem por pressuposto a sua constituição – *o que é extremamente evidente, não sendo possível proceder com a cobrança de crédito tributário que não existe, o que conforma o crédito tributário o trazendo à vida é o ato de lançamento* –, que se dá, em nosso ordenamento, por meio do lançamento tributário, atividade privativa da Administração Pública (art. 142 do CTN⁶⁰).

Desse modo, estando vinculada a cobrança do crédito à sua constituição prévia por meio do lançamento, inviável que o Poder Judiciário, quando da propositura da ACP, imponha ao contribuinte a cobrança das diferenças entre o regime normal de apuração e o especial.

Se assim o fizesse, o Judiciário estaria violando frontalmente o sistema de tripartição dos poderes, já que estaria atuando enquanto Poder Executivo na constituição dos créditos tributários (XAVIER, 2005, p. 63), o

60 Art. 142. **Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento**, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

que é completamente inaceitável, tendo a própria lei (art. 142, CTN) sido clara ao referir o lançamento como matéria de competência privativa da autoridade administrativa⁶¹, se matéria privativa não o fosse, a lei não faria tal referência.

No mais, ainda que se admita a constituição de crédito tributário por meio do Poder Judiciário - *em clara violação ao texto expresso do art. 142 do CTN* -, é necessário observar que a ACP não pode ser utilizada como sucedâneo da execução fiscal (MANEIRA, 2013, p. 13), seja pela necessidade de prévia inscrição em dívida ativa do débito tributário, que, assim como o lançamento, é uma atividade privativa da administração pública, ou pela necessária observância do procedimento especial estatuído na Lei nº 6.830/80⁶² (LEF), que regulamenta a cobrança dos créditos tributários e é incompatível com o procedimento da ACP, determinando que o ajuizamento da execução fiscal seja feito pela representação judicial do ente credor e não pelo Ministério Público.

Nesse sentido, o pedido de imposição do pagamento das diferenças entre o regime normal de apuração e aquele declarado inconstitucional formulado pelo Ministério Público por meio de Ação Civil Pública é juridicamente impossível⁶³, não podendo, sob nenhuma circunstância, ser

61 Observe-se que se o legislador não quisesse dar ao lançamento o caráter de matéria privativa à administração pública ele o teria feito, vale mencionar, inclusive, que no anteprojeto do CTN apresentado pelo Prof. Rubens Gomes de Sousa o lançamento não era atividade privativa da administração pública. Após as discussões nas casas legislativas, contudo, o anteprojeto foi alterado e se fixou a atual dicção do art. 142 do CTN.

62 Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

63 No que atine o tema, é sólida a jurisprudência pátria no sentido de que o Ministério Público não pode se utilizar da ACP com o objetivo de cobrar créditos tributários, já que existe procedimento específico previsto. Vide: TRF 1ª Região - 4ª Turma - AG 200901000117750 - Relator Desembargador Hilton Queiros - Julgado em 22/05/09.

admitido pelo Poder Judiciário. Não é possível, por evidente, apresentar um pedido de cobrança de créditos tributários que nem mesmo existem, já que o pressuposto de cobrá-los é a sua existência.

Em nossa análise, o acolhimento desses pedidos, ainda sem entrar no mérito da possibilidade ou não de cobrança desses créditos dos contribuintes, o que não é objeto deste artigo, se consubstanciaria em uma afronta às normas processuais em face da clara inaptidão da Ação Civil Pública para as pretensões objetivadas, bem como às regras gerais do Direito Tributário, permitindo a constituição de créditos tributários por meio do Poder Judiciário e sua execução por procedimento não autorizado. É cediço que apenas o procedimento delineado na Lei nº 6.830 (LEF) tem aptidão para cobrar créditos tributários.

Dessa forma, inconcebível se admitir a possibilidade de constituição dos créditos tributários decorrentes da diferença entre o regime normal de apuração e o declarado inconstitucional por meio do Poder Judiciário, já que o lançamento é uma atividade privativa da administração pública (Poder Executivo), não podendo, pois, ser suprido por ato de autoridade incompetente para realizá-lo.

6 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos que foram apresentados no decorrer do breve trabalho, cumpre reiterar que a Ação Civil Pública é instrumento inidôneo para veicular pretensões tributárias (art. 1º, parágrafo único da Lei nº 7.347/85), sendo de clareza acachapante a vedação legal prevista em lei.

Ademais, não se observa, no caso analisado e que foi insumo para a produção deste artigo, hipótese de dano ao erário que alicerce o manejo da ACP por parte do Ministério Público, já que, em verdade, se houvesse que se falar em algum dano seria em relação aos outros Estados que não o que concedeu o benefício, que, ao fim e ao cabo, só se beneficiou com a desoneração fiscal que concedeu, tendo atraído uma série de investimentos para o seu território.

Induvidoso, também, como tratado de forma esmiuçada no tópico 3, que o lançamento é atividade privativa da administração pública, não podendo, pois, o crédito tributário ser constituído pelo Poder Judiciário, sob pena de violação às normas do Código Tributário Nacional.

Do mesmo modo, a Ação Civil Pública não pode ser utilizada como sucedâneo da Execução Fiscal, esta, sim, cabível para cobrança de créditos tributários, na forma da Lei Especial (Lei nº 6.830/80).

A conclusão esposada neste trabalho, então, vai no sentido de que não é possível que o Ministério Público, por meio da apresentação de Ação Civil Pública proceda com a tentativa de cobrar supostos créditos tributários decorrentes da diferença entre o regime normal de apuração de ICMS e regime que fora declarado inconstitucional em função da ausência de autorização do CONFAZ para concessão do benefício, isto sob pena de vilipêndio às normas processuais e, também, à diversas disposições atinentes ao crédito tributário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. Aspectos controvertidos da ação civil pública, São Paulo, RT, 2001.

ÁVILA, Humberto. Competências tributárias: um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito. São Paulo: Malheiros, 2018.

ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BECHARA, Carlos Henrique Tranjan. DE CARVALHO, João Rafael L. Gândara. Federalismo e Tributação: Entre Competição e Cooperação, in: Estado federal e tributação: das origens à crise atual. Misabel Abreu Machado Derzi, Onofre Alves Batista Júnior, André Mendes Moreira (organizadores). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. (Coleção federalismo e tributação, v.1);

BEVILACQUA, Lucas. Incentivos Fiscais de ICMS e Desenvolvimento Regional - Série Doutrina Tributária Vol. IX - São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BORGES, José Souto Maior. O ICMS e os incentivos fiscais concedidos unilateralmente por Estado-membro *in*: Grandes Questões Atuais do Direito Tributário, 4º V., São Paulo: Dialética, 2000.

- BRANDÃO JUNIOR, Salvador Cândido. Federalismo e ICMS: Estados-Membros em “Guerra Fiscal” – Série Doutrina Tributária v. XIV. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BRITO, Edvaldo. Direito tributário e constituição: estudos e pareceres -1ª ed. – São Paulo: Atlas, 2016.
- CALIENDO, Paulo. O Federalismo Fiscal e o Princípio da Subsidiariedade, in: Estado federal e tributação: das origens à crise atual. Misabel Abreu Machado Derzi, Onofre Alves Batista Júnior, André Mendes Moreira (organizadores). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. (Coleção federalismo e tributação, v.1);
- CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 29ª Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS. São Paulo: Noeses, 2012.
- DALLAZEM, Dalton Luiz. O postulado da nulidade da lei inconstitucional Temperança. In *Repertório de Jurisprudência IOB*, nº 11/2002 – Caderno 1.
- DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé. Curitiba: Juruá, 2008
- DA SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro. Federalismo Fiscal, Eficiência e Legitimidade: O Jurídico Para Além do Formalismo Constitucional, in: Estado federal e tributação: das origens à crise atual. Misabel Abreu Machado Derzi, Onofre Alves Batista Júnior, André Mendes Moreira (organizadores). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. (Coleção federalismo e tributação, v.1);
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito Tributário, Direito Penal e Tipo - 3ª Ed. 2018.

- ESTRE, Bernardo Felipe. Poder, Interdependência e Desigualdade; orientador: Paulo Luiz Moureaux Lavigne Esteves. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Relações Internacionais da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2011
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *In Revista de Direito Administrativo*, Vol. 230, outubro/dezembro de 2002, Rio de Janeiro: Renovar.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988. 8ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- JÚNIOR, Onofre Alves Batista. MARINHO, Marina Soares. *Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: A lei Kandir e o pacto federativo* in: *Revista de Informação Legislativa*: v. 55, n. 217, jan. mar. 2018, fls. 157 - 180.
- MANEIRA, Eduardo. *Legitimidade do Ministério Público no ajuizamento de ação civil pública para o questionamento de termos de acordos de regimes especiais* in: <http://maneira.adv.br/artigos/legitimidade-do-mp-no-ajuzamento-de-acp-para-o-questionamento-de-termos-de-acordo-de-re/>
- NASCIMENTO, João Paulo do. Eficácia da Coisa julgada Tributária em face da mutação Constitucional pela via da Interpretação Jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 68, p. 191-206, jun./2013-2014.
- OLIVEIRA, Luciana Marques Vieira da Silva. Declaração de inconstitucionalidade de benefício fiscal de ICMS concedido sem prévio convênio CONFAZ e consequências práticas in: *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, Brasília, v.40, n.1, p. 135 - 164, jan./jun., 2015.
- PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012., p. 112.

ROTHMANN, Gerd Willi. A guerra fiscal dos Estados na (es) ordem tributária e econômica da federação. In: CARVALHO, Antônio Augusto Silva Pereira de;

TIPKE, Klaus. Moral tributária do estado e dos contribuintes, tradução por Luiz Dória Furquim - Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário, 12ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

XAVIER, Alberto. Do lançamento no direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª ed., 2005

AS CLÁUSULAS ESCALONADAS E A JUSTIÇA MULTIPORTAS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Camila Assunção Cavalcante

Taís Batista Fernandes Braga

Introdução

O art. 5^a, inciso XXXV, da Constituição Federal, dispõe que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, constitucionalizando, assim, o princípio da inafastabilidade de jurisdição. Paralelamente, a Carta Magna trouxe em seu texto um grandioso aparato de direitos e garantias, tanto individuais quanto coletivas, responsáveis por alçar o indivíduo a um patamar de cidadania nunca antes visto.

A partir de então, observou-se no Brasil um incentivo excessivo ao contencioso, o qual não foi acompanhado de um rol de políticas públicas capazes de assegurar o crescimento proporcional do aparato estatal para a correta resolução dessas controvérsias. Escancarou-se uma crise no judiciário nacional, ante a sua clara incapacidade de suportar a procura – segundo o relatório 32.789-BR, do Banco Mundial, em 2004, a demanda para cada juiz, seja ele estadual, federal ou trabalhista era, em média, de 1.357 ações; para os juízes argentinos, esse número era de 875, no mesmo período. Dessa forma, presenciou-se um fenômeno no qual o mesmo poder público instituidor e defensor de direitos e garantias fundamentais tornou-se um dos grandes responsáveis por feri-las, ao não assegurar uma razoável, adequada e efetiva duração do processo.

Com a promessa de desburocratizar procedimentos e promover uma maior aderência do procedimento ao caso concreto, o Código de Processo Civil de 2015 representou um verdadeiro catalisador da necessidade de mudança, escancarando a premência de se incutir na mentalidade popular a consciência de que o acesso à justiça não pode estar subordinado a uma banalização do judiciário. Atrelado a terceira onda renovatória (eternizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth em “Acesso à Justiça”), cujo foco está em uma noção mais ampla de acesso à justiça, o Código de Processo Civil, em seu art. 3º, alçou outros meios de resolução de conflitos ao patamar de alternativas legítimas à tutela jurisdicional. Tal previsão, além de consagrar o princípio da cooperação judicial, ampliou o leque de escolhas das partes, conferindo-lhes maior controle e independência na resolução das suas próprias contendas.

Cabe ressaltar, todavia, que a jornada não foi livre de percalços. Não obstante os esforços do Código de Processo Civil de 2015 no sentido de estabelecer uma legítima justiça multiportas, esta não foi aceita de forma imediata e enfrentou resistência até alcançar real aquiescência no cotidiano do judiciário – com destaque para a Justiça do Trabalho, que foi a última a instituir a mediação, nos termos da Resolução nº 174, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho/CSJT. No entanto, a experiência sucedeu, conduzindo a diversas soluções amigáveis de controvérsias. Como exemplo, tem-se o acordo de R\$ 9,3 milhões, realizado em 29 de Agosto de 2018, no TRT da 11ª Região, entre trabalhadores e empresas estrangeiras que desenvolviam serviços em Tefé, município do interior do Amazonas. A mediação entre as partes foi responsável por garantir direitos trabalhistas a mais de 800 funcionários, após intensas negociações.

Nesse contexto de grande incentivo aos métodos alternativos de soluções de controvérsias, a cláusula escalona, além de representar uma forma relativamente nova de implementação dessas soluções no Brasil, constitui exemplo desse maior incentivo a autonomia das partes: inseridas contratualmente, são fruto da vontade daquelas, e não de uma imposição estatal.

Desenvolvimento

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram assegurados uma série de direitos e garantias individuais e sociais, panorama que

colocou o indivíduo na posição de titular do Poder Constituinte Originário e verdadeiro protagonista de um Estado Democrático de Direito, após 20 anos de um regime militar autoritário.

Estabelecendo cláusulas pétreas, a Carta Magna atestou de forma expressa, mais precisamente em seu art. 5º, incisos XXXV e LIV, o direito subjetivo do cidadão recorrer a tutelar estatal ao mínimo sinal de desrespeito aos seus direitos, recém-conquistados. Criou-se, assim, uma expectativa em torno do poder Judiciário no sentido de que ele produza justiça, garantindo os direitos de todas as pessoas do povo e resolvendo rapidamente e com equidade os conflitos de direito (DALLARI, 1996, p. 79). Assim, a procura pelo judiciário cresceu exponencialmente sem, todavia, serem dados subsídios ou instituídas políticas públicas capazes de suportar tal demanda.

No que concerne a noção de justiça incutida no imaginário popular, tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 11). É indiscutível que o Estado precisa intervir em certo grau para garantir a observância de direitos do indivíduo – noção esta que fica clara quando a visão de sociedade é ampliada para um conceito macro e social, característico da segunda dimensão de direitos humanos. Mas o que se viu, na prática, foi um Poder Público que passou a servir de muleta para a resolução de todo e qualquer conflito instaurado entre os indivíduos. Nas faculdades de direito, cresceu a noção de uma formação acadêmica voltada fundamentalmente para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses (WATANABE, 2008, p. 6).

Como resultado dessa tendência, criou-se um Judiciário que, na sua ânsia em resolver todas as contentas que lhe eram apresentadas, acabou por se tornar também o grande responsável por ferir direitos e garantias fundamentais, tendo em vista o fato de um devido processo legal constitucional ir além da simples garantia de acesso ao judiciário: mais do que isso, envolve noções amplas de respeito aos procedimentos e aos princípios que o regem, tais como a eficiência e, por consequência, a sua razoável duração. Por essa razão, além de desafogar o Judiciário, a implementação de uma justiça multiportas advém de uma verdadeira necessidade social, visto que

[...] um Estado democrático não pode abandonar seus cidadãos a um processo lento e viciado, pois não é raro que as vidas e o destino das pessoas estejam diretamente vinculados à solução de um determinado processo, motivo pelo qual é extremamente leviano fazê-los aguardar tempo excessivo pela decisão judicial, somente porque falta interesse e vontade política para estruturar e aparelhar adequadamente o Poder Judiciário. [...] um processo que dura um dia a mais do estritamente necessário não terá duração razoável e já será injusto (HOFFMAN, 2006, p. 211).

Essa preocupação com o adequado e efetivo acesso à justiça, seja estatal ou por intermédio de outras formas de resolução de litígios, permeia a comunidade acadêmica há algum tempo e foi devidamente destrinchada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra “Acesso à Justiça”, de 1988. Logo no primeiro capítulo, os renomados autores refletem no sentido de que

[...] 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 pretenda garantir, e não apenas proclamar, direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, P. 12)

E continua, mais adiante, atentando para o fato de que

[...] Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sócias; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 12)

Essa forma mais orgânica de se pensar o processo de resolução de uma contenda – como um verdadeiro fenômeno, de genuíno impacto social e,

por essa razão, impossível de ser resumido a um único procedimento estático – é introduzido na obra citada por intermédio da chamada “terceira onda reformatória do acesso judiciário”. As duas primeiras ondas estavam centradas, respectivamente, em fornecimento de assistência judiciária para os mais pobres e na representatividade/proteção dos interesses advindos dos direitos difusos e coletivos.

No que concerne a terceira onda renovatória, o foco está em centrar

[...] sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 67).

Assim, vê-se que o enfoque está em encarar as três ondas como verdadeiras dimensões, nas quais os benefícios alcançados por uma englobam e subsidiam diretamente no desenvolvimento da outra. A terceira onda busca uma verdadeira reforma no sistema judiciário e na noção de se vivenciar a justiça, objetivando garantir uma tutela jurisdicional que seja, de fato, efetiva. Para isso, reconhece que não há meio mais eficaz ou ideal de se fornecer esse acesso e, por decorrência lógica, resolução satisfatória de controvérsia, mas sim uma correlação direta entre todos os diferentes personagens que compõem o sistema jurisdicional, tanto diretamente – de dentro do próprio – quanto externamente, por intermédio de outros métodos.

Buscando essa mesma linha de renovação, os Estados Unidos passaram a investir cada vez mais no uso dos chamados *Alternative Dispute Resolutions*, que nada mais são do que formas alternativas aos tradicionais meios de dar solução aos litígios. Os *ADRs* vão do menos formal – negociação, conciliação, facilitação, mediação, méd-arb, arbitragem – até o esquema mais formal – procedimentos determinados por tribunal, híbridos e julgamento por tribunal convencional (GOLDBERG; SANDER; ROGERS, 1992).

O Código de Processo Civil de 2015 surgiu no ordenamento brasileiro com uma proposta de mudança processual atrelada ao modelo de justiça multiportas. Este, por sua vez, foi proposto por Frank Sander na *Pound Conference*, em 1976, e visava, naquele contexto, reformular um Judiciário incapaz de lidar de forma adequada e eficiente com todas as situações conflituosas que lhe eram submetidas (NOGUEIRA; NOGUEIRA; 2017, p. 506).

Buscando investir no reconhecimento e legitimação dos *Alternative Dispute Resolutions*, em seu art. 3^a, o referido diploma processual consagrou uma relação de codependência direta entre o princípio da inafastabilidade de jurisdição, os meios alternativos de solução de controvérsias e o princípio da cooperação, uma vez que o cerne da justiça multiportas está fincado justamente na noção de que todos esses meios, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, são alternativas válidas e eficazes para dirimir conflitos. Assim, estabeleceu que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, sendo permitida a arbitragem, nos ditames da lei; ainda, que o Estado, sempre que possível, deve procurar promover a solução consensual de conflitos entre as partes, além da previsão expressa de estímulo das partes a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no curso do próprio processo judicial.

Adiante, em seu art. 6^o, determina também a necessidade de cooperação entre os sujeitos do processo. O princípio da cooperação, segundo o qual os litigantes devem cooperar entre si a fim de se alcançar uma sentença de mérito justa e efetiva para todas as partes é, inclusive, noção que deve ser cultivada não só no âmbito jurisdicional, mas em qualquer forma de solução de conflito, ante a sua natureza precípua de promoção da boa-fé objetiva, pautada na lealdade processual.

A proposta do Código de Processo Civil de 2015 consiste, dessa forma, em simplificar procedimentos e dar um enfoque especial às peculiaridades do caso concreto, promovendo a autonomia das partes de escolherem o meio que mais faz sentido, dentro da vivência de ambas, para resolução de uma determinada controvérsia.

Há uma justa expectativa, nessa acepção, de que a solução consensual seja mais efetiva do que a jurisdicional, principalmente no que diz respeito às formas autocompositivas, uma vez que, não obstante as partes venham a fazer algumas concessões, a chance de sucesso é muito maior, visto que a solução não advém da imposição de um terceiro imparcial, mas sim de

uma negociação estruturada, que agrega valor ao que cada um dos negociadores buscava inicialmente (TARTUCE, 2015, p. 30). Nesse sentido:

[...] Essa seria a melhor alternativa para se chegar a verdadeira paz social, através do estímulo ao diálogo entre as partes, para que elas resolvam os conflitos de acordo com as suas vontades e na sua totalidade. Seria este o melhor caminho para que esses meios finalmente deixassem de ter um caráter residual com relação ao processo, adquirindo tanto peso quanto este e tornando-se, assim, verdadeiras alternativas. (BACELLAR, 2011, 32-33)

Partindo desse incentivo a autonomia das partes para resolução de suas próprias contendas e consequente eficácia da solução escolhida, chega-se a figura das cláusulas escalonadas. Estas nada mais são do que uma previsão, instituída contratualmente, de que eventuais litígios entre as partes serão dirimidos por meio de uma sequência escalonada de procedimentos alternativos de solução de disputas (BERGER, 2006, p.1). Ou seja, por meio de uma ordem escalonada de soluções, adotam-se, dentro de um contrato, dois ou mais métodos para resolver uma determinada contenda.

As progressões sociais fizeram com que conceitos relacionados a *pacta sunt servanda*, segundo o qual os acordos devem ser mantidos a qualquer custo, por exemplo, fossem relativizados em prol de situações mais atreladas a realidade, tais como *rebus sic stantibus*, ou seja, a segurança de que as coisas terão validade enquanto a situação que as originou se mantiver. Portanto, em contratos vultuosos e de longa duração, que pressupõem um desgaste natural da relação jurídica ali representada, a cláusula escalonada tem se tornado quase que um item obrigatório, visto que subordina a apreciação judicial da contenda a diversas formas alternativas de resolução de conflitos, constituindo legítimo exemplo do espírito de justiça multiportas instituído pelo Código de Processo Civil.

Essa é uma forma de resolução de conflitos que está muito presente, por exemplo, em contratos de viés empresarial, uma vez que estes geralmente têm longa duração e complexidade, requerendo a adoção da solução que melhor possa conservar a continuidade da relação, uma vez que as especificidades dos negócios ali discutidos podem levar um processo judicial a se alongar por anos, tornando-o cansativo e traumático para

todas as partes envolvidas. Ao final, muitas vezes, ambos estão exaustos e frustrados, visto terem que

[...] prestar obediência ao juízo do juiz. O juízo do juiz, tal qual se forma, dos modos que veremos, é o processo, não é um juízo qualquer; em particular, não tem o valor de um simples conselho, de modo que aquele a quem é dirigido possa ou não segui-lo, conforme lhe pareça bom ou mau; é um juízo que tem a força de um mandato, tal qual se estivesse escrito na lei. (CARNELUTTI, 2010, p. 44)

A ordem de escolha do meio utilizado costuma obedecer a forma autocompositiva e, posteriormente, a heterocompositiva, com a instauração de um tribunal arbitral. Fato é que a aderência às cláusulas escalonadas – mesmo que, nesse momento inicial, elas estejam presentes em sua maior parte nas relações empresariais – constitui forma essencial de dar maior publicidade aos meios alternativos e torná-los mais palatáveis a uma sociedade que ainda não os conhece, uma vez que a primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário e, sem dúvida, a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade (DALLARI, 1996, p. 80).

Para entender melhor o instituto, deve-se compreender, primeiramente, os modelos de solução de controvérsias nos quais ele está pautado. Geralmente, a cláusula escalonada é med-arb, ou seja, primeiramente utiliza métodos autocompositivos, como a mediação, para, posteriormente, recorrer a uma forma heterocompositiva, com o envolvimento de um terceiro imparcial responsável por decidir a controvérsia.

As formas autocompositivas mais usuais são a mediação e a conciliação, sendo a mediação a

[...] Intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. (CALMON, 2007, p. 119)

Ao mediador, cabe o papel de auxiliar as partes na busca por uma solução consensual, interferindo apenas na medida para ajudá-las a alcançar

esse entendimento, sem decidir ou julgar o que quer que esteja em discussão. O conciliador atua da mesma forma,

[...] nada havendo de substancialmente distinto entre as duas figuras, senão que, simplesmente, conforme dicção dos §§ 2º e 3º do art. 165, do CPC (Lei nº 13.105/2015), o conciliador atua preferencialmente nos casos em que inexista vínculo anterior entre os litigantes, propondo solução para a controvérsia, ao passo que cabem ao mediador as hipóteses de litígio em que já existente tal relacionamento prévio, concentrando sua atividade no esclarecimento dos aspectos relevantes da questão. (LIMA, 2015, p. 13-14)

A arbitragem, método extrajudicial de resolução de controvérsias escolhido para fazer as vezes de alternativa heterocompositiva no âmbito das cláusulas escalonadas, marca a instituição de um terceiro imparcial e desinteressado no debate, com a habilidade de decidi-lo. O poder conferido ao árbitro não advém, portanto, de uma concessão estatal, mas sim da vontade das partes de submeterem aquele conflito a um terceiro. Basicamente, consiste em

[...] sistema de solução de controvérsias, desde pequenos litígios pessoais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação. (STRENGER, 1996, p. 33)

Logo, uma vez que a cláusula escalonada pode vir a adotar diferentes *ADRs* para solução da controvérsia instaurada, na ordem e com os métodos que melhor atendam às necessidades das partes, tem-se que constitui um modo válido e eficaz de solução que, a longo prazo, e com a sua conseqüente popularização, pode vir a desempenhar importante papel na dinâmica de mudança e virada processual pela qual passa o Judiciário brasileiro.

Todavia, como qualquer novidade, deve-se atentar para o fato de que muito no que diz respeito a cláusula escalonada ainda está em construção; portanto, é natural que surjam questionamentos acerca da sua real aplicabilidade e eficácia. As partes, sobretudo, devem estar sempre atentas e

serem bem assessoradas no que concerne a sua redação, visto que interpretações ambíguas ou duvidosas podem suscitar ainda mais conflitos entre os contratantes. Em atenção à redação da cláusula, esta

[...] deve observar adequadamente os critérios e parâmetros a serem adotados, tanto na fase de mediação, como na eventualidade deste procedimento autocompositivo não ser exitoso, poder instaurar a arbitragem imediatamente, sem objeções. Neste sentido, seria de boa cautela que a redação da cláusula estipulasse como esse processo de mediação ou conciliação deve iniciar, transcorrer e finalizar, como prazos bem definidos, haja vista as repercussões que possam advir, pois em vez de facilitar a solução da controvérsia, restando expedita a via arbitral, pode a ela representar um embaraço [...] (LEMES, 2010, p. 7/8)

Ainda,

[...] além os prazos do procedimento, as partes devem definir as suas etapas, identificar adequadamente quem participará do procedimento, por exemplo, se os executivos indicados têm os poderes necessários e verificar se os custos seriam adequados para o porte do contrato [...] (PITOMBO, 2010, palestra)

Faz-se mister, destarte, que as partes atentem para a observância dos procedimentos e redação da própria cláusula, com o objetivo de evitar desgastes judiciais desnecessários e que constituam verdadeiros incidentes no que diz respeito a controvérsia principal e inicialmente instaurada.

Visto que a instituição de uma cláusula escalonada e dos métodos escolhidos advém totalmente da autonomia de vontade das partes, a cláusula deve ser seguida e respeitada da forma como foi pactuada. Recentemente, o Brasil foi palco de uma decisão emblemática do Tribunal de Justiça do Paraná que, ao julgar a Apelação Cível de nº 1668801-0 (originalmente, autos de nº 0001233-28.2013.8.16.0043), anulou sentença arbitral por desrespeito a etapa prévia de negociação, suscitando calorosa discussão acerca da real eficácia e poder dessas cláusulas dentro dos contratos.

No caso concreto, em suma, o contrato em questão dispunha sobre operações portuárias e foi firmado entre a Interportos Ltda. e a Terminais Portuários da Ponta do Félix S.A. A avença previa que, antes de dar início a procedimentos formais de solução de controvérsias, as partes deveriam tentar resolvê-las de forma amigável, por meio de reuniões durante o prazo de 30 dias, constituindo negociações. Somente depois de esgotada a fase de reuniões sem a solução da controvérsia por acordo mútuo, as partes poderiam se submeter a etapa arbitral.

Instaurada a arbitragem, os árbitros consideraram cumprida a etapa prévia de negociação, uma vez que a Interportos notificou a Ponta do Félix para solução amigável e que as partes teriam se reunido para tentar negociar – sem, todavia, respeitarem o prazo de 30 dias previamente estabelecido. Como consequência, a Ponta do Félix optou por recorrer ao judiciário que, em primeira instância, julgou o pleito de anulação improcedente; todavia, em segunda instância, o Acórdão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná considerou que o tribunal arbitral desrespeitou a autonomia da vontade por não observância da cláusula que estabelecia a etapa de negociação pré-arbitral:

[...] Após detido exame dos autos, ousei divergir, com a devida vênia, do e. Relator originário, por entender que a sentença arbitral objeto da lide deve ser anulada, por inobservância de disposição contratual expressa prevendo que “Antes de dar início a procedimentos formais de solução de controvérsias, as Partes comprometem-se, em primeiro lugar, a tentar resolvê-las amigavelmente [...]” (Cláusula 14 do Contrato de Operação Portuária). [...] Com efeito, a análise em questão não se trata de revisar o mérito da sentença arbitral, mas sim de verificar a legalidade do procedimento adotado naquela jurisdição, maculado evidentemente pela inobservância de disposições contratuais previamente estabelecidas (autonomia da vontade) e na inversão irregular de ônus probatório comparável à obrigação de produzir prova impossível. [...] Assim, tendo a apelante demonstrado efetivo prejuízo pela inobservância das regras contratuais (autonomia da vontade) e dos princípios que regem o procedimento arbitral (art. 32, VIII, LA), ou seja, inversão de ônus probatório

que não lhe incumbia, a nulidade da sentença arbitral é medida que se impõe. [...] (TJ/PR, Apelação Cível nº 1668801-0, Curitiba, 22 de Ago. de 2017)

Assim, o Judiciário brasileiro mostra tendência a, acertadamente, favorecer os compromissos acordados pelas partes quando em igualdade de condições, o que decorre, primordialmente, da voluntariedade de se instituir uma cláusula escalonada. Tal posicionamento vai ao encontro da postura estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015 de privilégio a instituição de uma justiça multiportas, uma vez que tornar a etapa prévia de negociação ou de mediação vinculante advém, em primeiro lugar, do querer das partes e que estas, na nova configuração da reforma processual em vigor, inclinam-se cada vez mais a assumirem o papel de verdadeiras protagonistas na solução das suas contendas.

Conclusão

O Código de Processo Civil de 2015 inaugurou o começo de uma revolução no modo tradicional do país fazer e viver a noção de justiça. A verdade é que, apesar de ser tendência internacional há algum tempo, no que tange aos *ADRs*, o Brasil precisa de mais tempo para amadurecer a cultura preventiva do litígio. Essa afirmação não objetiva, entretanto, ser uma crítica; afinal, não se espera que uma instituição de séculos mude o cerne da sua essência em tão pouco tempo.

Imprescindível, todavia, reconhecer a necessidade de se destrinchar e entender as diferentes formas de acesso à justiça, suas peculiaridades, vantagens e desvantagens para a efetivação da mudança. Sobretudo, é essencial que seja inculcada uma consciência geral, não só por parte da população, mas dos próprios operadores do direito, de que o diálogo e a compreensão entre as partes podem ser capazes de criar um sistema no qual estas não se vejam automaticamente associadas a noções de “vencedoras” e “perdedoras”.

Busca-se, assim, o abandono do caráter residual dos meios alternativos e que estes passem a constituir, a exemplo do seu nome, verdadeiras alternativas ao contencioso. Dessa forma, dar-se-á novo gás a prestação jurisdicional, por meio da criação de um sistema coeso, no qual são ofere-

cidos subsídios às partes para que estas possam resolver as suas contendas da melhor forma possível, tanto dentro, quanto fora do âmbito judicial, segundo as peculiaridades dos conflitos suscitados.

Referências

- ARRUDA, Martha. *Cejusc-JT homologa acordo de R\$ 9,3 milhões garantindo direitos a 800 trabalhadores*. 2018. Disponível em: <<https://portal.trt11.jus.br/index.php/comunicacao/noticias-lista/3431-cejusc-jt-homologa-acordo-de-r-9-3-milhoes-garantindo-direitos-a-800-trabalhadores>> Acesso em: 08 de ago. de 2019
- BACELLAR, Roberto Portugal. *O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos*. IN: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSSO, Antonio Cezar (coords.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a justiça conte: Medindo e Aprimorando o Desempenho do Judiciário no Brasil*. Relatório nº 32789-BR. 2004. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/927921468769735592/pdf/327890PORTUGUE10Que0A0Justica-0Conte.pdf>>. Acesso em: 19 de Jul. de 2019
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de Jul. de 2019.
- BRASIL. Lei ordinária 13.105/2015. *Código de Processo Civil*. 16 de março de 2015. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 de mar.de 2015, Atos do Poder Legislativo, Seção 1.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível nº 1668801-0, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Apelante: Terminais Portuários da Ponta do Félix S/A. Apelada: Interportos Ltda. Relator: Des. Ramon de Medeiros Nogueira. Curitiba, 22 de Agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em: 31 de Jul. de 2019.

- CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Co., 1992.
- HOFFMANN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LEMES, Selma Ferreira. *Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro FINKELSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B., CASADO FILHO, Napoleão. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 163/178. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Cláusula%20Escalonada%20ou%20Combinada%20-%20Mediação,%20Conciliação%20e%20Arbitragem.pdf>>. Acesso em: 19 de Jul. de 2019
- LIMA, Fernando Antônio Negreiros. *Teoria Geral do Processo Judicial*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana; NOGUEIRA, Suzane de Almeida Pimentel. *O sistema de múltiplas portas e o acesso à justiça no Brasil: perspectivas a partir do novo código de processo civil*. Revista de Processo. Vol. 276. Ano 43. P. 505-522. São Paulo: Ed. RT, fev. 2018.
- PITOMBO, Eleonora. “Cláusula Combinada de Soluções de Disputas”, *Seminário de Arbitragem e Infraestrutura*. Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC, Instituto de Engenharia do Paraná – IEP e Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curitiba, 25 e 26 de fev. de 2010. Palestra proferida em Mesa Redonda.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: LTR, 1996.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação para conflitos civis*. 2. Ed., São Paulo: Método, 2015.

_____. *Reflexões sobre a aplicação das previsões consensuais do novo CPC em demandas familiares*. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 91, jul. – set./2015.

WATANABE, Kazuo. *A Mentalidade e os meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil*. In: WATANABE, Kazuo et al (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDIAÇÃO INDÍGENA COMO FERRAMENTA FACILITADORA EM CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS URBANOS EM MANAUS

Vitória da Silva Lima Monteiro

Denison Melo de Aguiar

INTRODUÇÃO

A mediação indígena como mecanismo de solução de conflitos pode ser instrumento que contribua para a solução de conflitos que envolvem povos indígenas em áreas urbanas na cidade de Manaus, Amazonas. A capital do Estado do Amazonas é uma cidade grande e urbanizada, e conta com uma rica variedade socioambiental no que se refere aos povos indígenas que integram a população local. Além de contar com uma população de 2.130.264 habitantes (IBGE, 2010, p.1; AGENCIA DE NOTICIAS, 2017, p. 2), a análise da distribuição espacial dos autodeclarados indígenas revelada pelos Censos Demográficos aponta que a Região Norte e o ambiente amazônico mantêm a supremacia ao longo dos Censos, com 37,4% de um total de 817 mil dos autodeclarados em todo o país (IBGE, 2011, p.1).

Assim, se refere o povo indígena de acordo com a definição pautada pelos critérios adotados pela Fundação Nacional do Índio, que se baseiam na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, BRASIL, 2004, p. 2) sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004 (BRASIL,

2004). Segundo tal definição, índio é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.

A cidade de Manaus possui uma realidade marcada pelo multiculturalismo (TAYLOR, 1994, p. 45) como o problema da convivência entre diversidades culturais de uma forma que pretende conciliar posturas conflitantes. Logo, a mediação, como meio de resolução de conflitos extrajudicial está prevista no ordenamento jurídico nacional pela Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), na qual possibilita a condução, pelo mediador, do procedimento de comunicação entre os mediandos, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito. Trata-se de procedimento voluntário, opcional e que pode versar sobre o todo ou sobre parte do conflito, conforme descreve o art 4º, § 1º da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015). Não cabe ao mediador a palavra final ou a decisão coercitiva de resolução da lide, mas sim aos mediandos, através do diálogo por ele facilitado.

Nesse contexto, o uso da mediação para comunicação em desentendimentos pode ser uma ferramenta de diálogo entre as diversas alteridades integrantes do cenário urbano da cidade de Manaus.

Refere-se a conflitos dos mais variados, trazendo um enfoque especial a conflitos de moradia envolvendo grupos indígenas, em situações de cidadãos, reconhecidos pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Entende-se conflito de moradia no contexto em estudo como o gerado por povos indígenas cidadãos que migraram para o centro urbano, formando ocupações habitacionais.

A essas situações de ocupação envolvendo povos indígenas migrados para o centro urbano é que se direciona a presente pesquisa, bem como, aos seus desdobramentos, que envolvem dificuldades de convívio. Realidade esta que não só entre os povos indígenas como também entre estes e a população não-indígena que com eles convive.

Assim sendo, se instaura um problema: Como a mediação indígena pode constituir ferramenta facilitadora em conflitos socioambientais urbanos na cidade de Manaus?

Através deste estudo, descreve-se a aplicação da mediação como ferramenta facilitadora de solução de litígios aos povos indígenas envolvi-

dos em conflitos socioambientais urbanos na cidade de Manaus. A partir disso, aponta-se que a mediação como mecanismo de solução de litígios é aplicável aos conflitos fundiários urbanos envolvendo povos indígenas em Manaus.

Num segundo ponto, demonstra-se como a presença de um mediador devidamente inserido na cultura e no convívio da comunidade contribui para oportunizar um diálogo aproximado à jurisdição indígena, mantendo a solução e o procedimento de acordo com a legislação brasileira. Propõe-se, ainda, a internormatividade como solução ao fenômeno de aumento de leis e de processos no contexto dos conflitos fundiários envolvendo populações indígenas citadinas.

O estudo tem sua relevância social demonstrada ao observar que a complexidade da sociedade manauara constitui sociodiversidade (FERREIRA, 2012, p.14) e, portanto, facilidade para discordar nas mais variadas áreas do cotidiano. No contexto dos conflitos de moradia em estudo, explora-se problemáticas que envolvem os povos indígenas inseridos na área urbana da capital amazonense, entre si ou com população não-indígena que com eles convive.

Quanto à relevância científica, aponta-se a disparidade de cosmovisões no contexto dos conflitos em estudo. Quanto à justificativa acadêmica, aponta-se o multiculturalismo manauara e o ambiente dialógico criado pelo mediador. Há, na mediação, a oportunidade de criar um ambiente de diálogo integrativo entre culturas.

A metodologia utilizada para a realização do estudo foi a pesquisa bibliográfica e documental, através do levantamento de referências teóricas publicadas por meios escritos e eletrônicos (FONSECA, 2002, p.32). De forma que, com essa pesquisa, realizada em artigos científicos, livros e jurisprudência, obtém-se conhecimento do que já se estudou sobre o assunto, a fim de coletar as informações necessárias para possibilitar investigação mais precisa a respeito do tema.

2. A RIQUEZA SOCIOAMBIENTAL DA CIDADE DE MANAUS E OS CONFLITOS DELA DECORRENTES

A cidade de Manaus, capital do Estado do Amazonas, possui mais de dois milhões de habitantes (IBGE, 2010, p. 1). São 63 bairros distri-

buídos em uma área de mais de 11 mil km². É uma metrópole que conta com uma rica diversidade étnica e multicultural. De acordo com dados do IBGE, a cidade conta com oito mil indígenas autodeclarados, representando 92 etnias, que falam 36 línguas, presentes em 62 bairros (IBGE, 2010, p.2). As organizações indígenas, contudo, fazem referência a 20 mil indígenas (PEREIRA, 2016, p. 9).

A divergência entre os estudos também se faz presente na quantificação de etnias representadas na metrópole. Em 2015, foi elaborada uma cartografia por Pereira (2016, p. 8) juntamente à Coordenação dos Povos Indígenas de Manaus e Entorno (COPIME). Nela, foram identificadas 34 etnias em 51 bairros.

Os povos indígenas são: Munduruku, Tikuna, Sateré-Mawé, Desana, Tukano, Miranha, Kaixana, Baré, Kokama, Apurinã, Tuyuka, Piratapuya, Kamaiura, Kambeba, Mura, Maraguá, Baniwa, Macuxi, Wanano, Tariano, Bará, Arara [do Aripuanã], Karapãna, Barasana, Anambé, Deni, Kanamari, Katukina, Kubeo, Kulina, Marubo, Paumari, Arara do Pará e Manchineri (PEREIRA, 2016, p.9).

O estudo identificou, ainda, 19 línguas faladas: Munduruku, Tikuna, Mawé, Mura, Desano, Tukano, Baré, Língua geral amazônica (Nhengatu), Piratapuya, Wanano, Apurinã, Tariano, Kaixana, Kokama, Karapãna, Tuyuka, Barasana, Baniwa e Kambeba - em 41 bairros (PEREIRA, 2016, p. 10).

Segundo o estudo realizado por Pereira, é possível afirmar que na cidade de Manaus há 34 cosmovisões indígenas dialogando em um centro urbano com os demais cidadãos.

Os povos indígenas do Brasil têm suas próprias cosmovisões de mundo e suas próprias construções culturais, o que influencia no modo de resolução de conflitos. A colonização brasileira foi caracterizada pela imposição, por parte do colonizador eurocêntrico, da forma estadocêntrica de se representar o Judiciário (CHAVES, 2013, p. 16).

A verdade é que a cultura e a visão de mundo do indivíduo são determinantes para sua visão do Estado e de sua justiça. As leis e o funcionamento do sistema Judiciário brasileiro são fruto de um Estado de formação cristã, e de heranças culturais dos europeus. A complexidade da sociedade manauara, que conta com uma rica variedade de histórias e culturas em convívio tão próximo, leva-se a experimentar uma grande facilidade para

discordar. A população manauara é sociodiversa e isso é riqueza socioambiental, pois há uma forte relação de complementaridade entre natureza e cultura (FERREIRA, 2012, p.14). Por contar com uma riqueza de diferenças acaba-se discordando em muitas situações relacionais.

Ao descrever a riqueza sociocultural da cidade de Manaus, aponta-se que ela desafia a população manauara a buscar ferramentas de comunicação e solução de litígios. Percebe-se que, além do aspecto referente à crise habitacional que atinge a cidade, há nessas ocupações indígenas, o aspecto da cosmovisão diferenciada dos indivíduos envolvidos, questões que devem ser ponderadas em conjunto pelo mediador. A riqueza cultural se desafia a estabelecer uma comunicação entre as partes envolvidas de forma a respeitar a subjetividade de cada uma (NICÁCIO, 2011, p. 14).

Taylor (1994, p. 46) defende o contexto multicultural, associado à necessidade de uma política legítima de reconhecimento público das diferenças por parte das instituições públicas. Justificando desta forma a defesa da sobrevivência das comunidades culturais presentes nas sociedades multiculturais por estarem vinculadas à formação das identidades humanas, bem como à concessão de direitos especiais aos grupos culturais específicos (SILVA, 2006, p.2).

Como em qualquer conflito, é desejo das partes ver de pronto a solução, conforme seus valores e interesses. Mas sabe-se que dificilmente as partes envolvidas em um conflito judicial conseguem preservar uma boa amizade após a sentença final. A perspectiva proporcionada pela mediação neste contexto é o ambiente dialógico criado pelo mediador, através desta ferramenta voluntária, que abre a possibilidade de se obter um consenso entre a cosmovisão de um povo indígena com a população não-indígena na cidade de Manaus.

3. A MEDIAÇÃO INDÍGENA EM CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS

O centro urbano de Manaus vive o multiculturalismo descrito por Taylor (1994, p. 46). Neste sentido, para resolução de conflitos de moradia no contexto dos povos indígenas citadinos, é necessário observar que, pelo multiculturalismo, tendo os avanços tecnológicos rompido com a visão de mundo centrada e ordenada pela vontade divina, é preferível uma

ordem jurídica cada vez mais negociada com as cosmovisões indígenas. Neste sentido, a mediação surge como exercício de convivência e promoção de direitos (NICÁCIO, 2011, p. 2).

É neste contexto que a mediação ganha espaço como método adequado de resolução de conflitos. Pode-se falar, de um movimento em duplo sentido: (i) a mediação está arraigada no meio social, (ii) mas tem ganhado espaço também nas próprias estruturas judiciais, evidenciando uma dinâmica mais ampla em direção a uma ordem jurídica e social que se quer cada vez mais negociada. Com isso pode-se dizer que, como um procedimento próprio da pós-modernidade, a mediação oferece oportunidade de negociar novas formas de aplicação não só da justiça, mas até da própria lei (LE ROY, 1995, p. 1).

O foco do mediador não é resolver o conflito, mas sim facilitar um diálogo entre os mediados. Six (1990, p. 164) descreve quatro tipos de mediação que aliam a resolução do conflito à preservação dos laços relacionais: uma criadora, outra renovadora; uma preventiva e outra criativa. As duas primeiras dedicam-se a fazer nascer ou renascer laços relacionais, enquanto as duas outras se destinam a administrar uma situação de conflito (seja ele iminente ou já deflagrado).

As quatro visam estabelecer ou restabelecer a comunicação entre pessoas ou grupos: a natureza da mediação é, inequivocamente, relacional (SIX, 1990, p. 164). O autor se preocupa em destacar a natureza relacional da mediação enquanto ferramenta de diálogo, porquanto o mediador deve aliar a eventual resolução de um conflito à preservação dos laços em questão.

Deve-se considerar estes apontamentos com especial cuidado ao procurar solucionar conflitos entre pessoas ou grupos de convívio próximo. Trazendo a reflexão proposta por Six (1990, p. 164) às pequenas e, por vezes, grandes brigas que ocorrem constantemente entre o índio e o não-índio no centro urbano de Manaus, se observa a importância de preservar os relacionamentos entre os vizinhos e famílias envolvidas.

Em Manaus, por exemplo, parte das terras destinadas à Zona Franca acabaram ocupadas por migrantes para habitação. A forma desordenada como se deu a urbanização da capital amazonense é o principal fator que ocasionou dificuldades de moradia, além dos impactos ambientais característicos da expansão urbana (NOGUEIRA, 2007, p. 4). Nessas ocupa-

ções, incluem-se grupos de indígenas. Migrantes em razão de devastação de seu território original ou em busca de maiores oportunidades de empregos na capital.

Nessas ocupações, além de, muitas vezes, conviverem com condições degradantes de saneamento básico e enfrentarem dificuldades em razão da falta de estrutura urbana em geral (NOGUEIRA, 2007, p. 1), os povos indígenas deparam-se com ocupantes não-indígenas, levados à ocupação irregular por razões similares às suas. Ainda que o fator da degradação ambiental influencie na migração desses povos indígenas, o fator econômico é determinante para a migração tanto do indígena quanto do não-indígena. De maneira que, ao depararem-se ambos com a problemática da falta de espaço para moradia digna no espaço urbano, surgem mais conflitos.

Além do aspecto referente à crise habitacional que atinge a cidade de Manaus, há nessas ocupações indígenas o aspecto da cosmovisão diferenciada dos indivíduos envolvidos, questões que devem ser ponderadas em conjunto pelo mediador.

Demonstra-se, dessa forma, que a postura do mediador que se preocupa em compreender a cultura de ambos os mediados é decisiva para a eficácia da mediação, tanto em sua função de método de resolução de conflitos como em seu aspecto relacional, ao oportunizar um debate dialógico. Tal debate pode levar a uma solução não só eficiente, como também amigável. Evidencia, ainda, a utilidade da mediação como instrumento de interação entre alteridades.

4. A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA DE INTERNORMATIVIDADE

Demonstrada a natureza relacional da mediação, importa apontar a utilidade dessa característica para sua aplicação como ferramenta de internormatividade. No sentido de demonstrar a importância da existência de um mediador preocupado em entender a cultura do povo indígena através de um convívio e de um acompanhamento mais próximo, propõe-se que esta estratégia se trata de um uso diferenciado de abordagem para a solução de conflitos.

Tal abordagem constitui oportunidade de aplicar as diversas fontes do Direito de forma a possibilitar o direito a autonomia dos povos indígenas

(NICÁCIO, 2008, p. 114). De forma que a mediação pode ser grande ferramenta não só na resolução de conflitos, mas até mesmo na maior inserção da população mediada à cidade.

Reconhece-se, ainda, a presença do fenômeno da “judicialização” presente no contexto em estudo. Trata-se de termo criado em descrição do fenômeno de intenso acesso ao Poder Judiciário em busca de realização de direitos sociais e individuais (ZANFERDINI, 2012, p. 4).

A despeito do descrédito popular que existe em relação à eficiência do Judiciário em razão da demora e do fato de a decisão judicial ser autoritária, o número de dissídios levados à Justiça é crescente, e igualmente cresce o número de leis regulamentando as mais diversas e inusitadas áreas do cotidiano (DIAS, 2012, p. 36).

Isso leva a uma discussão recorrente a respeito do alcance do poder do Estado sobre a gestão social e sobre a reconfiguração de suas funções segundo um paradigma de Estado menos centralizado (NICÁCIO, 2011, p. 7). É aqui que se destaca a importância de considerar as diferentes cosmologias para a representação que se faz do Estado e de justiça envolvidas nos conflitos apontados no presente estudo.

Vale lembrar o pensamento de Lévinas (1999, apud GOMES, 2008, p. 13), que aponta a origem da necessidade do Direito no Outro. Ao destacar a necessidade humana de perceber e respeitar alteridades, o filósofo propõe crítica à filosofia ocidental e ao atual modelo de justiça. A crítica do autor se refere à filosofia homogeneizante que resulta em intolerância entre os seres humanos, e dela pode-se compreender que a complexidade e pluralidade da sociedade criam a necessidade do Direito (GOMES, 2008, p. 11).

Neste sentido, se observa o desafio que o multiculturalismo e a modernidade da sociedade manauara oferece ao Direito. Trata-se de um desafio relacional, que constitui base da problemática da judicialização. Em síntese, a riqueza em diversidades da população soma-se à intolerância característica do ser humano, criando a necessidade de métodos de resolução de conflitos (GOMES, 2008, p. 23). Recorre-se, muitas vezes, ao judiciário. Propõe-se, contudo, o uso de métodos diferenciados que melhor se adequam às necessidades do contexto em estudo.

Dito isso, cedeção é que a diversidade humana criou a necessidade do Direito. Cumpre ao operador do Direito, contudo, compreender as ferramentas que esta ciência disponibiliza à resolução dos conflitos.

5. A CULTURA DE SENTENÇA E O PODER DE AUTODETERMINAÇÃO DO INDIVÍDUO

A natureza intolerante do ser humano é fator diretamente ligado ao fenômeno da judicialização. A intensa busca pelo Judiciário é, em boa parte, consequência da Cultura de Litigiosidade, ou Cultura de Sentença, que faz prevalecer numa sociedade a solução de conflitos por meio de uma decisão judicial (SANTANNA, 2013, p. 2).

É com exatidão que afirma Spengler (2010, p. 22):

Ao delegar a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário – num perfeito modelo hobbesiano de transferência de direitos e de prerrogativas – o cidadão ganha, de um lado, a tranquilidade de deter a vingança e a violência privada/ilegítima para se submeter à vingança e à violência legítima/estatal, mas perde, por outro, a possibilidade de tratar seus conflitos de modo mais autônomo e não violento, através de outras estratégias.

Há, portanto, uma severa desvantagem no que se refere à autode-terminação do indivíduo quando se delega demasiadamente a resolução de conflitos ao Estado. Apesar disso, é notável a presença da Cultura de Sentença no contexto dos conflitos em estudo. Apesar da morosidade da prestação jurisdicional, é comum observar a frequente presença de conflitos familiares, discussões entre vizinhos e controvérsias cotidianas entre os processos judiciais.

O Brasil possui uma cultura de litigiosidade, o que torna a sociedade dependente do Estado para resolução de seus problemas, além de elevar consideravelmente o número de processos no Judiciário (SANTANNA, 2013, p. 3), o que tem motivado políticas nacionais de promoção de métodos alternativos de resolução de conflitos. Um dos resultados desse movimento nacional é a própria Lei de Mediação (BRASIL, 2015).

A Cultura de Litigiosidade, além de alimentar uma visão limitada para resolução de conflitos, não pacifica o sentimento de agressividade entre as partes envolvidas no processo judicial. Além da necessidade aparente, há conflitos emocionais envolvidos. Conflitos entre vizinhos e famílias muitas vezes – senão sempre – envolvem feridas emocionais. Isso remete à

natureza relacional da mediação e ao preparo diferenciado do profissional que a exerce.

A mediação exige do mediador – seja ou não bacharel em Direito –, uma formação mais abrangente, permitindo seu envolvimento com os aspectos jurídicos, psicológicos e sociológicos (DELGADO, 2003, p. 7).

A postura do mediador é essencial para ambas as partes se sentirem vitoriosas. Assim, ele pode fazer com que o diálogo leve os mediandos a perceberem suas necessidades e os reais problemas que os levaram ao conflito. Ao perceber a necessidade do outro e superar a agressividade, o próprio mediando possui o poder de apontar as soluções ideais.

Em breve interpretação da filosofia de Lévinas, afirma-se que a compreensão da origem da justiça na percepção da necessidade de convivência com o Outro é aceitar que não será a instância jurídica que promoverá a assunção de responsabilidade, não será a lei ou a norma que impedirá a violência, não será uma sentença que propiciará a harmonia nas relações humanas (GOMES, 2008, p. 12), mas quem possui o poder de autodeterminação e pacificação de seus próprios conflitos é o indivíduo, através do diálogo.

A Cultura da Litigiosidade ou Cultura de Sentença, tradicionalmente estabelecida pela vivência e aprendizado diário, pressupõe que o lugar ideal para a solução de conflitos é o Judiciário. Influencia, ainda, na postura agressiva com que o indivíduo enfrenta o problema. Ao mencionar o preâmbulo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), Delgado (2003, p. 11) aponta:

Não podemos conceber o bem-estar da cidadania e das relações entre os homens se não existir o estado de paz. E a paz não existirá onde houver conflito nas relações jurídicas. Observa-se, então, que a finalidade deste Estado democrático de Direito está vinculada à instituição do estado de paz.

Cabe, portanto, construir uma Cultura da Pacificação, em lugar à Cultura da Litigiosidade. Com a Cultura da Litigiosidade, acredita-se em um registro único e coercitivo do direito, estabelecido de cima para baixo. Já a Cultura da Pacificação aponta para uma busca da solução consensual do litígio de forma incondicional.

Além disso, aponta para a assunção pessoal do cidadão do seu papel e responsabilidade na busca de solução de controvérsias, deixando de lado a tradição cultural de transferir para o Estado o encargo para referendar ou julgar todos os seus atos. Um papel ativo na busca de solução de conflitos implica exercício de cidadania, com assunção de responsabilidade pela gestão de sua própria vida (ZANFERDINI, 2012, p. 14). Proporcionando, assim, maior poder de determinação própria e autonomia do indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se questionar: Como a mediação indígena pode constituir ferramenta facilitadora em conflitos socioambientais urbanos na cidade de Manaus? Se tem a ideia de uma relação entre o Direito formal e a cosmovisão indígena, evidenciando uma relação de multiculturalismo. É neste sentido que se aponta a possibilidade do mediador ser ferramenta de solução diferenciada de conflitos.

Dessa forma, afirma-se que a mediação está arraigada no meio social e tem ganhado espaço também nas próprias estruturas judiciárias, evidenciando uma dinâmica mais ampla em direção a uma ordem jurídica e social que se quer cada vez mais negociada

Segundo os quatro tipos de mediação descritos por Six (1990, p. 164) é imprescindível afirmar a natureza relacional da mediação.

Constata-se, portanto, que a existência de um mediador preocupado em entender a cultura do povo indígena através de um convívio e de um acompanhamento mais próximo pode ser grande ferramenta não só na resolução de conflitos, mas até mesmo na maior inserção daquela população à cidade.

Demonstra-se, por fim, que os conflitos entre índios e não-índios vão além do objeto em litígio. São, muitas vezes, um conflito cultural a ser pacificado e a mediação, ao conferir autonomia às partes e possuir caráter voluntário, oportuniza um debate dialógico. Tal debate pode levar a uma solução não só eficiente, como também amigável. Evidenciando a utilidade da mediação como instrumento de interação entre alteridades.

Evidenciado de que os povos indígenas do Brasil possuem suas próprias cosmovisões de mundo e suas construções culturais, se aponta que mediador pode ser ferramenta de solução diferenciada de conflitos, ao

tempo em que compreende e integra os diferentes povos indígenas em Manaus à população local.

Por fim, cumpre apontar que diferentes abordagens para tratamento de conflitos não são prejuízos à autoridade do Judiciário, mas sim oportunidade de desenvolver uma cultura jurídica diferenciada, não mais presa a uma visão única e coercitiva do Direito. Cultura jurídica diferenciada em que a mediação é um instrumento de socialização jurídica.

Observa-se ainda que, considerando a pluralidade de culturas em convívio, a disparidade das visões de mundo e justiça presente na maioria dos dissídios envolvendo índios e não-índios, é interessante aplicar a internormatividade, na forma da mediação, como solução ao fenômeno da judicialização no contexto desses conflitos. De forma a superar eventual limitação consequente de uma visão de normatividade única, centrada no Estado e submissa a apenas uma autoridade, com o conceito de pluralismo jurídico, fundado na pluralidade das sociedades modernas.

Por fim, cumpre apontar que diferentes abordagens para tratamento de conflitos não são prejuízos à autoridade do Judiciário, mas sim oportunidade de desenvolver uma cultura jurídica diferenciada, não mais presa a uma visão única e coercitiva do Direito. De forma a superar a Cultura de Sentença com a Cultura de Pacificação, utilizando a mediação como forma de pacificação da sociedade e não apenas como uma forma de solução de conflitos (DELGADO, 2003, p. 50). Construindo, assim, uma cultura jurídica diferenciada em que a mediação é um instrumento de autodeterminação e socialização jurídica.

REFERÊNCIAS

AGENCIA DE NOTICIAS. IBGE divulga as estimativas populacionais dos municípios para 2017. **Agência IBGE de Notícias**. 30 de agosto de 2017. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/16131-ibge-divulga-as-estimativas-populacionais-dos-municipios-para-2017>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto Nº 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 23 jul. 2019.

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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 20 abr. 2018.

CHAVES, Kristyma Karem Oliveira. **A mediação como método alternativo de resolução de conflitos:** a vivência do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Castanhal. *Amazônia em Foco, Castanhal*, v.2, n.3, p. 98-116, jul/dez 2013. Disponível em: revista.fcat.edu.br/index.php/path/article/view/106/67. Acesso em: 30 jul 2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca e PEREIRA, Rúbia Mara Possa. A efetividade do acesso à justiça pela mediação no município de Ouro Preto: a busca pela identidade entre a justiça que se espera e a justiça que se presta. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 61-102, jul./dez 2012. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1598>. Acesso em: 30 jul. 2019.

DAVIS, Edward P. **Mediação no Direito comparado.** In: DELGADO, José, et al. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. p. 51-59. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/serie-cadernos/Volume%2022%20-%20MEDIACaO%20UM%20PROJETO%20INOVADOR.pdf/view>. Acesso em: 20 jul. 2019.

DELGADO, José. et al. **Mediação:** um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/serie-cadernos/Volume%2022%20-%20>

MEDIACaO%20UM%20PROJETO%20INOVADOR.pdf/
view. Acesso em: 20 jul 2019.

DIAS, José Carlos de Mello. **Mediador**: Uma experiência profissional. In: DELGADO, José, et al. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJP, 2003. p. 51-59. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/serie-cadernos/Volume%2022%20-%20MEDIACaO%20UM%20PROJETO%20INOVADOR.pdf/view>. Acesso em: 20 jul. 2019.

FERREIRA, Natália Bonora Vidrih Ferreira e FERREIRA, Luis Bonora Vidrih Ferreira. A proteção à sociodiversidade sob a perspectiva do direito ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.9, n.18, p.151-167, Julho/Dezembro, 2012. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/254>. Acesso em: 30 ago. 2018.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila. Disponível em <http://www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2012-1/1SF/Sandra/apostilaMetodologia.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisbôa Bernardo. **Lévinas e o outro**: a ética da alteridade como fundamento da justiça. Rio de Janeiro: PUCRJ, 2008. Dissertação Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113166.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. (2010). **Os indígenas no Censo Demográfico 2010**. Primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 20 abr. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Sinopse do censo demográfico : 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. ISBN: 9788524041877. 265p. Disponível em: <https://>

biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=249230. Acesso em: 23 jul. 2019.

LE ROY, Étienne. La médiation mode d'emploi. In: **Droit et société**. n°29, 1995. La médiation. pp. 39-55. Disponível em: http://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1995_num_29_1_1315. Acesso em: 20 jul. 2018.

MATOS; K. S. L.; VIEIRA, S. L. **Pesquisa educacional: o prazer de conhecer**. Fortaleza: Uece, 2001.

NICÁCIO, Camila Silva. Direito e Mediação de Conflitos: entre Metamorfose da Regulação Social e Administração Plural da Justiça. **Revista Faculdade Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 59, p. 11 a 56, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/74516>. Acesso em: 12 abr. 2018.

NICÁCIO, Camila Silva e OLIVEIRA, Renata Camilo. **A mediação como exercício de autonomia: entre promessa e efetividade**, in Maria Tereza Fonseca Dias e Flávio Henrique Unes Pereira (orgs.), Cidadania e inclusão: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte, 2008. Forum: p. 111-120.

NOGUEIRA, Cláudia Fernandes. SANSON, Fábio. PESSOA, Karen. **A expansão urbana e demográfica da cidade de Manaus e seus impactos ambientais** In: Anais XIII Simpósio Brasileiro de Sensoriamento Remoto, 21-26 abril 2007, Florianópolis, Brasil. Anais. INPE, p. 5427-5434. Disponível em: <http://mart.sid.inpe.br/col/dpi.inpe.br/sbsr@80/2006/11.14.17.45/doc/5427-5434.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

SANTANA, Ana Carolina Squadri. **Cultura da Sentença**. In: Anais I Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa, 22-23 agosto 2013, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil. Anais. Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10862/1393. Acesso em: 05 ago. 2019.

SILVA, LARISSA TENFEN. O Multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. **Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ**. Vol. 11. n. 2, p. 313-322 / jul-dez 2006. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/440>. Acesso em: 13 abr. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (coord.). **Mediação enquanto Política Pública**: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. Disponível em: http://ead.tjrs.jus.br/navi_tjrs/agenda/pdf.php?%20COD_ARQUIVO=4309. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: Examinando a Política de Reconhecimento. Lisboa: Princeton University Press, 1994. p. 178

SIX, Jean-François. **Le temps des médiateurs**. Paris: Seuil, 1990.

PEREIRA, José Carlos Matos. **Indígenas na metrópole**: lutas multiétnicas e identidade coletiva na cidade de Manaus (AM). Rio de Janeiro: UFRRJ/CPDA. Disponível em: <http://institucional.ufrj.br/portalcpsda/files/2018/06/Os-ind%C3%ADgenas-na-cidade-de-Manaus-Vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ Eletrônica**, Vol. 17. n. 2, p. 237-253 / mai-ago 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>. Acesso em: 20 jul. 2019.

O PAPEL DA MEDIAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO PEDAGÓGICO PARA O MUNDO JURÍDICO

Letícia Prazeres Falcão

1 INTRODUÇÃO⁶⁴

É certo que um dos escopos do Direito consiste na resolução de conflitos e na pacificação social. A intervenção do estado na sociedade, entretanto, não pode ser vista e nem conceituada como uma relação que exclusivamente se constitui numa triangularização entre seus sujeitos, composição esta estanque e que demonstra um certo distanciamento entre as pessoas envolvidas. Assim, a mediação enquanto modalidade autocompositiva, consegue redimensionar a visão que a coletividade pode ter da atuação jurídica, não implicando na infração de regras pré- estabelecidas, mas sim na reconstituição e releitura das mesmas.

Este perfil triangular de muitas, senão todas as relações jurídicas, implica na seguinte perspectiva: as partes, em posições contrárias, devendo colaborar para o desenvolvimento do processo de forma isolada e o juiz enquanto figura imparcial (e deve ser mantido desta forma) em posição destacada e acima dos sujeitos processuais. Não que esta configuração esteja errada, mas talvez a mesma apenas prospecte o resultado final de

64 Trabalho apresentado como processo de Avaliação no Curso de Qualificação em Mediação promovido pelo Centro Universitário Dom Bosco - UNDB. Publicado no site WebArtigos em 18 de agosto de 2016

determinada de lide, prospecte apenas os frutos finais da demanda e não se preocupa com o cultivar, com o semear das sementes que irão ao final gerar uma solução.

Uma função pedagógica não resulta necessariamente na sobreposição de um ponto sobre outro, mas sim na identificação de questões que precisam ser debatidas e na busca pela resolução das mesmas. Não se busca que a mediação solucione ou cure a visão estática e distante que temos de muitas demandas que se tem no mundo jurídico, o que se pretende é que como forma de método de autocomposição e especialmente por ser uma modalidade inovadora, a mediação possibilite, identifique, proponha ao Direito uma nova maneira de obter seus escopos. O presente artigo não possui como propósito fazer da mediação algo que sobressaia em detrimento das outras formas autocompositivas, mas sim demonstrar que são a partir de pequenos detalhes dessa modalidade que aos poucos, vêm-se obtendo grandes conquistas, e não se resume a conquistas jurídicas, mas sim conquistas humanas.

De fato, os métodos de autocomposição possuem dentre outras características a busca pela celeridade e economia processual, todavia tais incrementos servem para dar outra roupagem à resolução de conflitos. Não que a rapidez para o desenvolvimento de uma prestação jurisdicional não seja importante, mas o ponto discutível é a qualidade empenhada nesta resolução. A mediação enquanto instrumento pedagógico para o mundo jurídico corrobora também com outros debates ligados à necessidade da constante atualização e dinamicidade do Direito. Não basta que se chegue ao manifesto de uma sentença para que se considere como “prestada” ou “terminada” a função jurídica, o caminho percorrido também é fundamental para a construção de um Direito igualitário, justo e digno.

2 A ESTRUTURA DA MEDIAÇÃO E SEU PAPEL PEDAGÓGICO

Diferentemente de outras modalidades autocompositivas, como a conciliação por exemplo, a mediação se fundamenta em uma estrutura horizontal: os dois sujeitos da relação jurídica e o mediador. Aqui o me-

diador enquanto terceiro imparcial não manifesta opiniões dirigidas para o desfecho daquela lide, mas sim conduz, direciona, administra a situação a fim de que as pessoas ali presentes possam construir juntas uma solução, assim dispõe Bianca da Rosa Bittencurt que

A mediação é uma forma de administração do conflito pelo qual as partes, auxiliadas por um terceiro, neutro, imparcial, reconhecem as diferenças existentes entre eles e visualizam, juntos, de forma pacífica, o problema, para que assim se dê continuidade ao relacionamento, resgatando sentimentos que haviam sido apagados com o passar do tempo. Na mediação não existem vencedores, ou perdedores, ambos vencem, pois optam por um acordo amigável, por uma solução inteligente que visa apenas o bem estar da sociedade. (BITTENCURT, 2008, p. 2.)

A visão proposta pela mediação é de uma igualdade de nível entre seus sujeitos participantes, uma horizontalidade tanto no tratamento como na disposição de fazer daquele momento produtivo o suficiente para que os mediandos possam conjuntamente chegar a um denominador comum. A proposta deste instituto é fazer com que seus mediandos possuam um papel pró ativo, que através do diálogo e da construção de possibilidades encontrem um ponto em comum que possa trazer para ambos, vitórias.

Acontece que historicamente tanto o Direito, quanto suas formas de atuação, sempre foram vistas como instrumentos que retiram do indivíduo parcela de seu poder de interferir e construir soluções para entaves sociais, econômicos e políticos. Surge assim o dito estado imparcial, que decide por eles e lhes impõe certa resposta (lembra inclusive do contrato social de Locke). A mediação por assim dizer propõe “devolver” a estes indivíduos a oportunidade de chegar a um ponto em comum e em encontrar soluções para suas lides. Não que os outros institutos autocompositivos não sejam necessários ou não possuam sua relevância, mas a mediação tem como foco seus sujeitos, e aqui sujeitos ativos, responsáveis do começo ao fim pelo desenvolvimento e concretização de suas expectativas.

Acredita-se de costume que no mundo jurídico a obtenção de uma saída deva sempre ser oriunda de alguém estranho àquela relação. A me-

dição consegue demonstrar que é possível haver a concretização dos objetivos do Direito através de uma construção mútua dos envolvidos, isto não faz daquele momento algo inferior ou menos relevante que “terceirizar” a causa levando aos tribunais. Na verdade, de algum modo, a centralização da discussão em cheque transforma aquele momento numa espécie de autoconhecimento e reflexão dos próprios mediandos. Por meio da mediação consegue-se ao mesmo tempo atingir os objetivos, escopos da jurisdição brasileira e fazer com que os indivíduos saiam satisfeitos.

O papel pedagógico da mediação para o mundo jurídico consiste no acompanhamento e no estímulo dado aos mediandos para que os mesmos gradativamente consigam chegar a um senso comum, que resulte na aceitação e satisfação para ambos. Este papel acaba por demonstrar ao Direito que por mais que os métodos de autocomposição visem por meio da celeridade e economia processual resolver os conflitos sociais, não se pode deixar de lado a qualidade da discussão envolvida. Qualidade esta que na mediação é proveniente de doações mútuas entre o mediador e seus mediandos, até porque o mediador por mais que possua um papel coadjuvante, uma posição passiva nesta modalidade (ao contrário por exemplo da conciliação que o terceiro imparcial acaba por sugerir propostas, acordos e na jurisdição cabe ao magistrado dar a palavra final), acaba oportunizando que os mediandos se sintam a vontade ao ponto de naturalmente irem refletindo e agregando valor aos diálogos. Assim Daniela Torrada Pereira complementa ao dizer que

O que se propõe não é a extinção do Poder Judiciário, mas sua complementação com maior espaço aos métodos consensuais, tal como a mediação. Com isto pretende-se que os indivíduos, ao optarem por determinada estratégia, renunciando a terem uma decisão proferida eminentemente pelo Estado, o façam de maneira realmente voluntária e não devido à inacessibilidade ao Poder Judiciário como frequentemente acontece hoje. (TORRADA PEREIRA, 2011, *Âmbito Jurídico*, p?)

O mediador aqui continua como um terceiro imparcial, mas se for possível afirmar, aqui o mediador é uma espécie de coordenador do de-

envolvimento autocompositivo. Na já tradicional triangularização da relação jurídica, a formação acaba por passar a ideia de que entre os sujeitos envolvidos não há uma postura ativa, uma interação entre as mesmas ao ponto de que as três possuam uma mesma intenção. As partes geralmente em posições contrárias colaboram para o processo até onde lhe seja favorável ou de seu interesse, cabendo ao magistrado terminar sua função cognitiva em algum pronunciamento. Em contrapartida a relação linear da mediação traz os sujeitos para um mesmo nível, na intenção de que todos inclusive do mediador (mesmo que de forma indireta e suscinta mas de grande relevância) possam doar-se para uma total ou pelo menos máxima satisfação possível.

Outro ponto importante que deve ser salientado é que a mediação não pretende subjetivar o processo ou o desempenho do Direito na resolução dos conflitos, errôneo ainda é dizer que por concentrar o desenvolvimento da situação nas mãos dos mediandos, a mediação seria falha. O Direito não pode ser visto como um mecanismo em que aqueles que o procuram são vistos como meros expectadores e participantes pontuais na atuação jurídica, estando assim mantida a objetividade, o tratamento correto das partes e salvaguardando a imparcialidade e neutralidade do magistrado, até porque os meios de autocomposição nem sempre são bem vistos aos olhos de muitos juízes, que acreditam aqueles não serem mecanismos eficazes juridicamente. O Direito possui uma intrínseca relação com a sociedade, e esta também depende dele, errôneo seria desconsiderar que a ciência jurídica deva possuir uma única estrutura, uma única atuação dos sujeitos processuais e um único mecanismo para a resolução de conflitos.

3 A ESSÊNCIA DA MEDIAÇÃO E SEU CARÁTER PRINCÍPIO-PEDAGÓGICO

Pode-se dizer que a essência primordial da Mediação é (re)conhecer a existência de conflitos enquanto algo da natureza humana, viver em sociedade é conviver com constantes choque de interesses e a tentativa de sobreposição de um em relação ao outro. Na configuração tradicional jurídica há este atrito entre interesses e ao final há vitória de um lado e perda de outro. A proposta da mediação, e acredita-se ser sua essência, é propor-

cionar a ambos os mediandos a satisfação de seus interesses. Sabe-se que nem sempre é possível ocorrer uma satisfação ou diálogo cem por cento benéfico ou realizável, nesta modalidade alternativa de conflitos busca-se uma concessão mútua, um doar mútuo, não só de interesses mas também na disponibilidade de ouvir e ser ouvido, se conhecer e ser reconhecido. A essência da mediação se caracteriza por conseguinte na aceitação da existência do conflito como algo humano e na sua capacidade de transformação social. Os autores Antônio Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco expõem que

[...] pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado como uma das formas-sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos- do chamado *controle social*, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios. (CINTRA; DINAMARCO; PELLEGRINI, 2012, p.27)

Até porque identificar e reconhecer um conflito nem sempre é fácil para os mediandos participantes, seja porque sair da chamada “zona de conforto” implica numa possível auto avaliação ou porque estar diante de um terceiro estranho àquela situação, no caso o mediador, gera ao mesmo tempo duas expectativas: a de convencimento daquele sujeito e uma postura defensiva ao achar que o mesmo terceiro será o responsável por uma avaliação do mediando. O objetivo da mediação não seria a obtenção de um acordo final mas sim da (re) criação de vínculos, tanto é que ao mencionar um papel, uma essência pedagógica dentro deste instituto, a intenção é justamente provocar a reflexão de que: a mediação vem e consegue realizar um trabalho de (re) conhecimento e (re) construção daqueles sujeitos, não que ela ensine algo a alguém, mas ela provoca e faz com que mesmo que de forma não intencional os personagens principais daquele momento aprendam um com o outro. Inclusive o próprio mediador acaba que quase que por via reflexa, aprende consigo mesmo, afinal é quase que intuitivo ou automático

querer intervir mesmo que da maneira mais discreta possível, seja indicando uma forma de acordo, ou elaborando propostas, agindo parcialmente. O mediador acaba precisando trabalhar em si uma postura de ouvinte (algo que humanamente nem sempre é fácil), e ao mesmo tempo saber lidar com as suas e com as emoções de seus mediandos. É o que demonstra Marcos Ehrhardt Júnior

Para tanto, sugerem que o desenvolvimento da capacidade de ver a situação como o outro lado a vê é uma habilidade essencial a qualquer mediador, que deve sempre procurar escapar da armadilha de deduzir as intenções da outra parte a partir de seus próprios medos ou, ainda, colocar-se na posição bastante usual de culpar o outro por seus problemas. As percepções devem ser discutidas, traduzidas, enfim, sintonizadas. (JÚNIOR EHRHARDT, PORTAL CICLO, p?).

De acordo com Robert Alex princípios seriam mandamentos de otimização que possuem de acordo com as possibilidades e elementos fáticos e jurídicos seu grau de satisfação variado. Ora princípios são vistos não como numa obrigação de obtenção de resultados cem por cento, mas sim na maior medida possível e de acordo com o caso concreto (2012). A mediação possui diversos princípios que juntos dão a este instituto uma roupagem alternativa, ou melhor perceptiva. Lidar com a mediação é saber trabalhar não só o ouvir das percepções alheias como também o entender das mesmas, os princípios norteadores deste momento ensejam a ideia de uma balança com seus dois lados na mesma direção, com o mesmo peso, na mesma medida. Dentre alguns pode-se citar a postura colaborativa, o empoderamento e o processo flexível e informal.

A postura colaborativa chama não só os mediandos para participar do processo de mediação como também para o desenvolverem. Mediante o diálogo, e aqui cabe ressaltar que é de extrema importância a consensualidade na tomada de decisões, abre-se a oportunidade para que o possível conflito ali existente possa ser decomposto e transformado em benefício para ambos os indivíduos. Não se pretende que em único momento de mediação consiga-se obter um resultado vantajoso, mas sim que mesmo

gradativamente possa ser atingido um nível que satisfaça os sujeitos ali envolvidos, nem sempre a queixa que provoca o processo de mediação é de fato a semente do conflito, é preciso ouvir e discutir, ponderar, dialogar, para alcançar uma proporcionalidade de vitórias.

O empoderamento acaba sendo uma consequência reflexa, o “poder” ou a chance de interferir diretamente na resolução do conflito é devolvido aos participantes para que conjuntamente atinjam um denominador comum. Basta lembrar que para o processo de mediação ser desenvolvido é mister que os mediandos atuem ativamente, pois a obtenção de um “ganha ganha” dependerá deles. Destaca-se a autonomia das partes e de suas vontades, ocorre um exercício recíproco de empenho que de maneira leve é impulsionado pelo mediador, através da forma como os trata, como os deixa a vontade, como demonstra que está ali para ouvir e dar atenção.

Surge então uma das principais características principiológicas dos métodos de autocomposição: a flexibilidade e informalidade do processo de mediação. O que se busca é que antes de que seja constatada a necessidade de buscar o Judiciário e sua estrutura triangular para resolver as demandas, possa ser buscado uma alternativa mais simples e com menos burocracia e formalidades que um processo *strito sensu* possui. Seja pelo fato de resumir-se a uma conversa, a um diálogo, por ser baseado na oralidade, por poder fracionar-se em diversas oportunidades, por oferecer ao mediando um momento humano ou por não possuir tantos prazos, peças e formalidades já de costume, a mediação consegue cativar aqueles que a procuram. Cativa, conquista não só por ser mais simples mas também por ser mais afetiva.

Todos esses princípios fazem perceber que a mediação de fato é um processo, é um momento de contato, de troca, de entrega mútua, de disponibilidade em retirar dali algo útil não só para extinção de possível lide, mas algo significativo para a própria vida dos sujeitos envolvidos. Mediar é coordenar, trocar, é passar, ensinar que muitas vezes o Judiciário pode sim tomar uma outra forma e estar mais perto, mais próximo daqueles que o procuram, pode dar, trazer e fazer nascer uma liberdade e uma segurança até então inexistente. O Direito enquanto mecanismo para a regulamentação e organização da vida social não tratar os indivíduos como meros clientes da jurisdição, como receptores de uma decisão que querendo ou

não afeta e gera consequências positivas e negativas para uma vida pós audiência, fora do ambiente jurídico.

A mediação é pensada para um início, meio e fim do encontro entre mediador e mediados, o propósito é que o que foi (re)construído naquela situação ultrapasse os muros de fóruns e comarcas e possa ser significativo na vida de alguém. Sua essência é pedagógica porque todos que participam saem com algum aprendizado, seja emocional, pessoal ou até mesmo profissional. A sua intenção não é subtrair questões e sim agregar valores para o que está sendo discutido. Mediar é assim multiplicar as percepções e somar entendimentos acerca de um mesmo assunto, de um mesmo ponto em debate, é perceber que talvez para obter uma vitória, uma conquista é primeiramente importante conhecer o outro para se conhecer.

4 CONCLUSÃO

A noção de Direito surge da concepção de sociedade, pois esta é que concebe legitimidade às atuações jurídicas. Legitimidade esta que segundo Ana Lúcia Sabadell poderia ser um “consenso funcional e permanente, que consiste na participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões. A comunidade política se converte em protagonista do exercício de poder” (2005, p. 114), assim não pode haver exercício jurídico se não houver um fundamento, uma análise social, seja das dinâmicas, seja de problemas culturais ou conflitos de cunho econômico.

A própria recente atuação judicial, seja por meio do ativismo judicial, dos debates que transcendam os muros dos tribunais, envolvendo searas políticas, médicas ou culturais, implica em um Direito atento para o seu berço, e abster-se desses debates ou expurgá-los das conversas jurídicas seria renegar sua própria origem (BARROSO, 2013). Desta forma a própria renovação da concepção do que seria ou não considerado por “Estado” acarreta reflexivamente na renovação do que seria o Direito, para quem e por quem opera.

Boa Ventura de Sousa Santos ao se referir sobre uma “ecologia de saberes” poderia perfeitamente encaixar-se em uma “ecologia jurídica”, a influencia das dinâmicas globais dentro do corpo social acabam acarretando em multifacetadas do próprio Direito, é o saber reconhecer, é o saber

afirmar e resguardar as identidades sociais para que as mesmas possam continuar auxiliando no desenvolvimento jurídico(2010).

Mediar é dizer sim que todos os atuantes direta e indiretamente do mundo jurídico são sujeitos com emoções, frustrações, desejos, sonhos e expectativas. É dizer que o Direito não pode e nem deve ser algo estranho e desprovido de sensibilidade para com aqueles que recorrem a ele, seja na forma autocompositiva ou na jurisdição tradicional, para obter uma resposta, uma solução. Mediar é fazer Direito, é recriá-lo, é devolver a este mecanismo social de uma forma mais afetiva. Mediar é muito mais que tornar linear uma relação, é fazer perceber que em muitos momentos os indivíduos são sim os responsáveis pelas suas transformações, fazendo assim necessário que haja um empenho efetivo no dar pequenos mais decisivos passos, sem os quais não há como ir a lugar algum.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITTENCURT, Bianca da Rosa. Mediação: uma alternativa para a resolução de conflitos no Direito de Família. In: **Revista Jurídica da UNIFIL**. Ano V, nº 5. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/05/ARTIGO_11.pdf. Acesso em 11 de agosto de 2014.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; PELLEGRINI, Ada. **Teoria Geral do Processo**. 28ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- JÚNIOR, Marcos A. de A Ehrhardt. O papel do mediador na demonstração de das diferenças entre interesses e posições apresentadas pelas partes num conflito. In: **Portal Ciclo**. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/artigosdireito.aspx>. Acesso em 10 de agosto de 2014.

SABADELL, Ana Lúcia. Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Boa Ventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988

TORRADA PEREIRA, Daniela. Mediação: um novo olhar para o tratamento de conflitos no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10864&revista_caderno=21>. Acesso em 10 de agosto de 2014.

DESAFÍOS DEL DERECHO PROBATORIO: UNA MIRADA DESDE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Santiago Ángel Muñoz

Julián Andrés Giraldo Aristizábal

Jorge Iván Marín Tapier

INTRODUCCIÓN

El contexto contemporáneo, conocido como la “Cuarta Revolución Industrial”, caracterizada por “una fusión de tecnologías actualmente en prueba o en desarrollo [...] desintegrando las fronteras entre las esferas física, digital, y biológica” (Schwarb, 2016), se cimienta en mecanismos ciberfísicos, esto es, escenarios que incorporan la infraestructura física con las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, TIC), tales como la Inteligencia Artificial (IA), el *Machine Learning*, el internet de las cosas, la minería de datos o el *blockchain*.

Contexto que ha tenido incidencia tanto en la cultura como en la economía, la política y el Derecho. Razón por la cual, el Derecho, antes de estar rezagado debe propender por una renovación que conlleve la incorporación de las nuevas tecnologías en su desarrollo y funcionamiento. De esta manera, en el ámbito probatorio se han intentado implementar diversas herramientas⁶⁵ que utilizan inteligencia artificial, las cuales pue-

65 Por ejemplo, detectores de mentiras, aplicaciones que identifican y son capaces de corroborar las circunstancias en que las partes o los terceros rinden sus declaraciones, sistemas que le permiten al juez verificar los requisitos de idoneidad del perito en el dictamen

den facilitar la tarea del juez al momento de practicar y valorar la prueba, por lo que es necesario que el derecho procesal preste especial atención a los nuevos cambios propios del siglo en curso, que exigen una constante actualización de la normatividad para dar respuesta a las problemáticas que surgen de la utilización de herramientas basadas en las TIC, que propendan por una reformulación de las teorías de obtención, práctica y valoración de la prueba para que respondan a las dinámicas propias de la cuarta revolución industrial cuando se utiliza la inteligencia artificial en el derecho probatorio.

Por consiguiente, el presente artículo tiene como objetivo establecer una noción de inteligencia artificial, para luego analizar el impacto que ha tenido su desarrollo y aplicación en el ámbito probatorio dentro del marco de un proceso judicial, y finalmente, destacar los retos y dificultades derivados de la inteligencia artificial cuando se adopta como herramienta para la obtención y valoración de la prueba.

1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO PROBATORIO

1.1. Inteligencia artificial

Para abordar una noción de inteligencia artificial es pertinente analizar el impacto que han tenido las nuevas TIC en la vida de las personas. Es así como el uso del internet, los teléfonos inteligentes, los computadores y, en general, cualquier tipo de tecnología, ha tenido como principal consecuencia una revolución en las interacciones sociales, culturales, económicas, jurídicas y políticas entre las personas para responder a las dinámicas propias de la cuarta revolución industrial, en el marco de un mundo globalizado. De esta manera, surge la “Inteligencia Artificial” (en adelante, IA), término creado por el científico estadounidense John McCarthy (2007), el cual lo definió de la siguiente manera:

pericial, verificar la veracidad de los documentos, etc. Herramientas tales como COMPAS, STEVIE, ECHO, ALIBI y PEIRCE-IGTT (aplicativos que genera hipótesis del caso a partir de los datos obrantes en el expediente de una investigación) son muestra de estos avances tecnológicos en el campo del Derecho.

[...] la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes, especialmente programas de computación inteligentes. Está relacionada con la tarea similar de utilizar ordenadores para comprender la inteligencia humana, pero la IA no se limita a métodos que sean observables biológicamente.

En similar posición, con el propósito de generar un acercamiento entre la Inteligencia Artificial y el campo jurídico, el doctrinante español Jordi Nieva Fenoll (2018), además de proponer implementaciones de la IA en el proceso, ofrece una definición propia no sin antes advertir que, como ya se mencionó, no existe consenso sobre la noción. Afirma que la inteligencia artificial es la posibilidad de que las máquinas piensen o, para ser precisos, imiten el pensamiento humano mediante el aprendizaje y la utilización de las generalizaciones que usan las personas al momento de tomar decisiones.

El procesalista expone que la esencia de la inteligencia artificial es el “entendimiento” de situaciones descritas, el cual, acompañado de su funcionamiento con base en algoritmos (esto es, almacenamiento de opciones y producción de un esquema) es lo que permite que estas máquinas tomen decisiones y ejecuten acciones.

De lo que se puede inferir que la inteligencia artificial es un conjunto de algoritmos, de *software* especializados, que tienen la capacidad de realizar actividades que de ser realizadas por un ser humano requerirían inteligencia, tales como ver, leer, analizar y tomar decisiones.

En el campo del Derecho, Fernando de Trazegnies (2013) señala que la IA se refleja en lo que se conoce como “sistemas jurídicos expertos”, que consisten en un conjunto de procedimientos lógicos que permiten que las computadoras apoyen a los humanos en la tarea de analizar situaciones y adoptar decisiones, a través de la ingeniería del conocimiento que se alimenta de las estrategias del experto en el Derecho y busca formularlos en reglas perfectamente enunciabiles. En similar posición, Cáceres Nieto (2006) señala que los sistemas expertos pueden definirse como aquellos programas computacionales que permiten resolver o ayudar a resolver problemas de la misma forma en que lo haría un experto humano.

El concepto de sistemas expertos es trascendental y transversal en la IA aplicada al Derecho, porque a través de estos sistemas se logra la prepa-

ración de los programas tecnológicos para que puedan alcanzar la finalidad de imitar el pensamiento humano, y de esta manera puedan actuar, bien sea como asistentes jurídicos, mediadores, amigables componedores o, en últimas, como un juez artificial. A pesar de la utilidad que presentan los sistemas expertos, no solo en el mundo del Derecho sino en otras ramas como la medicina, una de las inquietudes que surgen de la utilización de los mismos es por qué implementarlos cuando ya se cuenta con expertos humanos que pueden realizar todas las funciones cognitivas que son de difícil modulación computacional, pues bien, al respecto Cáceres Nieto (2006) manifiesta que los expertos humanos de excelencia son sumamente escasos, sus servicios costosos y se equivocan con facilidad.

No obstante, teniendo claros los conceptos de IA y de sistemas expertos, es apropiado señalar que las investigaciones que desarrollan la IA en el campo jurídico no están direccionadas a manejar grandes cantidades de datos por parte de los sistemas tecnológicos (lo que se ha denominado “minería de datos” o *data mining*), sino que se dirigen a intentar resolver problemas planteados en el ámbito normativo como el modelado del conocimiento, los conceptos, la argumentación y el razonamiento jurídico. Casanovas (2015) advierte que la finalidad de la IA desde un inicio no fue conseguir que un programa logre razonar como un jurista o como un juez, sino que a partir de sus resultados puedan incardinarse de forma inteligente en las tareas cotidianas que realizan los jueces y abogados.

Sin embargo, la discusión no se cierra allí y las posibilidades quedan abiertas a que en un futuro existan jueces artificiales y sea posible que un programa, y no una persona, resuelva de fondo un asunto a través de providencias. A pesar de esto, Casanovas (2015, p. 834) manifiesta que no se trata de sustituir al juez o al jurista, sino de ampliar y reforzar su capacidad de diagnóstico.

Ahora bien, bosquejada la noción de inteligencia artificial y su aplicación en el campo jurídico, ¿cómo puede este tipo de tecnología ayudar en la conformación del acervo probatorio de un proceso judicial, y a su vez, servir de herramienta para facilitar la tarea del juez en su valoración?

Para dar respuesta a la anterior inquietud, en primer lugar, se describirán los sistemas de valoración de la prueba que predominan en la actualidad, para luego, destacar las virtudes y dificultades que se pueden presentar con la aplicación de IA en cada uno de dichos sistemas.

1.2. Aplicación de la inteligencia artificial en el derecho probatorio

Uno de los pilares fundamentales de un proceso judicial es la prueba, entendida bajo la noción del procesalista colombiano Jaime Azula Camacho (2015) como el acto procesal mediante el cual se lleva al juez al convencimiento de los hechos materia u objeto del proceso. Noción que conlleva a que toda decisión judicial se deba fundamentar en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Ahora bien, en la actividad probatoria, en el marco del proceso judicial, se vislumbran diferentes etapas, a saber: a) aporte o solicitud⁶⁶; b) decreto⁶⁷; c) práctica⁶⁸ y d) valoración. Esta última etapa es de suma importancia, pues se refiere al grado de convicción o credibilidad que produce la prueba en el juzgador, es decir, mediante la valoración, el juez concluye si los hechos materia de la controversia están o no demostrados (Azula Camacho, 2015).

Esta situación deriva en la necesidad de valorar los hechos objeto de la controversia, hechos que pueden generar un mayor o menor grado de convicción en el juez de conformidad con las pruebas y que le permiten motivar y tomar una decisión de fondo. Por lo cual, en el derecho procesal contemporáneo han predominado dos grandes regímenes de valoración de la prueba, que según Rojas Gómez (2018) determinan el grado de discrecionalidad para calificar el material probatorio y calcular su mérito,

66 Según López Blanco (2017), las partes son, por excelencia, dado que la regla de la carga de prueba no ha sido abolida, [...] quienes tienen la iniciativa en este campo, por ser las que mejor conocen los hechos que originaron el debate en el cual se hallan enfrentadas, de manera que es por su solicitud y aporte de pruebas que se logra el adecuado conocimiento de los hechos base de la definición judicial.

67 La dirección material del proceso corresponde a los poderes de instrucción para ordenar la prueba que pueda ser requerida para la decisión. "Contempla el deber-poder de investigar también de oficio los hechos relevantes [...] puede el juez tener especiales deberes de informar, aconsejar y asistir a las partes para inducirlos a cooperar con el acercamiento de la verdad real de los hechos controvertidos. Corresponde a la función social de justicia" (Comoglio, 1970; citado por Ramírez Carvajal, 2008).

68 Según Devis Echandía (2002) la práctica de la prueba es entendida como aquellos actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos solicitados se incorporen o ejecuten en el proceso. Es de recalcar que hay medios de prueba que no se practican, verbigracia, las pruebas documentales.

estos son:

- i) *Sistema de tarifa legal o prueba tasada*, que se caracteriza por la identificación previa de los medios de prueba admisibles y por la asignación anticipada y abstracta del mérito que corresponde a cada uno de ellos; y
- ii) *Sistema de libre valoración de la prueba*, fundamentado en la confianza que el legislador deposita en el operador jurídico, del cual se derivan dos vertientes distintas: la primera de ellas, la *íntima convicción* (en la que predomina la discrecionalidad del juzgador al momento de valorar) y en segundo lugar, la *apreciación racional* (donde el juzgador debe valorar de conformidad con las reglas de la sana crítica).

Sistemas que tienen mayor o menor aplicación dependiendo de la voluntad del legislador en cada uno de los ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, es menester analizar en cuál de los dos sistemas de valoración de la prueba resulta más idónea la aplicación de herramientas que utilicen inteligencia artificial. En primer lugar, en el sistema de libre valoración de la prueba o apreciación racional se debe considerar que el ejercicio mental del juez al otorgarle mérito a la prueba se torna subjetivo en ciertas ocasiones⁶⁹, pero con límites (por ejemplo, la carga argumentativa del operador jurídico), por lo que la IA podría ayudar a través de *software* especializados que permitan una valoración más objetiva de los medios de prueba, verbigracia, en la etapa de la práctica del interrogatorio, realizando un estudio de las preguntas hechas para determinar si estas son sugestivas, capciosas, inconducentes, etc. (Nieva Fenoll, 2018).

Por otro lado, la IA en el sistema de tarifa legal se convertiría en una herramienta útil dada la automatización del operador jurídico en la que simplemente se limita a aplicar el valor concedido por la ley a cada medio

69 Según Pintos Betancur (2015), hay ciertas decisiones tomadas por el juez (“el margen subjetivo”) que no tienen justificación en el ordenamiento jurídico. Las mismas, son llamadas “discrecionales”; al parecer de Guastini (citado por Pintos Betancur), hay una existencia absoluta de discrecionalidad en todos los casos; pues desde el punto de vista de la autora, el magistrado siempre acaba por hacer uso de dicha libertad subjetiva que el poder de fallar le concede.

de prueba, sin interpretar y razonar el valor probatorio de las piezas procesales determinantes en el proceso.

Por su parte, al hacer un análisis de la inteligencia artificial en el medio de prueba de declaración de personas, Jordi Nieva Fenoll (2018) destaca que si bien se han intentado utilizar prácticas como las de la psicología del testimonio o la semiótica textual, en el actual sistema de libre valoración de la prueba, las técnicas de IA hubiesen sido la herramienta adecuada, cuando en la mayoría de sistemas jurídicos del mundo imperaba el sistema de valoración legal de la prueba, concluyendo en un sentir positivista, que:

“la inteligencia artificial podrá ayudar en la tarea de valoración de las declaraciones allí donde el ser humano es menos eficiente al tener que manejar más datos a la vez: las corroboraciones. Sin embargo, para la apreciación de parámetros esenciales como el grado de coherencia o las intenciones internas de un comentario, será necesaria la presencia humana. La inteligencia artificial podrá mejorar parte del trabajo de valoración y ayudar en la motivación del juez sobre la prueba, pero difícilmente podrá sustituirle.” (Nieva, 2018)

En este punto, el juez está facultado para utilizar de las herramientas que implementan Inteligencia Artificial y de esta manera facilitar y hacer más efectiva su tarea al momento de valorar. A manera de ejemplo, con la expedición del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el legislador colombiano consagró en su artículo 103:

“En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura”.

Por lo cual, en principio no existe impedimento legal que entorpezca la posibilidad de implementar herramientas de IA en la labor de los operadores jurídicos colombianos. Las siguientes páginas estarán dirigidas a analizar cómo en el ámbito probatorio, las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, específicamente la inteligencia artificial, pueden coadyuvar para la obtención y valoración de los elementos de prueba en el proceso judicial.

2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA LA OBTENCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Con el prodigioso avance tecnológico se han logrado superar innumerables inconvenientes que impedían el corriente y justo desarrollo de un proceso judicial, sin embargo, concomitantemente ha provocado el surgimiento de nuevas dificultades inherentes a los desarrollos implementados.

La obtención o producción de la prueba, como fenómeno procesal, no ha sido ajena a estos avances y sus congénitos retos; por el contrario, ha sido escenario fecundo para el surgimiento de nuevos fenómenos probatorios. El catedrático brasileño Antonio do Passo Cabral (2019) propone los siguientes:

Para iniciar, una figura denominada en los ordenamientos del *common law* como *e-discovery*, consistente en la remisión entre las partes de un proceso de una gran cantidad de terabytes de documentos electrónicos, los cuales deben ser examinados en poco tiempo; haciendo necesaria la contratación de empresas con *software* especializados de inteligencia artificial que almacenen y analicen la información con la agilidad requerida, incrementando los costos del proceso (Marcus, 2008).

Asimismo, con la aparición de nuevas tecnologías, como los *smartphones* y la adquisición universal de las mismas, ha incrementado la capacidad de registrar electrónicamente gran cantidad de hechos. A este fenómeno se le ha denominado *superdocumentación*, el cual, acompañado de inteligencia artificial (como el reconocimiento facial) permite comprobar la ocurrencia de un sinnúmero de acontecimientos e incluso trazar el trayecto abarcado por una persona en un determinado momento.

Ahora bien, al contrastar lo descrito con la tradicional prueba testimonial, se obtiene como resultado una total inferioridad por parte de esta última, debido a que la neurociencia ha demostrado que la memoria humana es altamente falible (Ramos, 2018), bien sea por la imprecisión de los recuerdos que los testigos tienen de los hechos o por las fallas de los sentidos para percibir el mundo exterior, falencias que la *superdocumentación* logra superar pues se tendría casi absoluta certeza sobre la ocurrencia del hecho y las condiciones bajo las que se produjeron.

Al franquear la discusión sobre la existencia o no de los hechos, se erige como nueva necesidad conocer la producción, el almacenamiento y

la integridad de lo registrado, debido a que este procedimiento constituye una especie de cadena de custodia electrónica, la cual debe ser en todo momento objeto de estudio de los jueces para el cumplimiento de las garantías procesales.

Otro de los cambios que se presenta, quizá el más radical de ellos, es la implementación del *blockchain* para la certificación de transacciones y verificación de la integridad de la información que consta en registros públicos o privados (do Passo Cabral, 2019). Por *blockchain* se entiende una estructura de datos organizados cronológicamente bajo la forma de libro-razón digital, alojado en varios servidores locales simultáneamente, lo cual hace que la información sea auditada e intangible.

Existen abundantes pruebas documentales que tienen asiento en los registros, bien sean públicos o privados, que son comúnmente alteradas para ser presentadas ante un funcionario judicial o que simplemente no reflejan la realidad por estar desactualizadas; con la utilización del *blockchain* habría absoluta certidumbre sobre todo lo que allí conste, por su inalterabilidad e interconexión en tiempo real. Lo anterior, además de la relevancia a nivel procesal, tendría como consecuencia necesaria una sustancial disminución del número de notarías y cámaras de comercio, debido a que la propiedad, las transferencias y los controles podrían hacerse electrónicamente y dirigidos directamente a la autoridad encargada de la actualización de los registros y de redireccionar la cobranza de impuestos.

Es por todo lo anterior que la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías en la etapa preprocesal de la prueba podrían generar certeza, agilidad, actualización e inalterabilidad, lo cual permite una decisión informada, con conocimiento fidedigno de los hechos, y por lo tanto, más justa.

3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Tras analizar el uso de la IA como instrumento que tienen las partes para producir u obtener medios de prueba, a continuación se analizará desde la función jurisdiccional, específicamente al momento de la valoración probatoria y en diferentes medios de prueba, así:

- i) *Declaración de personas*, bien sea de testigo o de parte, requiere un exhaustivo análisis por parte del juez para identificar qué valor debe ser asignado a lo manifestado por el sujeto. Esta actividad genera muchos inconvenientes para el juez, pues las particularidades de cada caso, de cada declaración, son diferentes, principalmente porque múltiples factores intervienen: la memoria, los intereses del declarante, el déficit de los sentidos humanos para percibir, las vaguedades del lenguaje, entre otros. La inteligencia artificial, al ser un sistema basado en la estadística, en recopilación de experiencias pasadas, no es muy útil para valorar las declaraciones, pues también está sujeto a las variaciones de cada caso y a las excepciones de la regla general; pero sí resulta sumamente eficiente para una tarea en la que el ser humano suele poseer problemas por el manejo de gran cantidad de datos a la vez: la corroboración de lo declarado con otros medios de prueba y demás información a la que tiene acceso el juez para la toma de decisiones (Nieva Fenoll, 2018).
- ii) Un asunto para el que la inteligencia artificial ha demostrado alcances inhumanos es la comparación y el análisis de las *pruebas documentales*, pues logra identificar en el lenguaje utilizado en el documento la existencia de errores, tachas o contrastes que diluciden vicios en el consentimiento, desviaciones de poder o falsedades y permite perfilar al autor, mostrando una ausencia de autenticidad en el documento.
- iii) Por otro lado, el medio de prueba en el que la inteligencia artificial adquiere mayor protagonismo son los *dictámenes periciales*, pues muchos de ellos se fundan directamente en esta tecnología. Para la valoración de este medio, el juez no goza de tanto soporte, toda vez que solo podría ser utilizada, por ahora, inteligencia artificial en la evaluación del currículum del perito, en la comparación de la trayectoria profesional de dos expertos y, aunque incipiente aún, en la verificación del cumplimiento de los más altos estándares en la técnica implementada por el perito (Nieva, 2018). Con relación a este último desafío, es menester analizar la posibilidad de construir un sistema jurídico experto que valide los criterios establecidos por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en

el conocido caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals*⁷⁰, criterios que bajo la postura de Jordi Nieva Fenol (2018), parecen haber sido configurados realmente para construir un algoritmo sobre ellos. De igual modo, debe tomarse en consideración lo manifestado por Michelle Taruffo (2008), para quien

[...] el juez no es, no puede ser y no debe ser un científico: esto implica que el juez debe ser consciente de los límites (y también de las lagunas) de su cultura no jurídica y que debe ceder el espacio al científico siempre que un hecho pueda – y que por lo tanto, deba – ser probado mediante métodos científicos.

Palabras que brindan razones suficientes sobre la necesidad de fortalecer los escenarios para que la Inteligencia Artificial sea un instrumento idóneo y útil en el marco del proceso jurisdiccional, y de esta manera, facilite la labor del operador jurídico en la difícil tarea de valorar los dictámenes periciales.

Para finalizar, el análisis al margen de los medios de prueba, la valoración en conjunto del acervo probatorio devendrá en la selección de una hipótesis de todas las posibles dentro del proceso, la que el juez considere que es capaz de motivar mejor conforme a los medios allegados durante las oportunidades probatorias consagradas por la ley, y si bien una máquina no tiene la capacidad de analizar las particularidades de cada caso y arrojar una respuesta que las tome en cuenta, sí se constituye como una herramienta de valor innegable para nutrir de datos, algoritmos, estadísticas y fundamentos la decisión tomada por el juez.

70 VER: *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U. S. 579 (1993), en el cual se establece que el dictamen pericial será admisible cuando se cumpla con uno de los siguientes criterios:

Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.

Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.

Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.

Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

4. RETOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO PROBATORIO

Examinadas las bondades y potencialidades del uso de la IA en materia probatoria, especialmente en cuanto a su obtención y valoración, resulta oportuno reflexionar sobre los retos que presenta este avance tecnológico para el derecho procesal contemporáneo, fundamentalmente en su principalística y garantía del debido proceso, pilar esencial del proceso judicial.

Si bien las herramientas de IA facilitan el análisis de documentos, deposiciones de testigos y de partes y de las pruebas periciales oportunamente allegadas al proceso, generan recelo en torno a la *publicidad*, *imparcialidad* e *independencia* de sus algoritmos, así como la observancia a la *inmediación* cuando es un sistema inteligente y no el juez quien procesa el medio de prueba.

Con relación a los tres primeros, la progresiva aplicación de IA en los estrados judiciales exigirá asimismo de una estructura jurídica que permita a las partes acceder al conocimiento de los algoritmos diseñados por expertos en sistemas, procurando que su esquema responda a las necesidades jurídico-probatorias del proceso y no a los intereses personales de alguno de los sujetos en conflicto. De igual modo, requerirá la formulación de políticas públicas de transferencia del conocimiento sobre diseño y elaboración de *software*, por lo menos en los tópicos más básicos, para que las partes de un proceso puedan defender sus derechos cuando se vean vulnerados por el sistema de IA aplicado a su caso y, de este modo, se logre reducir la brecha existente entre los operadores jurídicos de su cultura no jurídica.

Sistemas que, al ser diseñados por expertos en ingeniería, suponen mayor neutralidad a la hora de sugerir hipótesis y posibles decisiones a tomar para el operador jurídico del caso; sin depender de presiones internas o externas al órgano jurisdiccional; que a su vez implica la formulación normativa y de política pública que asegure la independencia de los programadores de los intereses políticos imperantes.

Por otro lado, con relación a la garantía procesal de la *inmediación*, debe tenerse en cuenta que no es la máquina quien finalmente adopte una decisión, sino el operador judicial que ha avocado competencia para el asunto; preservando de ese modo la valoración final del medio de prueba

en cabeza del órgano jurisdiccional y no del sistema operativo que ha fungido como herramienta para su resolución.

CONCLUSIONES

La Inteligencia Artificial (IA) ofrece una respuesta adecuada a las dinámicas actuales de la Cuarta Revolución Industrial, caracterizada por la creciente utilización de la tecnología en los diversos ámbitos de la vida humana, facilitando las relaciones interpersonales, el desarrollo de tareas otrora netamente manuales y apoyando la toma de decisiones a partir del análisis expedito de grandes cantidades de datos que le tomarían a un ser humano de excesivo tiempo para procesar.

Se entiende por IA la posibilidad de que las máquinas, a través de sistemas operativos confeccionados a partir de algoritmos, imiten el pensamiento humano. De manera que puedan ejecutar acciones tales como leer, escribir, predecir (a partir de un rastreo de antecedentes y patrones de comportamiento); ofreciendo soluciones lógicas con respaldo en gran cantidad de información sistematizada.

Dicha herramienta ha encontrado campo de aplicación en el Derecho a través de los “sistemas jurídicos expertos”, especialmente en materia probatoria con la implementación de *software* especializados para la obtención y valoración de la prueba, que no implican solamente la utilización de la minería de datos como herramienta ágil de búsqueda de información, sino que involucran sistemas operativos que imitan el pensamiento humano al reconocer códigos comunes en las bases de datos en las que realiza su búsqueda, interpretándolos para concluir con un concepto jurídicamente justificable. Como se planteó en el segundo acápite, estos sistemas inteligentes permitirían agilizar el análisis de la declaración de partes, deposiciones de testigos, el estudio sobre la certeza y fiabilidad de las pruebas documentales, así como el entendimiento y valoración de la prueba pericial.

Resulta conveniente incorporar el uso de las TIC a la lógica del derecho procesal contemporáneo, prestando una mayor atención a las potencialidades de la IA para satisfacer democráticamente el valor justicia en sociedad y soliviar los estrados judiciales con plena observancia de las garantías mínimas del debido proceso. Aún queda camino por avanzar, la inteligencia artificial ofrece retos en materia de principios y de procedi-

miento que merecen ser considerados por un derecho procesal contemporáneo que responda a las dinámicas propias del siglo en curso de la “cuarta revolución industrial” y no solo de aquellas en las que tuvo su origen.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Azula Camacho, J. (2015). *Manual de Derecho Procesal* (Vol. VI). Bogotá: Temis.
- Cáceres Nieto, E. (Mayo–Agosto de 2006). Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice (El Proyecto IJJ-Conacyt). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(116), 593-611. Recuperado el 17 de Marzo de 2019, de <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v39n116/v39n116a12.pdf>
- Casanovas, P. (2015). Derecho, tecnología, inteligencia artificial y web semántica. Un mundo para todos y para cada uno. En J. Fabra Zamora, & Á. Núñez Vaquero, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. I, págs. 825-887). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Comoglio, L. (1970). *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padua: Cedam.
- De Paula Ramos, V. (2018). *Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Recuperado el 23 de Junio de 2019, de <https://www.tesisenred.net/handle/10803/482109#page=1>
- De Trazegnies Granda, F. (Diciembre de 2013). ¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial. *Ius Et Veritas*(47), 112-130. Recuperado el 12 de Marzo de 2019, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11938/12506>
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis.

- Do Passo Cabral, A. (2019). *Proceso y tecnología: Nuevas tendencias*. En G. Priori, *Justicia y Proceso en el siglo XXI, desafíos y tareas pendientes* (págs. 449-471). Lima: Palestra.
- López Blanco, H. (2016). *Código General del Proceso. Parte General*. Bogotá D.C.: Dupre Editores Ltda.
- Marcus, R. (2008). E-Discovery Beyond Federal Rules. *University of Baltimore Law Review*, 37, 321-347. Recuperado el 12 de Junio de 2019, de <https://ssrn.com/abstract=2839976>
- McCarthy, J. (12 de Noviembre de 2007). *What is Artificial Intelligence?* *Computer Science Department*. Recuperado el 7 de Marzo de 2019, de <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Pintos Betancur, C. (Julio de 2015). *Subjetividad, Convicción e Imparcialidad judicial: El Juicio Lógico*. *Revista de la Facultad de Derecho*(39). Recuperado el 29 de Junio de 2019, de http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652015000200013
- Ramírez Carvajal, D. (2009). *La prueba de oficio una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rojas Gómez, M. (2018). *Lecciones de derecho procesal* (Vol. Tomo 3: Pruebas civiles). Bogotá: ESAJU.
- Schwarb, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Madrid: Editorial Debate.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

BULLYING NÃO É LEGAL! A MEDIAÇÃO ESCOLAR COMO UMA ALTERNATIVA EFICAZ PARA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS GERADOS POR BULLYING E AUTOEXTERMÍNIO.

Glicéria Martins Cleter
Tito Lívio de Figueiredo

Introdução:

A humanidade está cada dia mais preocupada com a sua felicidade, seus sonhos e realização pessoal, e acabam dessa forma, deixando de lado o outro, os desejos e sentimentos do próximo, na busca do autorreconhecimento, a sua satisfação própria de interesses, esquece de se colocar no lugar do outro (sentir empatia), e valorizar as relações interpessoais e sociais.

As notícias veiculadas atualmente na mídia sobre casos de autoextermínios (suicídios) envolvendo conflitos de bullying nas escolas tem levado a sociedade brasileira a uma preocupação constante com as crianças e adolescentes, que sofrem com a depressão, causada pelos danos físicos-morais-psicológicos ao serem vítimas dessa conduta criminosa (bullying) e acabam por isso, sentindo-se excluídas dentro das escolas (causa da evasão escolar), deprimidas, e por fim, ceifando as próprias vidas (desesperadas emocionalmente).

Muitas crianças e adolescentes vítimas de bullying (intimidação sistemática) acabam abandonando as escolas por não suportarem a dor, a infeli-

cidade, e angústia que os outros colegas autores de bullying (agressores ou bully) provocam em suas vidas e numa tentativa de acabar com todo esse mal que sofrem psicologicamente, cometem o suicídio (autoexterminio).

Assim, a mediação escolar é uma grande ferramenta que tem um papel fundamental, de fomentar condutas de conscientização, prevenção e reparação de bullyes e suicídios (dentro e fora das escolas) de crianças e jovens por meio da comunicação (diálogo) e da colaboração das escolas, educadores e pais para erradicar esse “mal do século” (bullying).

Segundo Glicéria Martins Cleter (autora do presente artigo)⁷¹:

71 Pós-Graduada em Conciliação, Mediação e Arbitragem pela UNIFRAN (Universidade de Franca-mant. Cruzeiro do Sul); Pós-Graduada em Advocacia Tributária pela ESA (Escola Superior de Advocacia) da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) de Minas Gerais (OAB-MG) e FUMEC; Bacharela em Direito pela UNIVERSO (Universidade Salgado de Oliveira); E-mail: guicleter01@hotmail.com; Capacitação em Mediação (Judicial, e Extrajudicial) e Conciliação de Conflitos pela OAB/MG em 2017/18; Concluiu Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) em 2017 tendo elaborado o projeto de pesquisa e artigo de conclusão como o tema: “MEDIÇÃO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA POLÍTICA PÚBLICA ADEQUADA PARA O DESENCARCERAMENTO EM MASSA”; Autora do livro: “Aspectos relevantes das ocupações irregulares de terras públicas em Belo Horizonte”; do Livro “Conceitos Básicos de Mediação”; do livro: “Solução de Conflitos e Instituições Jurídicas” com o artigo “A MEDIÇÃO DE CONFLITOS: UMA NOVA POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA E ADEQUADA DENTRO DO PROCESSO JUDICIAL” apresentado no CAED-JUS (Congresso de Altos Estudos em Direito) em 2018; do livro: “Visões Constitucionais Interdisciplinares”, apresentado no CAED-JUS/CRFB+30 (Congresso em Homenagem aos 30 anos da Constituição-CRFB/88) em 2018 com o artigo: “A SOLUÇÃO PACÍFICA DAS CONTROVÉRSIAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 À MEDIÇÃO ON-LINE: UMA INOVAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO EM PROL DO ACESSO À JUSTIÇA” (coautoria com Tito Lívio de Figueiredo); do Artigo: MEDIÇÃO DE CONFLITOS (JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL): UM NOVO CAMINHO PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL, publicado na Revista Universo. Vol. 01 n°. 02. Belo Horizonte. 2017; do Artigo: “A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO SOCIAL: OS AVANÇOS TRAZIDOS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS” apresentado oralmente, no Seminário TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES (TTMMS), realizado na UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais) em parceria com o CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), publicado o livro em e-book no site do CONPEDI (coautoria com Michele Cristie Pereira); entre outros trabalhos que pesquisou e escreveu, sendo selecionados para apresentação oral em Congressos e Seminários; Pesquisadora, estudante e defensora do Instituto da Mediação de Conflitos, da Justiça Restaurativa, e da inclusão social das pessoas com deficiências; atuante como voluntária em projetos sociais como recreadora e animadora (creches, asilos, entidades filantrópicas, etc.); e palestrante em eventos,

A mediação é um processo autocompositivo voluntário, onde as partes atuam juntas e de forma cooperativa, para encontrarem por si mesmas a solução, que melhor atenda aos seus interesses no conflito, favorecendo o Princípio do Empoderamento em ambas, e possibilitando que hajam de forma que possam no futuro resolverem seus problemas sem recorrerem a ajuda de terceiros (CLETER, p.53, 2018)⁷².

1-A Declaração Universal dos Direitos Humanos nos seus 70 anos: Uma garantia de proteção à vida, como princípio fundamental da dignidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) comemorou seus 70 anos em 2018, desde a sua promulgação (em 10 de dezembro de 1948) pela Assembleia Geral das Nações Unidas- ONU (Organização das Nações Unidas); a DUDH composta por 30 artigos que garantem os direitos fundamentais a toda pessoa, como sendo um “princípio da dignidade humana”, vem sendo ao longo dos anos questionada sobre a sua eficácia e sobre a sua real proteção pela Comunidade Internacional.

No artigo 1º da DUDH diz que: *“Todos nascem livres e iguais em dignidade e direito”*, ou seja, logo nesse primeiro artigo está estabelecido a importância do Princípio da Igualdade e da dignidade humana para todas as pessoas. No seu artigo 12 *“a vida privada e honra são direitos”*, tendo estabelecido dessa forma a proteção individual de cada pessoa na sua privacidade como ser humano.

É certo que, diante de tantos conflitos sociais nas sociedades em geral a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento muito importante para se recorrer quando a vida privada e a honra das pessoas encontram-se violadas; tendo em vista que, os direitos humanos

seminários e congressos de Direito.

72 CLETER, Glicéria Martins. Disponível em artigo apresentado no CAED-JUS/2018 (Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito) que ocorre de forma virtual, com o tema: *“A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UMA NOVA POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA E ADEQUADA DENTRO DO PROCESSO JUDICIAL”* publicado em livro impresso (e em e-book) *“Solução de Conflitos e Instituições Jurídicas”*(orgs) LOURENÇO, Haroldo; SILVA, Larissa Pochmann da. 1ª Ed. Editora Grupo Multifoco. Rio de Janeiro. 2018 (no Livro do referido Congresso).

estão no bairro, escolas, fábricas, fazendas, e etc., ou seja, em todo e qualquer lugar do mundo que estiverem, lá estará a proteção garantida pela DUDH a todas as pessoas.

Segundo o artigo 205 da Constituição Federal de 1988:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Portanto, a educação como sendo um direito social importante para a formação de valores e socialização do indivíduo, recebe proteção tanto no âmbito interno como no internacional, sendo necessário que os Estados adotem políticas públicas eficientes para prevenir conflitos escolares e problemas de autoextermínios de crianças e jovens dentro e fora das escolas visando manter a harmonia social e preservar a paz no mundo.

2-Bullying não é brincadeira. Essa violência não é legal!

A violência se tornou algo tão comum hoje nas sociedades em geral, que infelizmente nem são percebidas no nosso meio social. E uma dessas formas imperceptíveis é a violência repetida entre colegas nas escolas, conhecida atualmente como bullying (intimidação sistemática).

Muitas crianças e adolescentes falam para um colega que às vezes briga com elas, por sentir-se ofendido com determinadas atitudes (quando recebe um apelido ofensivo, por exemplo) frases desse tipo: **“Você não aguenta uma brincadeira?”**; **“Você não sabe brincar?”**. Esses tipos de frases geralmente são para **“oprimir”**, **“intimidar”** alguém que está sofrendo uma violência, daqueles que deviam ser seus amigos de escola, trabalho, lazer, e etc.

O que é bullying?

Bullying tem origem de uma expressão em inglês derivada do verbo **“to bully”** (intimidar). **Bullying** é uma palavra inglesa que significa *“intimidação sistemática”*, e essa violência repetida sistematicamente causa

muita dor nas vítimas levando-as a depressão, exclusão social e ao autoexterminio.

A maioria dos adolescentes hoje, já foram ou são vítimas de bullying, quase 100% das crianças e adolescentes convivem com esse tipo de violência nas escolas: como autores, alvos ou testemunhas, e às vezes, em mais de um desses papéis (vítimas e autores ao mesmo tempo).

Essa intimidação sistemática- violência repetida (bullying) pode se dar de várias formas e características:

- Verbal- xingar, apelidar, ameaçar; debochar de características peculiares da pessoa;
- Física- bater, chutar, empurrar, puxar o cabelo;
- Material- destruir objeto, furtar;
- Moral- discriminar, difamar, ofender, caluniar, ou seja, agredir a vida privada e a honra da pessoa;
- Sexual- tocar no corpo, despir a roupa, importunação sexual, levando muitas das vezes ao estupro;

Os perfis dos autores de bullying geralmente são de jovens que vivem em um núcleo familiar conturbado (família desestruturada) cercado por violências (estupros, agressões, bebidas e drogas) e sem nenhum apoio emocional dos pais.

Os perfis das vítimas de bullying são na sua grande maioria crianças e adolescentes que possuem algum tipo de deficiência (as pessoas com deficiências sofrem muito mais com o bullying devido à falta de acessibilidade e inclusão social), crianças ou adolescentes tímidos, e aqueles que ocupam um papel de destaque dentre os outros colegas (geralmente na escola é o chamado de “CDF da Turma”) por sempre tirar notas altas e fazer todas as atividades dadas em sala com êxito. São geralmente maiores esses conflitos no âmbito escolar, mas também ocorre na vida social, principalmente no trabalho quando se é um profissional muito dedicado (a vítima acaba sendo tachado como o “puxa-saco do patrão”) se torna alvo fácil de colegas não tão dedicados ao labor, sendo invejado, detestado, xingado e até prejudicado pelos outros companheiros de serviço.

2.1- Os conflitos no âmbito escolar envolvendo pessoas com deficiências: as maiores vítimas de bullies e preconceitos.

As crianças e adolescentes com deficiências diante de tantos preconceitos que sofrem nas escolas, devido estas (escolas) não oferecerem acessibilidade, educação especializada, e profissionais devidamente capacitados, acabam sendo as maiores vítimas de bullying por parte de outras crianças e adolescentes (sem deficiências), e até mesmo por parte de professores despreparados, o que acaba muitas das vezes, levando estas crianças e adolescentes com deficiências a tentarem ou cometerem o suicídio⁷³, ou até mesmo se afastarem dos estudos (evasão escolar) por não aguentarem os comentários maldosos e atitudes agressivas e preconceituosas de colegas (um violência repetida diariamente e continuamente).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constituída em Estado Democrático de Direito, no seu Art. 1º, inciso III tem como um dos Princípios Fundamentais: A dignidade da pessoa humana, ou seja, a Carta Magna reconhece o direito de o homem ter o mínimo existencial para uma vida digna. Dessa forma, todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade conforme o Art.5º da CRFB/88.

Nick Vujicic nasceu com a síndrome de tetramélia (ou focome lia), sem os braços e as pernas, e viaja pelo mundo relatando a sua história de vida e os dramas que sofreu com a sua deficiência física como um palestrante motivacional, incentivando as outras pessoas com deficiências (ou sem deficiências) a superarem suas dificuldades por meio da fé, amor, coragem, para que não desistam de seus sonhos. Vujicic relata nas suas obras e palestras o bullying que sofreu com a deficiência física na escola, e ressalta que quando nasceu sua mãe chorava pedindo a Deus braços e pernas, e até ele próprio chorou muitas vezes implorando, de tanta tristeza e solidão que sentia com

73 Termo em latim *sui-si mesmo-* e *cid, caedere-* matar. Ou seja, significa: “se matar”; por fim a sua própria vida.

sua deficiência física, diante dos bullies que sofreu ao longo dos anos na escola dos colegas⁷⁴.

Nick Vujicic sofreu bullies na infância, ao longo da adolescência, dentro e fora da escola e ressalta que sofre ainda com isso até hoje. Ele relata que uma forma de não se sentir excluído foi ajudar as outras pessoas a resolverem seus problemas. Sua frase mais conhecida como filosofia de vida é: “*se você não pode ser um milagre para si mesmo, seja para outra pessoa*” (VUJICIC.2015, p.39)⁷⁵.

Nick Vujicic acredita que todos têm o poder de enfrentar os desafios por meio da determinação e com a ajuda de Deus:

Não tenho membros, mas me mantive firme e enfrentei algumas grandes tempestades. Lidei com bullies durante toda minha vida. Na verdade, ainda estou lidando com eles- e sou um homem casado, com um filho. Aprendi a lidar com bullies, principalmente controlando minha reação e criando uma base sólida a partir da qual eu os recuso [...]. Durante algum tempo em minha adolescência, achei que jamais conseguiria ir à faculdade, ganhar a vida ou contribuir com o mundo. Achei que nenhuma mulher me amaria como marido e que jamais conseguiria ser pai e segurar meu filho junto ao coração. Eu estava enganado, muito, muito e muito enganado! Os bullies que diziam coisas cruéis sobre mim se enganaram, e eu também. Minha vida – a mesma vida que durante um tempo pareceu sombria demais por causa dos bullies e das minhas inseguranças- tem sido incrível e absolutamente maravilhosa (VUJICIC.2015, p.26)!⁷⁶

Os estigmas, bullies e preconceitos que sofrem uma pessoa com deficiência são enormes, e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi uma forma plenamente satisfatória para: proteger, promover, erradicar e combater qualquer violação aos di-

74 VUJICIC, Nick. *Uma vida sem limites: Inspiração para uma vida absurdamente boa*. Tradução: Renato Marques de Oliveira. Ribeirão Preto, SP. Novo Conceito Editora. 2013

75 VUJICIC, Nick. “*Fique Forte- Você pode superar o bullying (e outras coisas que o deixam para baixo)*”. Tradução: Paulo Polzonoff Junior. Ribeirão Preto, SP. Novo Conceito Editora, 2015.

76 Idem.

reitos dessas pessoas (PCDs) pela Comunidade Internacional. O Brasil assinou esse Tratado Internacional (CDPD) na ONU em 2008, e promulgou por meio do Decreto 6.949/09, ou seja, levou-se quase 08 (oito) anos para ser implementado de fato no país com a Lei Brasileira de Inclusão Social (Lei n.º. 13.146/2015) ou chamada popularmente de Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) ou popularmente chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência- Lei n.º. 13.146/15, foi sancionada pela Presidenta Dilma Rousseff em 06 de julho de 2015, e trouxe grandes avanços importantes para as pessoas com deficiências nas áreas de: educação, saúde, trabalho, assistência social, transporte, esporte, entre outras.

No âmbito escolar o Estatuto da Pessoa com Deficiência assegurou a oferta ao sistema educacional de ensino em todos os níveis de escolaridade, e estabelece a adoção de um projeto pedagógico que institua um atendimento educacional realizado por profissionais especializados (e com o apoio destes) e proíbe ainda que as escolas particulares façam cobrança de valores adicionais por esses serviços, ou seja, se uma escola cobrar valores mais caros nas mensalidades de pessoas com deficiências estará sujeita a uma punição (podendo se intentar uma ação de reparação por danos morais e materiais contra a instituição)⁷⁷.

Mas infelizmente na prática esses direitos fundamentais não são respeitados e garantidos de fato às pessoas com deficiências, e há casos frequentes de crianças e adolescentes deficientes que sofrem bullying no ambiente escolar e são agredidas em escolas por profissionais despreparados (professores, seguranças e até diretoras) e também por parte de outras crianças e pais de crianças não deficientes. E se torna pior, quando as escolas recusam as matrículas das pessoas com deficiências com desculpas que não há vagas.

Exemplo disso, um caso ocorrido em Belo Horizonte/MG que veio a ser notícia na mídia no dia 10/08/2017, onde vídeos gravados de dentro da

77 Para estudo aprofundado leiam o artigo: “A Lei Brasileira de Inclusão Social: Os avanços trazidos na proteção dos direitos das pessoas com deficiências” (Autoras: Glicéria Martins Cleter; Michele Cristie Pereira) apresentado no Seminário TTMMs na UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais) e publicado pelo Conpedi. Para acessar e baixar o e-book em pdf, basta entrar em www.conpedi.org.br; publicações; Seminário TTMMs em Práticas Inclusivas.

Escola Municipal Eliza Buzelin que fica no Bairro Piratininga, região de Venda Nova, ocorrido há mais de dois anos. O vídeo mostra uma criança autista de apenas 10 anos sendo agredida e amarrada pelo monitor dentro da instituição.

Nas imagens de um vídeo mostra o homem dando ordem para a criança ficar quieta, e puxa o nariz do menino. Segundo denúncia à polícia, a mãe da criança, Kátia Alves Dourado alega que o filho vinha voltando da escola com várias agressões e machucados desde dezembro de 2016, quando encontrou o menino com a boca machucada e um dente quebrado.

O agressor nos vídeos era o professor de apoio (monitor) do menino, e as agressões ocorriam no laboratório de informática na hora da inclusão⁷⁸. A instituição teve acessos às imagens no dia 07/08/17 e demitiu o funcionário por justa causa alegando que a culpa foi exclusiva do monitor, tirando a sua responsabilidade sobre o fato. Por meio de uma nota a Secretaria Municipal de Educação (SMED) disse que quando tomou ciência do fato, orientou a escola a tomar as medidas cabíveis, demitir o funcionário, fazer um boletim de ocorrência e comunicar a família. A Secretaria Municipal de Educação alegou que o menino continuou na aula e que repudia qualquer atitude de violência à criança e que o episódio ocorrido não reflete a política de inclusão adotada, visto que a Secretaria atende mais de cinco mil estudantes com deficiência na rede de ensino e que promove capacitações constantes dos profissionais envolvidos na área pedagógica, e que qualquer fato em desacordo com tal política será apurado e os envolvidos serão responsabilizados, para que ocorrências como essas, sejam evitadas nas escolas municipais.

O inquérito foi instaurado pela Polícia Civil e o caso investigado pela Delegacia Especializada de Proteção à Criança e Adolescente (Depca). O menino passou por corpo de delito, para saber se as lesões mais graves (como o dente quebrado) foram feitas pelo agressor (dependendo de perí-

78 Parece uma piada de mau gosto: as agressões ocorriam na hora da aula que deveria ser de inclusão social. Aff Qual inclusão é essa que exclui uma criança com autismo de participar das atividades com os outros colegas, a amarra e a machuca? Absurdo, falta de humanidade e empatia um profissional da educação agir dessa forma! <#euempurroessacausa> <#glí-cériaclateralutaporigualdade>

cia a ser realizada), e outros envolvidos que sabiam das agressões poderão ser responsabilizados pelo fato⁷⁹.

Nelson Rosenvald em palestra realizada na ESA/OAB-MG, ressalta que, com a CDPD e com a Lei Brasileira de Inclusão Social: “Deficiência deixa de ser sinônimo de incapacidade”. Segundo Nelson Rosenvald (Informação Verbal):⁸⁰

A Deficiência é um fato jurídico *Stricto Sensu*, ou seja, é uma condição humana, orgânica do indivíduo, é uma vulnerabilidade assistencial, e não afeta a sua capacidade civil. É uma interação da condição médica da pessoa com fatores ambientais, e se despede do modelo de incapacidade subjetivo, e entra agora no modelo objetivo. Pessoa com deficiência tem a capacidade plena (fática) (ROSENVALD. 10/2017).

3-Uma nova forma de bullying: cyberbullying como causa de exclusão social e aumento de suicídio dos adolescentes.

Os adolescentes devido ao acesso rápido e precoce à tecnologia da informação e comunicação(TIC), e ao número alto de informações (na sua maioria descartáveis) de todos os tipos, que lhes chegam pela internet e redes sociais, acabam de certa maneira causando-lhes um certo grau de ansiedade por quererem resolver as coisas de forma imediata (andam sempre com pressa, sem paciência para realizar as tarefas mais simples do dia a dia como ex: arrumarem as suas camas). E isso tem prejudicado o ama-

79 Fonte de notícia disponível no site: Em.com.br no dia 10/08/2017 sob o título: “ Mãe denuncia maus-tratos ao filho autista em escola de Belo Horizonte” autora: Cristiane Silva Simon Nascimento. Disponível em: https://www.google.com.br/amp/s/www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/08/10/interna_gerais,890883/amp.html acesso em 26/10/17 e outras fontes de mídia diversas (jornais de emissora de Televisão, colhidas por Glicéria Martins Cleter, autora do presente artigo).

80 Informação verbal adquirida no “Ciclo de Palestras DIREITO CIVIL NA ATUALIDADE” realizado pela Escola Superior da Advocacia (ESA), com o Tema: “O novo perfil da curatela, aspectos materiais e processuais”; dada pelo palestrante Nelson Rosenvald, em Belo Horizonte- MG, no dia 31/10/2017 e colhida pela autora do presente artigo (Glicéria Martins Cleter) como participante.

durecimento e principalmente a interação social com os pais e os outros colegas na escola, lazer, e etc.

Por decorrência/consequência disso, os jovens estão desenvolvendo uma personalidade mais agressiva, causada por essa ansiedade e imediatividade, sendo levados a um isolamento social (se trancando no quarto e passando horas na internet jogando videogames ou acessando as redes sociais).

O isolamento social e o uso incontrolado da internet têm levado os adolescentes a um índice alto de depressão e aumentado o número de suicídios (autoextermínios), principalmente quando estes são vítimas do **cyberbullying** (pessoas que se valem da internet para expor conteúdos ofensivos contra uma pessoa: ferir a honra, chantagear, violar a intimidade, ameaçando as vítimas, com publicações constrangedoras, e até publicações de fotos) que agem disseminando ofensas usando como pano de fundo a internet (principalmente as redes sociais) de forma covarde, fazendo um trabalho sujo anonimamente (fingindo ser outra pessoa online) para manipular, perseguir e constranger seus alvos obrigando até fazerem relações sexuais virtuais.

As barreiras atitudinais são aquelas nas quais esteja presente o “**inferno**” (terminologia adotada pelo art. 3º, V, da Lei de Combate ao Bullying- Lei nº. 13.185/2015) em suas vidas causado psicologicamente por outra pessoa (covarde), assim restará configurada a “barreira atitudinal” (art. 2º, da Lei nº. 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência), e essas intimidações sistemáticas (barreiras infernais) podem levar um indivíduo ao desespero também através da internet.

A pessoa vítima do cyberbullying e sua família (que passar junta pelo inferno) pode intentar uma **ação reparatória (por danos morais) contra os ofensores nos termos dos arts. 186 e 927, caput do Código Civil e da Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Lei do Marco Civil da Internet) que disciplina o uso da internet no Brasil (arts.2º e 18 ao 21)**⁸¹.

81 Apesar de no art. 21 da Lei do Marco Civil da Internet mencionar a “solidariedade subsidiária”, no contexto de prática de cyberbullying a responsabilidade será solidária, ou seja, o provedor de aplicações de internet poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdos ofensivos gerados por terceiros, se após a ordem judicial específica não retirar estes, tornando-o indisponível (Lei do Marco Civil da Internet, art.19).

Dessa forma, a ideia da Lei do Marco Civil da Internet é se criar um diálogo com a Constituição da República Federativa do Brasil, com o intuito de promover através da internet a inclusão social e a dignidade da pessoa humana, onde todos tenham o mesmo senso de pertencimento (art. 3º, IV, da CRFB/88

4-A mediação escolar: Uma importante política pública para prevenção e resolução dos conflitos causados por bullies e autoextermínios.

A mediação de conflitos será indicada conforme seja “adequada” a cada caso em concreto, visto que, nem todos os conflitos serão possíveis de serem mediados. A mediação pode alcançar todas as áreas sociais (mediação familiar, mediação ambiental, mediação empresarial, mediação penal, mediação escolar e etc.), desde que não verse sobre os direitos indisponíveis que não admitam a transação conforme o art. 3º. da Lei de Mediação (Lei nº. 13.140/2015), respeitando cada pessoa na sua individualidade, vontade, sentimentos e interesses no conflito.

A mediação escolar é uma política pública alternativa que deve ser conhecida e adotada pelas escolas, professores, alunos, pais e a comunidade, de forma a manter a harmonia e socialização dentro e fora das escolas. Mas precisa ser amplamente incentivada, divulgada e adotada pelo Estado, profissionais da educação, câmaras de mediações, para que toda a sociedade tome conhecimento, pois as violências nas escolas já são uma realidade constante.

A mediação escolar conduzida por um terceiro neutro e imparcial (**o mediador como um facilitador do diálogo**) é uma ferramenta que pode se apresentar como uma forma de (re)estabelecer o diálogo direto entre os envolvidos, sem determinar os culpados no conflito, mas dando a oportunidade para que cada um, possa falar abertamente sobre o mal que lhe affige (ex: colocando a vítima de bullying e seu agressor ou agressores lado a lado), suas opiniões, sentimentos e fazendo com que cada uma das partes, assumam as responsabilidades que lhes cabem.

O **professor-mediador** escolar garantido pela Lei nº 13.146/15(Estatuto da Pessoa com Deficiência) como um “**Profissional de Apoio Escolar**” é um dos temas que vem causando discussões para se adequar às exigências legais. A oferta desse profissional é **RESPONSABILIDADE**

EXCLUSIVA DA ESCOLA, e a família não pode ser obrigada a arcar com taxas extras, sob pena de responsabilização cível e criminal da escola.

Ambos os profissionais são essenciais para a mediação escolar, tanto o professor-mediador, quanto o mediador (facilitador do diálogo). São presenças indispensáveis dentro das escolas para prevenção, reparação e transformação social do conflito escolar.

A comunicação (re)estabelecida pela mediação resgata o diálogo outrora empobrecido, que causava distorções e complicava ainda mais para a solução pacífica dos conflitos escolares.

Os jovens agressores também precisam da ajuda de psicólogos, educadores e dos pais, para que possam mudar as suas atitudes de desvio de conduta (que negam ao outro o seu lugar no mundo) com seus comportamentos violentos (bullying). E assim, é preciso quebrar as barreiras da intolerância, dando-lhes acolhimento, inclusão familiar e social (reconhecendo seus valores, habilidades) para buscar focar no melhor de cada um⁸², e incentivá-los a serem pessoas amigas, solidárias e conviverem em harmonia social.

Segundo Glicéria Martins Cleter e Tito Lívio de Figueiredo (autores do presente artigo):

O Princípio do empoderamento é o benefício fundamental a ser alcançado numa sessão de mediação, tendo em vista, que as pessoas ao participarem desse processo construtivo e colaborativo (mediação), podem no futuro resolverem os seus problemas sem a ajuda de um terceiro, se empoderarem ao se autorreconhecerem como plenamente capazes de decidirem por si mesmas uma situação conflituosa (CLETER e FIGUEIREDO. 2019, p.262)⁸³.

82 A técnica: "Tocando nas Estrelas" é uma metodologia criada e utilizada pela mediadora Berenice Brandão. Essa técnica busca focar no melhor de cada pessoa: Ninguém é bom o tempo todo, ou mau o tempo todo! Focar no melhor de cada pessoa é importante para todos nós vivermos em harmonia e paz na sociedade.

83 Disponível no artigo: *A solução pacífica das controvérsias da constituição de 1988 à mediação on-line: uma inovação no sistema jurídico brasileiro em prol do acesso à justiça*. Autores: Glicéria Martins Cleter e Tito Lívio de Figueiredo. Livro: *Visões Constitucionais Interdisciplinares*. (Orgs): JUNIOR, Arthur; ASENSI, Felipe; NOHARA, Irene; RABELLO, Leonardo. Rio de Janeiro. Editora Multifoco. Ágora 21. 2019. Coleção CAED-JUS, vol. 3.

Conclusão:

Se quisermos construir um caminho de paz e amor, precisamos ser capazes de aceitar as diferenças e incluir pessoas diferentes de nós, em nosso convívio social. Incluir não é querer tornar as pessoas iguais à gente, mas sim aprender a respeitar e tratar o próximo sem discriminação e preconceito.

O bullying e a depressão estão se tornando o mal do século, e esses conflitos sociais precisam urgentemente serem resolvidos, por meio da promoção de políticas públicas e criação de projetos de conscientização, para prevenir a violência e combater o autoextermínio de jovens no Brasil e no mundo, usando como método a justiça restaurativa e a mediação escolar.

Esse trabalho de conscientização, prevenção e reparação contra o bullying, a discriminação e preconceito dentro das escolas deve ser feito com os pais, as crianças, os adolescentes e professores, de forma conjunta, contínua e colaborativa.

O diálogo, a cooperação, e a empatia dos autores/protagonistas/participantes do sistema educacional inclusivo é o melhor caminho para se criar uma postura preventiva e fomentar uma cultura de pacificação social de combate aos bullies e outras formas de violências nas sociedades em geral dentro e fora do ambiente escolar.

Segundo Alvaro Chrispino, Celia Bernardes, Lidercy Aldenucci e Olivia Meurer (2016, p.559 e560)⁸⁴:

A Mediação de Conflitos foi levada para o âmbito escolar na década de 80, nos Estados Unidos. Hoje, é uma prática que ganhou escolas do mundo todo. Os projetos de Mediação Escolar, que também no Brasil vão ganhando espaço, respondem não apenas às necessidades das instituições de ensino, mas sobretudo, às exigências de um mundo contemporâneo cada vez mais complexo, multicultural e pluriétnico, no qual é preciso ser capaz de identificar denominadores comuns para possibilitar o convívio pacífico entre pessoas e nações.

⁸⁴Artigo: Alvaro Chrispino, Celia Bernardes, Lidercy Aldenucci e Olivia Meurer (2016, p.559 e560) "Mediação Escolar: Uma via para a convivência pacífica" (2016, p.559 e560). Vários autores. ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Vários autores. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

As vítimas de bullying costumam ficar tristes, se isolarem, faltar às aulas, sempre inventando uma desculpa para os pais, para não revelarem o que estão sofrendo, e algumas costumam até ficarem agressivas e impacientes com os pais dentro de casa (revelando que algo não está normal).

Por isso quando os pais notarem algum comportamento estranho e diferente nos filhos (crianças e adolescentes) é importante procurar chamá-los num canto em particular para uma conversa aberta como amigos, transmitindo confiança, muita compreensão pelos seus sentimentos (validando os sentimentos dos filhos), usando da empatia (se colocar no lugar dos filhos), ouvindo-os sem julgamentos (escuta ativa) e orientando-os (se for possível), sobre os problemas que lhes forem apresentados para juntos encontrarem a melhor solução.

O bem-estar e a saúde são sem dúvida a melhor forma da humanidade alcançar a felicidade, e o Estado Democrático deve ser o garantidor incessante (o pilar) dessa eterna busca da realização, e do sonho do homem de ser feliz, como um grande defensor dos direitos humanos.

Jesus (o maior pacificador) falava sobre dois caminhos que podemos seguir em nossa vida, somos livres para escolher, mas não podemos mudar o fato de que cada caminho nos leva a um destino final:

Entrem pela porta estreita porque a porta larga e o caminho fácil levam para o inferno, e há muitas pessoas que andam por esse caminho. A porta estreita e o caminho difícil levam para a vida, e poucas pessoas encontram esse caminho (Mateus 7: 13-14)⁸⁵.

A felicidade só será alcançada quando todas as nações (Estados e povos) cooperarem entre si, usando da mediação, da empatia, e da comunicação não-violenta para resolverem os conflitos de forma pacífica, e construir um caminho de justiça social, igualdade e paz, com respeito às diferenças, as pluralidades de sujeitos e a tolerância para com o próximo. Somos livres para escolher o melhor caminho(da paz ou da guerra)!

85 Bíblia Sagrada.

Referências Legislativas:

Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 05 de Outubro de 1988.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 10 de Dezembro de 1948.

Lei do Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Lei do Bullying)- Lei n.º. 13.185, de 06 de novembro de 2015.

LEI Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente.

Lei Brasileira de Inclusão Social (Estatuto da Pessoa com Deficiência)- Lei n.º. 13.146 de 06 de julho de 2015.

Lei do Marco Civil da Internet- Lei n.º. 12.965, de 23 de abril de 2014.

Lei de Mediação- Lei n.º. 13.140, de 26 de junho de 2015.

Referências Bibliográficas:

Bíblia Sagrada da religião católica (e de outras religiões diversas).

Central de Prevenção ao Bullying. Disponível em <<https://www.facebook.com/safety/bullying/>> Clicar em “Atalhos de Privacidade”, “Segurança”, “**Ajudar no combate ao bullying**” e baixar a cartilha específica para: **adolescentes, pais e educadores**. Acesso em 09/04/2019.

CHRISPINO, Alvaro; BERNARDES, Celia; ALDENUCCI, Lidarcy; e MEURER, Olivia. “Mediação Escolar: Uma via para a convivência pacífica” (COORDS). ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Vários autores. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

“*Curso de Formação em Direitos Humanos: Entendendo a Ditadura e as Comissões da Verdade*”, realizado pela Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Participação Social e Cidadania (SEDPAC-BH) em Belo Horizonte/MG concluído em 18 de fevereiro de 2019 (informação adquirida por Glicéria Martins Cleter autora do presente artigo).

CLETER, Glicéria Martins; FIGUEIREDO, Tito Lívio. *A solução pacífica das controvérsias da constituição de 1988 à mediação on-line: uma inovação no sistema jurídico brasileiro em prol do acesso à justiça*. Livro: Visões Constitucionais Interdisciplinares. (Orgs): JUNIOR, Arthur; ASENSI, Felipe; NOHARA, Irene; RABELLO, Leonardo. Rio de Janeiro. Editora Multifoco. Ágora 21. Coleção CAED-JUS, vol. 3. 2019.

NASCIMENTO, Cristiane Silva Simon. Em.com.br no dia 10/08/2017 sob o título: “*Mãe denuncia maus-tratos ao filho autista em escola de Belo Horizonte*”. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/08/10/interna_gerais,890883/amp.html> acesso em 26/10/17 e em outras fontes de mídia diversas jornais de emissora de Televisão (colhidas por Glicéria Martins Cleter autora do presente artigo).

RIBEIRO, Renata; MANCUSO, Filippo; TURCI, Fábio; TOMAZ, Kleber; LAVADO, Thiago e ROHR Altieres. Bom dia. SP e G1 SP. Disponível em 14/03/2019 em: “*Assassinos planejam massacre em escola de Suzano por mais de um ano, aponta investigação*” <<https://www.google.com/amp/s/g1.globo.com/google/amp/sp/mogi-das-cruzes--suzano/noticia/2019/03/14/assassinos-planejaram-massacre-em-escola-de-suzano-por-1-ano-e-meio-aponta-investigacao.ghtml>> acesso em 09/04/2019.

ROSENVALD, Nelson. *Ciclo de Palestras DIREITO CIVIL NA ATUALIDADE* realizado pela Escola Superior da Advocacia (ESA). **In palestra** (tema): *O novo perfil da curatela, aspectos materiais e processuais*. Belo Horizonte- MG. 31/10/2017. Informação Verbal adquirida pela autora do presente artigo como participante.

VUJICIC, Nick. *Uma vida sem limites: Inspiração para uma vida absurdamente boa*. Tradução: Renato Marques de Oliveira. Ribeirão Preto, SP. Novo Conceito Editora. 2013.

VUJICIC, Nick. *Fique Forte- Você pode superar o bullying (e outras coisas que o deixam para baixo)*. Tradução: Paulo Polzonoff Junior. Ribeirão Preto, SP. Novo Conceito Editora. 2015.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS: A (IN)VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO JULGAMENTO PROCESSUAL BASEADO EM PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS FRENTE À CONSTRUÇÃO DA LÓGICA JURÍDICA NACIONAL

Elizandro Natal Brollo

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda tema relacionado ao direito processual civil, de modo a analisar se o sistema de precedentes obrigatórios a que traz o novel Código de Processo Civil de 2015 - NCPC/2015 - é compatível com o ordenamento jurídico pátrio de tradição *civil law*.

A relevância de tal estudo é amparada por diversas motivações, visto tratar-se de temática que tem gerado enorme divergência doutrinária e uma mudança significativa na cultura jurídica pátria.

O Poder Judiciário está abalrado de processos pendentes de julgamento. As demandas se arrastam por anos e anos para a efetiva tutela jurisdicional. Consoante dados recentes (2017, ano base 2016) divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, os números chegam a cerca de 79 milhões de processos pendentes de resolução.

Só em 2016 cerca de 29,4 milhões de processos novos ingressaram no Poder Judiciário.

Os efeitos negativos desse cenário são: (i) prejuízos nas relações internacionais, de modo a afetar a economia e o desenvolvimento nacional; (ii) diminuição do investimento externo; (iii) desestimulação dos investidores dada a ineficiência na tutela jurisdicional e resolução dos conflitos, prejuízos aos cidadãos, etc.

Consoante dados do CNJ, “A taxa de congestionamento, que mede o percentual de processos em tramitação que não baixou durante 2016, permanece alta, com percentual de 73%. Isso quer dizer que foram solucionados apenas 27% de todos os processos.”

Deste modo, a busca por alternativas de resolução do problema se torna relevantíssima

Pois bem. Além dos métodos alternativos de resolução de conflitos existentes, o NCPC/2015 tenta inserir no ordenamento pátrio uma sistemática de precedentes judiciais com efeito vinculante ao judiciário.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe mudanças no sistema judicial de modo a inserir a vinculação de decisões em sede de controle de constitucionalidade e súmulas vinculantes exaradas pelo STF, o NCPC/2015 inaugura um sistema de precedentes com traços da tradição jurídica da *common law*, diversa da até então adotada no ordenamento, a *civil law*.

Parcela da doutrina sustenta que tal iniciativa do código traz instituto próprio da *common law* em um ordenamento de tradição de *civil law*, de modo a realizar críticas no tocante a sua viabilidade.

Por outro lado, outra parte da doutrina aduz que o NCPC criou um sistema de precedentes próprio com objetivo de tentar resolver a crise da morosidade do judiciário, de modo a dar a tão esperada segurança jurídica aos jurisdicionados quando da efetivação de julgados pelo Poder Judiciário.

A controvérsia então se instalou na doutrina, visto que a adoção do sistema de precedentes obrigatórios seria incompatível com a tradição jurídica do ordenamento pátrio.

Desse modo, depara-se com a seguinte problemática. Existe viabilidade de aplicação do julgamento processual do NCPC baseado em precedentes obrigatórios frente à construção da lógica jurídica nacional?

Como hipótese, traz que o novo código de processo civil insere o sistema de precedentes obrigatórios de modo compatível com o modelo constitucional de processo.

Do exposto, o objetivo do presente trabalho é realizar a verificação se a sistemática de precedentes obrigatórios trazidos pelo NCPC/2015 é compatível com o modelo constitucional de processo do ordenamento pátrio, de tradição jurídica *civil law*. Para tanto serão explicitados os conceitos das tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*, bem como entendimento doutrinário no tocante a viabilidade ou não dos precedentes obrigatórios.

Aborda-se, pois, em um primeiro momento as características das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*.

Em seguida os aspectos a utilização dos precedentes no direito brasileiro, trazendo os posicionamentos favoráveis e contrários à adoção, com ênfase ao que dispõe o NCPC/2015.

Por fim, traz-se alegações relacionadas às conclusões e resultados que se chegou com o desenvolvimento deste trabalho.

2.SISTEMA DE PRECEDENTES

O presente estudo aborda aspectos inerentes ao sistema de precedentes obrigatórios do NCPC. Para melhor compreensão deste importante micro sistema inserido na lei processual, abordam-se aspectos das tradições jurídicas.

2.1 A construção da lógica jurídica – tradições jurídicas do Civil Law e *common Law*

A formação do sistema jurídico brasileiro passa pela origem e estruturas da sociedade, de modo que na sua formação recebeu influência do direito romano-germânico, por intermédio da tradição jurídica do *civil law*.

A *civil law* tem como base a lei elaborada pelo Poder Legislativo, detentora de generalidade e abstração. Sua utilização se dá principalmente na Europa e países da África e da Ásia. Ainda, nos países latinos americanos tem sido a base do direito civil, a exemplo do Brasil. Reale (2012, p. 110) reforça a ideia de que em tal tradição a vontade da nação é expressa por intermédio da lei, ao expor que:

“A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.”

São características da tradição *civil law* a tripartição de poderes, ou seja, legislativo, judiciário e executivo. Nesta esteira, Macêdo leciona que “o *civil law* é pautado em uma rígida e precisa tripartição dos poderes ou funções do Estado, desenvolvida por Montesquieu.”. (2017, p.34)

Desse modo, sendo o legislativo o detentor da produção de leis, de modo que ao judiciário caberia “exercer a jurisdição não seria mais do que a vontade concreta da lei ou do legislador: o juiz não passaria de *bouche de la loi*, exercendo um poder nulo.”. (Macêdo, 2017, p. 35)

O juiz deve, pois, julgar nos termos que a lei determinou, de modo que se fizer de outra forma o faz de forma arbitrária e contrária ao preceitos legais e concepções postas pelo criador da norma jurídica. Para combater os abusos, o sistema de tripartição de poderes é pilar essencial, de modo que se possa conter os excessos praticados pelos aplicadores da lei.

Na *Civill Law* observa-se uma nítida preponderância como fonte o direito positivado e a legislação em relação às demais fontes do direito. Nota-se, pois, que a doutrina, jurisprudência e costumes são utilizados de forma subsidiária para completar lacunas da lei. Nessa esteira, Elpídio Donizette (2016, p. 1.103) ao tratar sobre a *civil law* elenca que “Essa Escola considera que a lei é a fonte primária do ordenamento jurídico e, consequentemente, o instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.”

A tradição *Common law*, por sua vez, também conhecida como direito costumeiro⁸⁶, tem sua principal consagração na jurisprudência. Isso porque sua constituição se dá pelo conjunto de normas jurídicas que é produzida nas sentenças dos Tribunais, de modo a tornarem-se precedentes obrigatórios. Branco (2010, p.81) (g.n.) reforça que em tal tradição as sentenças são convertidas em precedentes obrigatórios, senão vejamos: “Denomina-se *common law* esse sistema porque, essencial e formalmen-

86 BRANCO, Luiz Carlos. Manual de Introdução ao Direito, cit., p.39.

te, é constituído pelo conjunto de normas jurídicas que os tribunais estabelecem em suas sentenças, as quais **se convertem em precedentes obrigatórios**. Sua fonte primordial são os precedentes judiciais, a jurisprudência.”

O entendimento que sua principal fonte normativa são os precedentes e a jurisprudência é corroborado por Macêdo, ao lecionar que:

“a tradição *common law* é caracterizada por sua continuidade: é uma evolução histórica marcada por elevado grau de constância.”.(2017, p. 39-40)

Tal continuidade característica de estabilidade é motivo de orgulho para os ingleses, onde tal característica vista de forma especial. (Macêdo, 2017)

Cabe destacar que em tal tradição existem leis, contudo o tratamento é diverso da *civil law*, de modo que possui papel secundário.

Assim sendo, a tradição do *common law* tem por base o direito primitivo, de modo que a segurança jurídica é baseada nas decisões passadas e o respectivo respeito a elas com base na força vinculante a que lhes é atribuída.

Pois bem. A *civil law*, baseia-se na lei e sua codificação, de modo a não dar espaço para criação ou interpretação. Já a *common law* tem base na jurisprudência. Ocorre que a necessidade de tutela dos direitos fez com que tais tradições amoldassem a tal necessidade, de modo que a *common law* não subsiste somente do direito jurisprudencial e na *civil law* tem-se dado a importância para a vinculação de decisões, bem como para a criação e a interpretação.

Destaca-se que a *common law* e a *civil law* são tradições que provém de culturas, políticas e circunstâncias muito diferentes que culminaram em institutos, conceitos, etc. próprios. Neste sentido, a utilização de premissas de uma tradição em outra requer a consideração dos aspectos culturais de formação da sociedade e opção jurídica. Assim, a utilização de precedentes obrigatórios, típicos da *common law*, em países de tradição *civil law*, a exemplo do Brasil, tem gerado debates doutrinários e serão considerados no presente estudo.

2.3 Utilização dos precedentes no ordenamento brasileiro

Visto os conceitos básicos das tradições jurídicas da civil law e common law, traz-se para discussão se é possível ou não a utilização de precedentes obrigatórios no direito pátrio, de tradição civil law, em especial frente às alterações promovidas pelo NCPC/2015.

Importante destacar que a utilização dos precedentes não surge junto com a tradição jurídica common law, mas sim é fruto da evolução da jurisprudência do direito inglês. Em ambas as tradições jurídicas busca-se a aplicação do direito de modo a alcançar a igualdade e segurança jurídica.

O ordenamento brasileiro tem sua formação e influência pela tradição civil law e alguma influência da common law. A Carta Magna de 1988 promoveu o estado democrático de direito⁸⁷ e com ele a jurisprudência passou a ter uma relevância maior, por conseguinte ganhando o seu intérprete maior destaque.

2.3.1 Argumentos favoráveis e contrários à utilização

Grande parte da doutrina enfatiza elementos contrários a adoção de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que se tenham os adeptos à inserção dos precedentes, é de suma importância a abordagem dos argumentos contrários, haja vista a relevância do tema.

Por outro lado, uma fatia doutrinária defende a aplicação de precedentes, bem como do *stare decisis* no ordenamento nacional. Os argumentos são diversos e enriquecem o debate e o melhoramento da função jurisdicional.

Nesta toada, serão trazidos a baila os principais elementos do debate doutrinário. Os argumentos são diversos, entretanto para melhor desenvolvimento deste trabalho e compreensão serão abordados os principais tópicos inerentes a este trabalho.

Importante destacar que o direito pátrio é vinculado à tradição *civil law*, ao passo que se tem uma teoria jurídica voltada a tal tradição sendo

⁸⁷ É o advento do neoconstitucionalismo como leciona Dalmo Dallari (2010, p. 135)

de tal modo executada no dia a dia forense. Nesta toada, todo e qualquer instrumento estranho a ela que se tente inserir, passa por severas críticas.

O NCPC/2015, por sua vez, trouxe elementos com o intuito de fortalecer a teoria dos precedentes, entretanto não o fez de forma inédita, haja vista que já foi objeto de da Emenda Constitucional 45/2004 (inserção da Súmula vinculante), por exemplo.

Um primeiro argumento contrário, trata-se do possível engessamento do direito. Aspecto negativo do engessamento é o acometimento de injustiças, isso porque a imutabilidade do direito faz com que este não evolua de modo a acompanhar a evolução da sociedade.

Em contraponto, os favoráveis ao sistema de precedentes enfatizam que as alegações do engessamento do sistema são injustas. Como os precedentes já vem de utilização na tradição common law e lá tal fato já se encontra resolvido. Já existe dentro do próprio sistema mecanismos que evitam o dito engessamento. Isso se dá por intermédio dos mecanismos de revogação e superação dos precedentes.

Diego Martins Marins⁸⁸ salienta que “Há que se ressaltar que a utilização do método no ordenamento jurídico brasileiro não faz com que os membros da magistratura fiquem engessados, ou seja, presos àqueles precedentes, diminuindo a sua liberdade de interpretação, o que ocorre é a mitigação da capacidade de criação aleatória dos magistrados na interpretação dos textos normativos e a maximização da eficácia do princípio da segurança jurídica”.

A defesa é no sentido da maior eficácia do direito e não no seu engessamento, de modo que a segurança jurídica fica preservada. Macêdo, ao defender a tese de que os precedentes não trazem inflexibilidade ao direito, aduz que o sistema de precedentes “é dotado de especial mobilidade. Seguramente é mais fácil, do ponto de vista pragmático e burocrático, modificar uma norma pelo processo jurisdicional do que pelo legislativo, sendo certo que este é dotado de maior rigidez procedimental, devendo ser votado e aprovado por maior número de pessoas, e aguardando maiores dificuldades práticas, diante do ambiente político de discussão e barganhas.”. (2016, p.175)

Do exposto e considerando o efeito vinculante do precedente e de sua rigidez, na prática forense é possível decidir casos futuros utilizando-se de uma tese que não está adequada ao direito por conter erros. Ainda, no

88 Revista de Direito FIBR A Lex • A no 2, nº 2, 2017 • ISSN : 2525-460X overruling: revogação e modulação no novo código de processo civil.

caso de falta de uma análise mais aprofundada demonstrando que realmente os casos (paradigma e sob exame) são semelhantes. Isso fará com que a segurança jurídica buscada não possa ser efetivada, bem como propicia a ocorrência de injustiça ao caso em análise e demais que o utilizem como paradigma. Está-se diante de engessamento prejudicial aos direitos e às garantias constitucionais.

2.3.1.1 Ofensa à independência dos magistrados

Um aspecto inerente aos precedentes obrigatórios diz respeito da necessidade de que o órgão julgador de instância inferior tenha que seguir o entendimento da instância superior. No NCPC/2015, a discussão doutrinária pauta-se no que diz o art. 927⁸⁹ para explicitar a obrigatoriedade de seguir o entendimento superior.

A questão central da discussão é se não estaria tal dispositivo violando o livre convencimento motivado ante a obrigatoriedade em questão.

É evidente, pois, que a reprodução e seguimento da tese do precedente sem realizar a distinção entre o caso paradigma e o sob exame, de modo que for seguido o precedente por conta da posição hierárquica, não se mostra postura adequada frente a ciência do direito e ainda tendo por base a teoria da integridade de Ronald Dworkin.

Tem-se que o juiz não pode ser a boca da jurisprudência, mas sim tem obrigação de respeitar a integridade e a coerência do direito.

Lênio Streck⁹⁰ ao criticar veemente a questão das decisões judiciais que seguem os precedentes “cegamente” aduz que “A tese dos *commonlists* brasileiros é velha e vem lá do século XIX: uma mistura de positivismo clássico (a parte francesa da proibição de interpretar e também a parte

89 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.(...)

90 <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlists-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>

alemã, porque os aludidos precedentes-tipo-teses-gerais brasileiros têm cheiro de neopandectismo), de realismo (empirismo jurídico=Direito é o que o judiciário diz que é) e uma forte pitada de jurisprudência analítica (seguir cegamente os precedentes). Eis o produto.”

De forma contrária, Marinoni, em sua obra “Precedentes Obrigatórios, ressalta que:

“Em termos de eficácia do sistema e do Poder não importa se o juiz inferior concorda com a decisão do juiz superior – é apenas essa que vale e produz efeitos. Ora, esta é a mesma lógica que sustenta um sistema que, necessariamente, não pode tratar casos iguais de forma desigual. É fácil concluir, portanto, que vincular as decisões inferiores aos precedentes significa apenas evitar o trabalho – e todos os males daí decorrentes – de elas serem reformadas!”

Em tal concepção, os precedentes e sua vinculação pelo juiz não é caso de perda da independência do magistrado. Tem-se que são questões diversas, ao passo que a independência é o que veda a interferência na questão jurisdicional, de modo que não se permite que o juiz sofra influências externas. Leva-se em conta que o juiz está adstrito ao ordenamento jurídico e fazendo parte deste deve obediência aos precedentes assim como à legislação.

De todo modo, o julgamento do órgão jurisdicional deve estar adstrito à lei e ao direito, fazendo que o juiz possa exercer o seu mister com independência, sendo que esta pode ser afetada por obrigatoriedade de se seguir um precedente que pode conter um erro de formação, por exemplo.

2.3.1.2 Separação dos poderes

A separação dos poderes tem base constitucional, de tal modo que o artigo 2º da Constituição dispõe que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988)

Consoante ensinam Mendes e Branco, trata-se cláusula pétrea, de modo que qualquer proposição “que suprima a independência de um dos poderes ou que estorve a autonomia é imprópria.” (2015, p. 127)

No tocante aos precedentes, o que se coloca na discussão sobre a violação do dispositivo constitucional é se o poder judiciário não estaria usurpando a função típica do legislativo. Aos defensores da tese de que viola o preceito constitucional, não poderia o Judiciário exercer sua função, ao interpretar a lei, também criar a norma ao se implementar a obrigatoriedade de observação dos precedentes. Isso porque a função de legislar é realizada por aqueles que são representantes do povo, escolhidos em processo democrático e nos termos da Constituição.

Novamente, em sua crítica aos precedentes, Lênio Streck⁹¹ leciona que:

De todo modo, parece difícil convencer os processualistas que defendem essas teses. Eles trabalham com uma perspectiva utilitarista. Não importa se isso gera transferência de poder excessivo às pretendidas Cortes de Vértice (sic). O que importa é que “funcionará”. Até já se diz que esse “sistema” é tão útil que a sua inconstitucionalidade é irrelevante.

Pois é. A utilidade está acima da Constituição. A constitucionalidade cede terreno para a funcionalidade. Os fins justificam os meios. E já adianto um diagnóstico pessimista: conhecendo o Brasil, há grande chance dessa tese ser vencedora. Teremos um “sistema” de produção de teses abstratas e gerais – em uma imitação da pandectística (ou sua vulgata) – que, embora inconstitucional porque inverterá a disposição dos poderes no tocante à legitimidade de produção do direito, funcionalmente será aceita. E à doutrina restará ser caudatária das teses e dos precedentes. Ou das duas coisas.

O ponto em questão e enfatizado pelo autor é no sentido da transferência de poder ao judiciário, no que ele chama de “Cortes de Vértice”, sendo que estas estariam, por intermédio dos precedentes, exarando textos com generalidade e abstração típico de normas jurídicas. O realismo jurídico e a teoria da utilidade são caminhos não adeptos à comunidade jurídica pátria.

91 <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>

Marinoni (2016, p.122), por sua vez, ao defender a tese de que os precedentes não violam a separação dos poderes, traz forte crítica aos que divergem da tese:

‘O questionamento da força obrigatória das decisões judiciais, diante do princípio da separação dos poderes, constitui gritante falta de consciência jurídica ou ingenuidade enfadonha e inescusável. Quem vê problema na imposição obrigatória de determinada interpretação da lei, parece não ter percebido que o Judiciário, muito mais do que fixar a interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental. Ora, não é preciso muito esforço para entender que se o juiz, singularmente, pode controlar a constitucionalidade da lei, as Cortes Supremas devem decidir com força obrigatória sobre todos os membros do Poder Judiciário.’

Macêdo (2017) salienta que o sistema de precedentes é contrário a que se chama de clássica separação dos poderes, sendo que o judiciário ao “produzir” a jurisprudência de forma criativa não é contrária a doutrina do *stare decisis*. O dito poder maior do judiciário é mais um meio de controle do que exercício da função típica de legislar, de modo que não estaria o judiciário violando do *mandamus* constitucional.

Em resumo, aduz “É lícito concluir, a partir disso, que a vinculação aos precedentes, no atual paradigma do Direito, muito ao contrário de ferir a tripartição, é elemento que reforça a compensação de poderes e funções, dificultando um agigantamento do Judiciário e facilitando o controle da atuação deste, tanto pelos cidadãos como também perante os demais órgãos institucionais.”. (MACÊDO, 2016, p. 191)

A discussão doutrinária é grande valia para o aprofundamento e melhoria do ordenamento jurídico brasileiro. A separação dos poderes é inerente à democracia e também à *civil law*, de modo que se busca uma harmonia dos poderes e no seu exercício. Vivemos uma crise numérica no judiciário, como é cediço, contudo a tentativa de resolver a crise por intermédio de institutos que podem ferir o modelo constitucional não parece a mais adequada. O “pano de fundo”, ao que parece, para justificar

as mudanças é baseado na tese que o Judiciário tem que dar uma resposta às demandas da sociedade. Uma verdadeira sumarização da cognição para dar uma resposta rápida, porém pode ser ineficaz e ainda sob o sacrifício de mandamentos constitucionais. A questão que fica se isso realmente é o melhor caminho, válida, pois, a discussão crítica dos institutos, a exemplo dos precedentes obrigatórios.

2.3.1.3 Impedimento de acesso à justiça

A Consituição traz que não haverá exclusão, por lei, da apreciação do poder judiciário de lesão ou ameaça a direito (CRFB/88, art. 5º, XXXV).

Nesta toada, argumenta-se contrariamente aos precedentes obrigatórios no sentido destes estarem, de certa forma, realizando um empecilho para que se busque a proteção jurisdicional por um indivíduo, por motivo que outro já havia firmado uma determinada demanda e o judiciário já ter se manifestado.

MIRANDA⁹² (2016), traz posicionamento crítico aos precedentes, bem como a tentativa de inserção de um sistema de precedentes obrigatórios, via forma legislativa, sem haver uma discussão ampla da tese que possui enorme divergência doutrinária.

Ainda, traz a crítica no tocante ao impedimento de acesso à justiça que os precedentes, conforme concebido em nosso ordenamento, pode ocasionar:

“A decisão será extensível, contudo, as partes singularmente consideradas podem não ter as melhores condições de estabelecer a mais ampla confrontação argumentativa, não apenas na perspectiva jurídica, mas social, econômica, científica etc., pelo que impedir que no procedimento de sua formação seja precedido da adequada representatividade é consubstanciar a infringência ao princípio constitucional do acesso à jurisdição, evidenciado pela sua inafastabilidade, a qual também será compreendida pelo óbice expansivo que se projetará aos jurisdicionados quando da consolidação da tese jurídica.”

92 Revista dos Tribunais Online - A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I “A”. Acesso em 21 dez 2017.

MACÊDO (2017) de forma a entender que o acesso à justiça não fica prejudicado em perspectiva que os cidadãos não podem experimentar ação contrária ao direito, sendo assim também com os precedentes.

Defende que “os precedentes judiciais compreendidos a partir desta perspectiva, não impedem o acesso à justiça. Aliás, os jurisdicionados poderão veicular suas ações e recursos livremente. A diferença essencial é que deverão observar as normas formadas nos precedentes judiciais e tomá-las em consideração, caso contrário podem vir a ser punidos por litigância de má-fé.” (2017, p. 181)

A questão não é linear, contudo cabe ressaltar a preocupação com a questão de se resolver a enorme quantidade de processos que acometem o judiciário. O NCPC traz esta promessa. Nessa esteira, há uma preocupação maior com a efetividade do que com o direito em si, de modo que o instrumento em questão indica uma restrição de acesso ao judiciário, não há como negar, isso pode se extrair da tese de Macêdo.

A sumarização da cognição traz aspectos prejudiciais às partes e ao próprio ordenamento. A tentativa de resolver os processos por intermédio de uma tese central afeta o modelo constitucional de processo bem como os direitos e garantias constitucionais do devido processo legal. As características econômicas, sociais e demais aspectos práticos devem ser levados em consideração nas decisões judiciais, de modo que decisões com base em valores jurídicos abstratos devem as considerar. Isso só é possível com a cognição adequada ao caso concreto.

2.3.1.4 Devido processo legal

Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 107) lecionam que “o *due process* é um irmão siamês da democracia e do Estado de Direito, chegando a consistir abastada sistemática de todas as demais garantias constitucionais. Ele é composto por intransponíveis *landmarks* além dos quais não podem passar o próprio legislador, o administrador e sequer o juiz, sob pena de violação ao regime democrático constitucionalmente assegurado.”.

A crítica aos precedentes obrigatórios esculpidos no NCPC é no sentido que a sistemática viola o devido processo legal. Nessa esteira, Miranda destaca:

“O estabelecimento de um padrão decisório vinculante que não tenha em sua gênese os elementos objetivos qualificadores da tese jurídica constitui violação ao devido processo legal, na exata medida em que não se perfez o controle acerca da adequação da representatividade, bem como da qualidade argumentativa no processo-teste de consolidação da tese jurídica que espelhará a ratio decidendi para todo o território nacional. Não se tem nesse julgamento singularizado a observância da completude argumentativa aliada à representatividade social adequada na construção do padrão decisório. Logo, clarividente a infração ao princípio constitucional do devido processo legal compreendido em sua perspectiva substancial.”

A vinculação das decisões tem seus percalços, pois há risco de vincular uma decisão com falha argumentativa e seguir o precedente sem as devidas cautelas, como bem defende Lênio Streck (2016). A vinculação que pode abarcar toda a jurisdição nacional faz com que importantes aspectos sejam deixados de lado. A sociedade brasileira é um tanto diversa, dada a dimensão territorial do Brasil, de tal modo que os aspectos sociais não podem ser generalizados.

De todo modo, o NCPD incutiu em nosso ordenamento os precedentes obrigatórios, sem contudo fazer diferenciações importantes e premissas básicas do sistema de precedentes adotado na common law. Assim, há risco de agravar o sistema judiciário e ainda causar mais insegurança jurídica aos jurisdicionados. A prometida celeridade pode não se concretizar ou se assim fizer às custas de direitos e garantias dos cidadãos que podem ser violados e também a criação de um excesso de poder as chamadas Cortes de vértice, de modo a ferir a própria democracia e a constituição.

2.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação dos sistemas jurídicos dos países está atrelada a tradições jurídicas, a se destacar as tradições do common law e a da civil law.

A civil law tem como base a lei elaborada pelo chamado Poder Legislativo, detentora de generalidade e abstração.

A tradição Common law, por sua vez, também conhecida como direito costumeiro, tem sua principal consagração na jurisprudência.

Isso porque sua constituição se dá pelo conjunto de normas jurídicas que é produzida nas sentenças dos Tribunais, de modo a tornarem-se precedentes obrigatórios. A segurança jurídica é baseada nas decisões passadas e o respectivo respeito a elas com base na força vinculante a que lhes é atribuída.

A utilização dos precedente obrigatórios no ordenamento pátrio, de tradição civil law, em especial com as alterações promovidas pelo NCPC/2015, tem gerado debates contrários e favoráveis por parte da doutrina.

Destaca-se que o NCPC/2015 trouxe elementos no sentido de fortalecer a utilização dos precedentes obrigatórios e a doutrina do stare decisis no ordenamento, contudo não o fez de forma inédita, visto que a Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu as chamadas súmulas vinculante.

Um primeiro ponto controverso seria a possibilidade de engessamento do direito com o novo instituto. Assim, diante dos posicionamentos doutrinários e considerando o efeito vinculante do precedente e de sua rigidez, na prática forense é possível decidir casos futuros utilizando-se de uma tese que não está adequada ao direito por conter erros ou no caso de falta de uma análise mais aprofundada demonstrando que realmente os casos (paradigma e sob exame) são semelhantes.

Outra questão diz respeito à possível ofensa à independência dos magistrados. Por um lado, se o magistrado tiver que seguir a tese do precedente sem realizar a distinção entre o caso paradigma e o sob exame, de modo que for seguido o precedente por conta da posição hierárquica, não se mostra postura adequada frente a ciência do direito e ainda tendo por base a teoria da integridade de Ronald Dworkin, ferindo a independência.

Por outro lado, assim como deve se considerar que a independência veda a interferência na questão jurisdicional, de modo a blindar o magistrado de interferências externas, também não se pode esquecer que o juiz também está adstrito ao ordenamento jurídico e assim sendo deve obedecer aos precedentes.

Também, há discussão no tocante a separação de poderes. A pauta é se o judiciário, ao exarar precedentes, não estaria usurpando a função típica do legislativo.

A discussão doutrinária é grande valia para o aprofundamento e melhoria do ordenamento jurídico brasileiro. A separação dos poderes é inerente à

democracia e também à civil-law, de modo que se busca uma harmonia dos poderes e no seu exercício. A tentativa de resolver a crise numérica do judiciário por intermédio de institutos que podem ferir o modelo constitucional não parece a mais adequada. O “pano de fundo” para justificar as mudanças é baseado na tese que o Judiciário tem que dar uma resposta às demandas da sociedade. É o melhor caminho?. Válida, pois, a discussão crítica dos institutos, a exemplo dos precedentes obrigatórios.

Sobre a aplicação os precedentes, outro ponto não menos importante refere-se ao possível impedimento de acesso à justiça. A questão não é trivial, contudo destaca-se a promessa do NCPC em resolver a crise numérica do judiciário, o que faz alertar-se sobre uma possível priorização da quantidade quanto ao direito em si, ficando mais evidente com o posicionamento doutrinário apresentado.

Nesta esteira é a questão do devido processo legal, que ao se seguir um precedente em uma tradição jurídica que não tem a cultura dos precedentes, pode ocasionar a afronta ao instituto, haja vista pontos como dimensão territorial do Brasil, aspectos sociais que não podem ser generalizados e se vincular uma decisão com uma possível falha argumentativa.

A utilização de precedentes no ordenamento pátrio considerando os aspectos trazidos pelo NCPC é delineado sem ainda se fazer diferenciações importantes e ter premissas básicas do sistema de precedentes adotado na common law. Assim, há risco de agravar o sistema judiciário e ainda causar mais insegurança jurídica aos jurisdicionados. A prometida celeridade pode não se concretizar ou se assim fizer as custas de direitos e garantias dos cidadãos que podem ser violados e também a criação de um excesso de poder as chamadas Cortes de vértice, de modo a ferir a própria democracia e a constituição.

Referências Bibliográficas

BRANCO, L. C. (2010). Manual de Introdução ao Direito. (5ª ed.)
Campinas, SP: Millennium.

BRASIL, *Lei nº. 13.105 de 16 de mar. de 2015*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 nov.2017.

- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2017.
- CINTRA, A. C. de A., GRINOVER, A. P. & DINAMARCO, C. R. (2015). *Teoria geral do processo*. (31ª ed.). São Paulo, SP: Malheiros Editores.
- DALLARI, D. de A. (2010). *Constituição e constituinte*. (4ª.ed.) São Paulo, SP: Saraiva.
- DWORKIN, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. (1ª ed. Tradução por Nelson Boeira.) São Paulo, SP: Martins Fontes.
- MACÊDO, L.B. (2017). *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. (2ª ed.). Salvador, BA: Juspodivm.
- MARINONI, L. G.(2011). *Precedentes obrigatórios*. (2ª ed.) São Paulo, SP: Revista dos Tribunais. _____(2015). *A função das cortes supremas e o Novo CPC*. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>. Acesso em 21 dez 2017.
- _____.(2016) *Precedentes obrigatórios (livro eletrônico)*. (4ª ed. em ebook, baseada na 5ª ed. impressa). São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.
- MARINONI, L. G., MITIDIERO, D.(2013) *Curso de Processo Civil. Vol. 2*. (5ª ed.) São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.
- MARINONI, L. G., MITIDIERO, D. & ARENHART, S. C. (2015). *Novo curso de direito processual civil - tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2*. (1ª ed.). São Paulo, SP: Revista dos Tribunais
- MARINS, D. M., (2017) Revista de Direito FIBR A Lex • A no 2, nº 2, 2017 • ISSN : 2525-460X *OVERRULING: REVOGAÇÃO E MODULAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*. Acesso 21 dez 2017.
- MENDES, G. F.,; BRANCO, P. G. G. (2015). *Curso de direito constitucional* (10ª ed.) São Paulo, SP : Saraiva.

MIRANDA, V. V. () *Revista dos Tribunais Online - A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I “A”*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.258.18.PDF

NERY JUNIOR, N., ROSA, M. de A. N., (2015) *Comentários código de processo civil. Novo cpc - lei 13.105/2015*. (1ª ed. Ebook, baseada na 1ª ed. impressa). São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.

REALE, M. (2012). *Lições preliminares do direito*. (27ª ed.). São Paulo, SP: Saraiva.

STRECK, L. L. (2016) Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em 17 dezembro de 2017.

THEODORO JÚNIOR, H. (2015). *Curso de direito processual civil*. Vol. I.(56ª ed.) Rio de Janeiro, RJ: Forense.

ANÁLISE JURÍDICA DOS CONFLITOS NO PROCESSO DE TOMBAMENTO DO ENCONTRO DAS ÁGUAS ENTRE O RIO NEGRO E SOLIMÕES

Bianor Saraiva Nogueira Júnior

Marcus Fabiano Praciano Santiago

Introdução

O tombamento é um instituto jurídico cujas principais previsões normativas se encontram plasmadas no decreto-lei nº 25, publicado em 1937. Em que pese seu continuado uso para a proteção do patrimônio cultural, sua origem remonta ao Estado Novo e à Constituição de 1937, período em que, como é cediço, não havia uma democracia efetiva no país.

Não se olvida que sua recepção pela Constituição de 1988 é amplamente aceita. No entanto, seus procedimentos são objeto de discussões jurídicas, mormente diante da hodierna ordem jurídica pátria, permeada por princípios democráticos que pautam as atividades da Administração Pública. Outros pontos de discussão se referem à necessidade da aplicação subsidiária da lei geral que rege os processos administrativos federais (lei nº 9.784/1999) e os conflitos de competência federativos.

Para o estudo destes questionamentos foi escolhido o caso concreto relacionado à proteção do patrimônio cênico e imaterial do encontro das águas entre os rios Negro e Solimões localizado nas proximidades da cidade de Manaus. Trata-se de um conflito envolvendo múltiplas partes, incluindo entes federativos em pólos opostos, com decisões contraditórias. O caso é

de interesse também pelo fato de que há diferentes possíveis soluções que poderiam permitir a composição das partes e que estas reconheceram a necessidade da proteção do patrimônio por meio do tombamento, mas, no entanto, o conflito foi judicializado em grande número de ações.

Dessarte, diante da ausência de estudos aprofundados sobre tal discussão, a presente pesquisa procurará investigar os seguintes questionamentos mediante a análise das decisões neste caso concreto: o processo de tombamento respeita princípios administrativos, mormente o contraditório e a ampla defesa? Qual é o papel da participação social em seu processo decisório? Quais são os critérios para a definição da competência federativa no tombamento?

A investigação é desenvolvida com o seguinte arranjo: inicialmente são apresentados conceitos referentes ao tombamento, a seguir é apresentado o caso concreto do tombamento do Encontro das Águas e sua judicialização e, por fim, são discutidos os conflitos encontrados.

Cabe ainda ser ressaltado que, não obstante o caráter aparentemente crítico do presente trabalho, há a finalidade precípua de contribuir para o fortalecimento do instituto jurídico do tombamento, concedendo-lhe maior eficácia por meio de sugestões de aperfeiçoamento.

1 Patrimônio Cultural e Tombamento

Conforme nossa Carta Maior delinea, o patrimônio cultural é constituído por bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216). Anota Fiorillo (2013) que a Constituição não faz restrição a qualquer tipo de bem.

O texto constitucional também especifica as formas de acatamento e preservação utilizadas pelo Poder Público, com a colaboração da comunidade para promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, as quais abrangem o tombamento. Aduz Rodrigues (2010, p.33) que “preservação é um gênero, do qual são espécies o tombamento e todas as outras formas pelas quais o Estado garante a integridade do patrimônio cultural”. Como é cediço, o tombamento é regulado pelo decreto-lei nº 25 de 1937, recepcionado como lei de normas gerais.

Seu conceito pode ser haurido diretamente do primeiro artigo desta norma: trata-se de uma forma de intervenção do Estado na propriedade com o fim de preservar o patrimônio histórico e artístico nacional, definido como o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. Sua natureza jurídica, porém, é controversa.

Na lição de Marinela (2015), alguns autores consideram o tombamento como forma de servidão administrativa, com regime especial de fundamento político, constitucional e legal; outros entendem se tratar de limitação administrativa pelo fato de ser imposta no benefício do interesse público e, por fim, um terceiro grupo não considera nem uma coisa nem outra, apontando como uma categoria própria. A este último entendimento se filia esta doutrinadora. Nesta mesma corrente, também se encontra Carvalho Filho (2015).

Apesar das posições destes administrativistas, afirma Rabello (2015, p. 18) que “tombamento e tutela de entorno, assim como o tombamento de bens móveis, são classificados majoritariamente no Direito pátrio, na categoria de limitação administrativa”. Aduz a autora que o tombamento é intervenção do Estado que restringe a forma de uso, fruição ou disposição (alienação) de bens, sem que os proprietários sejam privados de seu domínio; ou seja, podem continuar a usá-los com exclusividade.

Em relação às restrições ao direito de propriedade, o tombamento possui como principal efeito a conservação do bem, como disposto no já citado decreto-lei nº 25/1937, havendo outros discriminados em seus artigos. Conforme Di Pietro (2019), há três tipos de obrigações para o proprietário: positivas (fazer), negativas (não fazer) e de suportar (não fazer). Esta classificação é também utilizada por outros doutrinadores.

Dentre estas obrigações podem ser citadas, a título meramente exemplificativo, a obrigação positiva de conservação e reparação do bem, ou, se não tiver meios, de comunicar tal fato à entidade competente. Dentre as obrigações negativas pode ser mencionada a vedação a que a coisa tombada seja destruída, demolida ou mutilada. Quanto à obrigação de suportar, Marinela (2015) cita como exemplo a de estar sujeito à fiscalização do bem pelo órgão técnico competente.

De especial importância são as obrigações a que está sujeito o entorno da coisa tombada. De acordo com o decreto-lei nº 25/1937, é vedado que na vizinhança seja feita construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem que nela sejam colocados anúncios ou cartazes. Anota Meirelles, Burle Filho e Burle (2015) que o conceito de redução de visibilidade, para fins da lei de tombamento, é amplo, abrangendo não só a tirada da vista da coisa tombada como a modificação do ambiente ou da paisagem adjacente, a diferença de estilo arquitetônico e tudo o mais que contraste ou afronte a harmonia do conjunto, tirando o valor histórico ou a beleza original da obra ou do sítio protegido.

O tombamento pode acarretar no direito à indenização. Trata-se de questão tormentosa. Conforme Carvalho Filho (2015), não gera qualquer dever indenizatório para o Poder Público, e isso porque nenhum prejuízo patrimonial é causado ao dono do bem. Aduz Marinella (2015) que prevalece na doutrina brasileira o entendimento de que o tombamento não gera direito à indenização. Estes autores, todavia, ressaltam que a indenização pode ser exigida caso haja prejuízos econômicos para o proprietário.

2 Do Processo de Tombamento

A Constituição da República atribui à competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção dos bens de valor histórico, artístico e cultural, monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos. Trata-se de competência material, refletindo o dever e o poder de pôr em prática os comandos constitucionais. Neste mesmo diapasão, também atribui ao Poder Público a atribuição de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro por meio de formas de acautelamento e preservação como o tombamento.

Este procedimento é estabelecido em linhas gerais no decreto-lei nº 25/2017, de acordo com a competência concorrente constitucional para legislar sobre o tombamento. Neste diapasão, anota Machado (2013) que estados e municípios tanto podem adicionar outras regras às diretrizes federais gerais, de modo a que não sejam as mesmas desnaturadas ou desvirtuadas, como podem legislar sobre suas próprias peculiaridades, em sintonia com as normas federais.

Na lição de Marinela (2015), a determinação de tombamento de um bem resulta de um processo administrativo, isto é, de uma sucessão de atos preparatórios e indispensáveis à validade do ato final. Neste mesmo vagar, Carvalho Filho (2015) anota que este processo não tem um rito pré-definido, podendo sua tramitação e os atos que o compõem variar conforme a espécie, havendo, porém, alguns atos que devem integrá-lo necessariamente.

O procedimento varia conforme a modalidade do tombamento, a qual pode ser de bens públicos ou privados, sendo neste último caso sub-classificado em compulsório ou voluntário. Noutra giro, o tombamento de bens privados também pode ser classificado conforme o andamento do procedimento em provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

A seguir será efetuada uma breve descrição do procedimento, de acordo com o decreto nº 25/1937.

Caso o bem a ser protegido seja público, o tombamento ocorre de ofício, devendo ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.

Por sua vez, o tombamento voluntário de bens privados pode ocorrer de duas formas. Na primeira, inicialmente ocorre o pedido do proprietário para que então o Conselho Consultivo da entidade competente avalie se a coisa se reveste dos requisitos para constituir parte do patrimônio histórico e artístico nacional. Na segunda, após avaliação, a entidade competente primeiramente toma a iniciativa de notificar o proprietário para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo e este manifesta sua anuência por escrito ao instrumento protetivo.

Por fim, há o tombamento compulsório de bens privados. Nesta situação, após avaliação da entidade competente, o proprietário é por esta notificado para anuir ao tombamento ou oferecer as razões de sua impugnação. Caso não haja impugnação, o tombamento é efetuado por simples despacho.

Havendo impugnação, a entidade competente deverá manifestar-se com o objetivo de sustentar seu propósito. Em seguida o processo será remetido para decisão a respeito pelo Conselho Consultivo da entidade. Sendo a decisão contrária ao proprietário, faz-se a inscrição; se favorável, o resultado é o arquivamento

O decreto-lei nº 25/1937 prevê a necessidade de deliberação do Conselho Consultivo da entidade competente para o tombamento compulsório e para o tombamento voluntário a pedido do proprietário, sendo dispensado caso este anua por escrito à notificação do tombamento. Porém, como bem destaca Castro (2009), com o advento da lei nº 6.292/1975, todos os tombamentos passaram a ter a necessária manifestação do Conselho Consultivo. Cabe ser ressaltado que este diploma legal também prevê que, após a manifestação, submeter-se-á a decisão à homologação ministerial.

Cabem alguns comentários sobre a relação entre instrumentos para tutela judicial de bens público e o tombamento. Há previsão em nossa Carta Maior da proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos por parte do Ministério Público por meio da ação civil pública (art. 129, inciso III). Já o remédio constitucional da ação popular visa a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, inciso LXXIII). Na lição de Meirelles, Bule Filho e Burle (2015), a jurisprudência tem entendido que em caso de omissão do Poder Executivo, o Judiciário pode determinar que a proteção seja efetuada tanto mediante provocação do Ministério Público (ação civil pública) quanto de cidadão (ação popular).

3 O Tombamento do Encontro das Águas dos Rios Negro e Solimões

O ponto de junção entre o rio Negro e o rio Solimões, doravante mencionado apenas como “Encontro das Águas”, ocupa um lugar especial na cultura amazonense. Trata-se não apenas da bonita união de diferentes cores entre um curso de águas barrentas com outro de águas escuras, como também do ponto de formação de um rio mundialmente conhecido: o Amazonas. Esta confluência é única, não havendo equivalente em qualquer outro local do planeta, já que não há no mundo bacia hidrográfica comparável em escala à amazônica.

Possui também uma grande importância na simbologia local. Há referências a este encontro nos brasões do Estado do Amazonas, da Universidade Federal do Amazonas, do Instituto Geográfico e Histórico do Amazonas e do Município de Manaus. Não se pode esquecer também

que em Manaus, em frente ao Teatro Amazonas, a decoração do piso, feita em pedra portuguesa, imita o padrão do Encontro das Águas, formando um mosaico em preto e branco depois utilizado para decorar o piso da orla da praia de Copacabana, no Rio de Janeiro (BRASIL, 2010).

Trata-se assim de mais do que apenas uma paisagem de grande beleza cênica. É também parte do patrimônio cultural brasileiro.

Conforme Silva (2018), o marco inicial dos procedimentos para sua proteção foi o envio de um documento elaborado por um movimento social e destinado ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), autarquia federal responsável pela preservação e divulgação do patrimônio material e imaterial do país, com a comunicação sobre a ocorrência de uma audiência pública efetuada por ocasião do licenciamento ambiental de um porto em suas proximidades. Todavia o processo administrativo de tombamento só teve início formal posteriormente.

Cabe tecer breves comentários sobre este empreendimento. Trata-se de um terminal portuário previsto para ser localizado em um grande terreno na margem esquerda do Encontro das Águas. O licenciamento ambiental foi efetuado perante a entidade estadual responsável e foram realizadas audiências públicas com a comunidade que reside nas proximidades, Poder Público e demais interessados (MEDINA, 2012).

De acordo com Silva (2018), após a primeira audiência pública, ocorrida em novembro de 2008, houve uma mobilização da comunidade para o tombamento. Conforme Medina (2012), o Ministério Público Federal passou a ter uma atuação direta no trâmite da implantação e futura instalação do terminal portuário.

Por sua vez, Silva (2018), reputa esta atuação à mobilização dos agentes sociais. Ainda conforme o autor, foram propostas duas ações civis públicas pelos representantes do Parquet: uma em 2009 e referente à responsabilização civil por danos ambientais da empresa responsável pelo terminal portuário e da entidade estadual competente por seu licenciamento e outra em 2010 pleiteando a declaração, pelo IPHAN, do tombamento provisório.

Nesta segunda ação, houve decisão liminar favorável aos pedidos do Ministério Público (ação civil pública nº 10007-40.2010.4.01.3200). De acordo com informações da decisão, o processo de tombamento em análise pelo IPHAN contemplava três possíveis perímetros de proteção, sendo

que dois dentre estes inviabilizariam o empreendimento. Entretanto, face ao princípio da precaução, foi determinado o tombamento provisório e estabelecido um prazo para a decisão final (BRASIL, 2010a).

Este ocorreu em outubro de 2010, com a publicação da área demarcada, em um perímetro que inclui a área do empreendimento, e uma notificação efetuada por edital concedendo o prazo de quinze dias para que os proprietários dos bens abrangidos pela iniciativa apresentem sua anuência ou impugnação (BRASIL, 2010b). Em novembro, o IPHAN manifestou-se favorável, sendo rejeitada a impugnação da empresa responsável pelo terminal portuário. Cabe ser anotado que a referida impugnação não foi contrária ao tombamento do patrimônio cultural, tendo aduzidos tão somente argumentos formais (BRASIL, 2010).

Em janeiro de 2011, o Estado do Amazonas ajuizou ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, com o fito de pedir a anulação do tombamento, utilizando o argumento de que não teriam sido observados, no curso do procedimento, as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (ação ordinária 780-89.2011.4.01.3200). Em agosto, o juízo deferiu parcialmente a tutela antecipada anulando o tombamento a partir da data em que houve o ato de tombamento provisório e condicionando sua nova realização à ocorrência de audiências e consultas públicas, nos termos da lei nº 9.784/99. Posteriormente, em setembro, foi proferida decisão de suspensão desta decisão, mantendo-se os efeitos do tombamento provisório. Houve ainda recursos de ambas as partes (BRASIL, 2011).

Diante do conflito entre a União e o IPHAN, no polo passivo da ação, e o Estado do Amazonas no ativo, o Ministério Público Federal ajuizou reclamação constitucional (nº 12.957) com pedido de liminar postulando a competência do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição sobre demandas que envolvem conflito federativo e a suspensão da ação ordinária que decidiu pela anulação parcial do tombamento. Em decisão proferida em 2012 o Pretório Excelso de forma monocrática e em tutela provisória deferiu os pedidos (BRASIL, 2012).

Por fim, em veredito proferido pela primeira turma de nossa Corte Suprema em 2014, na mesma reclamação constitucional, reconheceu-se que há conflito entre a pretensão da União Federal em efetuar o tombamento do Encontro das Águas e o interesse do estado do Amazonas de

ter autonomia na gestão de seus recursos naturais, sendo apto a deslocar a competência da ação para a Suprema Corte.

No acórdão, foram deslocadas para o Pretório Excelso três ações em trâmite na 7ª Vara da Justiça Federal no Amazonas: a ação onde consta decisão determinando a anulação parcial do tombamento (ação ordinária 780-89.2011.4.01.3200), a ação onde consta decisão determinando o tombamento provisório (ação civil pública nº 10007-40.2010.4.01.3200) e a ação civil pública nº 11-81.2011.4.01.3200, ajuizada pelo o Ministério Público do Estado do Amazonas com o objetivo de obrigar o IPHAN a paralisar o processo de licenciamento ambiental do empreendimento portuário até a apresentação de estudos complementares. Dessarte, deram origem a três ações cíveis originárias em trâmite no Supremo Tribunal Federal e respectivamente de números 2514, 2513 e 2512 (BRASIL, 2014).

Até o presente, consta tão somente uma decisão interlocutória de interesse ocorrida na ação cível originária nº 2514, referente ao processo onde constou a anulação parcial do tombamento posteriormente suspensa, a qual permite a continuidade dos trâmites administrativos de licenciamento do porto, vedando, porém a realização de qualquer obra na área protegida (BRASIL, 2018).

4 Das Controvérsias no Processo de Tombamento

Como é cediço, o tombamento é um instituto jurídico vetusto, criado no auge do Estado Novo, ainda na década de 1930, tendo tido poucas modificações. É de se esperar que este instrumento reflita valores deste período, onde houve um hiato não democrático que se refletiu na Carta de 1937.

Conforme bem anota Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015), além de outras características autoritárias, esta Constituição fortaleceu sobremaneira o Poder Executivo, assegurando a possibilidade da expedição de decretos-leis e limitando o exercício dos direitos e garantias individuais. Neste vagar, o decreto-lei nº 25 foi publicado pouco depois do referido diploma constitucional, o que certamente repercutiu em seus dispositivos.

Noutro giro, a Constituição de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana a um de seus fundamentos, criando um extenso rol de direitos e valores. É fato de que nossa novel Carta Magna gerou grandes

impactos no ordenamento jurídico, havendo novos vetores axiológicos para a seara administrativa.

Cabe ser ressaltado ainda que, conforme bem anota Castro (2009, p. 91), “a Constituição de 1988 não deixou dúvidas quanto à concepção ampla do que seja bem de valor cultural e, nesse sentido, o decreto-lei nº 25/37 foi por ela recepcionado”. Apesar da pacífica compatibilidade constitucional da referida norma, seus procedimentos são frequentemente contestados. No feito concreto em tela, percebem-se alguns aspectos processuais do tombamento que se destacaram como problemáticos frente aos conflitos entre as diferentes partes e a valores oriundos de princípios administrativos, analisados criticamente a seguir.

4.1 Do Contraditório e da Ampla Defesa

No caso examinado, observa-se que o Estado do Amazonas se insurgiu contra o tombamento alegando que não houve tempo hábil para sua manifestação e falhas em sua publicidade. O IPHAN aduziu que seguiu o procedimento legal previsto no decreto-lei nº 25/1937, alegação aceita pelo juízo (BRASIL, 2011). Em que pese esta decisão, verifica-se que o procedimento de tombamento possui características que podem dar azo a contestações quanto à observância do contraditório e da ampla defesa.

O tombamento de bens públicos ocorre de ofício por ato do diretor da entidade competente, sendo sujeito à manifestação de seu Conselho Consultivo. Há tão somente a previsão de notificação à entidade proprietária ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.

Noutro giro, conforme bem anota Castro (2005), não há a prerrogativa legal de impugnação do tombamento de bens públicos no curso do processo para outros entes, mesmo que sejam seus proprietários. Aduz Camelo (2017) que por ocasião da edição do decreto-lei nº 25 em 1937, havia um federalismo que pode ser qualificado como “ficto”, face a concentração de poder no Executivo, o que se refletiu neste dispositivo.

Neste mesmo diapasão, não há a obrigatoriedade da notificação, única forma de ciência das partes interessadas, ser efetuada de forma pessoal. Não há também a obrigatoriedade de que seja feita aos proprietários de imóveis na vizinhança, os quais podem ter suas propriedades afetadas por

restrições. Cabe ser lembrado que a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos tem assento constitucional (artigo 5º, inciso IV), estando também previsto expressamente na lei que regula os processos administrativos na Administração Pública Federal (lei nº 9784).

Apesar destas restrições às partes interessadas no processo do tombamento, a doutrina majoritariamente entende que o procedimento estabelecido pelo decreto-lei nº 25/1937 está em conformidade com estes princípios.

Assevera Carvalho Filho (2015), que a incidência do contraditório e da ampla defesa deve ocorrer tão somente quando haja litígio, ou seja, interesses conflituosos suscetíveis de apreciação e decisão. No caso do tombamento, é fácil vislumbrar que nem sempre este ocorre, tendo em vista o interesse público na proteção do bem objeto deste instrumento jurídico. Neste mesmo vagar, aduz Castro (2005) que não se deve confundir o contraditório judicial com o administrativo que ocorre no tombamento. Porém, não se olvida que quando há partes sujeitas a perdas econômicas, o litígio pode ocorrer.

Dessarte, sempre que o tombamento puder afetar direitos de partes interessadas, havendo possibilidade de litígio, deve ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa por meio da notificação, sob pena de possível nulidade. Entende-se que deve ocorrer mesmo nos casos não previstos no decreto-lei nº 25/1937, dentre os quais podem ser citados o tombamento de ofício de bens públicos e a notificação às partes sujeitas a restrições na vizinhança do bem tombado.

Por fim, cabem ainda questionamentos sobre a forma como a notificação deve ser realizada. O decreto-lei nº 25 não a descreve, fazendo apenas menção à sua necessidade. Na lição de Machado (2013, p.1122): “importa que haja possibilidade de defesa diante da Administração e, por isso, deve ser procurada a intimação pessoal do proprietário ou de seu representante legal”.

Cabe ser notado, que no caso em concreto em estudo, a notificação da empresa responsável pelo empreendimento ocorreu por edital, o que não foi considerado nulo (BRASIL, 2010). Para Castro (2005), não havendo norma que especifique a forma de notificação, cabe à administração a escolha de fazê-la mais segura e eficaz para o interesse público, a qual pode ser o edital.

4.2 Das Audiências Públicas e da Aplicação Subsidiária da Lei nº 9.784

A ausência de audiências públicas e da aplicação subsidiária da lei nº 9.784/1999 foi utilizada como fundamento da decisão em caráter liminar que determinou anulação parcial do tombamento em uma das ações em estudo. Este talvez seja o aresto mais polêmico deste conflito.

O fundamento utilizado foi o da necessidade de discussões mais amplas. Entendeu o juízo que se faziam necessárias audiências e consultas públicas e que os dispositivos da lei nº 9.784/1999, aplicáveis subsidiariamente ao procedimento de tombamento e que prescrevem a discricionariedade na sua realização, devem ser interpretados em seu sentido teleológico. Decidiu-se pela anulação com efeitos a partir do ato que decidira pelo tombamento provisório, até que fossem realizadas as audiências e viabilizadas as consultas públicas.

A lei nº 9.784/1999 é uma norma geral que regula o processo administrativo no âmbito federal, sendo assim aplicável a todos os poderes. Conforme suas disposições, processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente seus preceitos. Dessarte, para o tombamento, o decreto-lei nº 25/1937 deve ser aplicado, sendo utilizada a lei nº 9784/1999 apenas nas situações por aquela não reguladas.

Cabe ser anotado que, conforme esta norma, a realização tanto da audiência quanto da consulta pública é discricionária. Neste sentido, a lei dispõe que quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros (art. 31). Da mesma forma, a discricionariedade é afirmada para a audiência pública por meio da disposição de que antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada para debates sobre a matéria do processo (art. 32).

No caso concreto em estudo, em que pese ser indubitável tanto sua relevância quanto seu interesse geral face ao grande número de partes afetadas que incluem os muitos moradores da vizinhança, verifica-se que a decisão sobre sua realização pertence à análise de mérito da autoridade ou órgão competente. Dessarte não caberia a

anulação do tombamento em virtude da não realização de audiência ou de consulta pública.

Por ocasião do julgamento da ação cível originária nº 1966 por nossa Corte Suprema, na qual o Estado do Amazonas se insurge contra o tombamento do centro histórico de Manaus utilizando como fundamentos, dentre outros, a necessária aplicação da lei nº 9.784/99 e a adoção de medidas de participação da sociedade local, houve decisão monocrática que negou seguimento. No mérito considerou-se que a imposição de realização prévia de audiências e consultas públicas não tinha aplicabilidade no caso, haja vista o instituto do tombamento contar com regramento próprio específico, o decreto-Lei nº 25/1937 e que a lei nº 9.784/1999 trata sua realização como faculdade do Poder Público, não criando qualquer tipo de obrigação (BRASIL, 2017a).

Em que pese a firme posição doutrinária e jurisprudencial sobre a discricionariedade na realização de audiências ou consultas públicas no tombamento, considera-se que caberia uma melhor definição de critérios para sua utilização.

4.3 Conflitos Federativos e o Tombamento

O processo de tombamento na forma estabelecida pelo decreto-lei nº 25/1937 também possibilita a criação de conflitos de natureza federativa. No caso concreto em estudo, este tipo de litígio se encontra bastante claro, havendo, conforme aduzido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da reclamação constitucional nº 12.957, oposição entre a pretensão da União Federal e o Estado do Amazonas (BRASIL, 2014).

Como já aduzido, interpreta-se o tombamento como de competência comum entre os entes federativos. Esta atribuição levanta questionamentos sobre a competência para o tombamento: considerando que todos os entes podem tomar, qual seriam os critérios para dirimir eventuais conflitos? Na lição de Marinela (2005), este critério seria o interesse que cada um tem na proteção do bem. Por sua vez, para Machado (2013), o parâmetro seria o da importância do bem tombado para cada ente. É de fácil percepção que a ausência de critérios objetivos facilita a ocorrência de conflitos.

Questão controversa se refere ao tombamento de bens de entes hierarquicamente superiores por entes inferiores. Na lição de Carvalho Filho

(2015), não podem as entidades menores instituir tombamento sobre bens pertencentes às maiores, isto é, o município não pode fazê-lo sobre bens estaduais e federais, nem os estados sobre bens da União.

Por outro lado, Justen Filho (2016) anota que inexistente proibição explícita a respeito do tombamento de um bem de ente de maior abrangência federativa por outro de abrangência menor. Neste mesmo vagar, Meirelles, Burle Filho e Burle (2016) aduzem que, como o tombamento não se confunde com desapropriação e não acarreta transferência de propriedade, estados e municípios podem tomar bem da União.

Verifica-se que em recente decisão na ação civil originária nº 2176 em trâmite no Supremo Tribunal Federal, houve o entendimento por parte do relator que é possível o tombamento de bem da União por parte de estado (BRASIL, 2017b).

Conclusão

O tombamento do encontro das águas entre o rio Negro e o rio Solimões reveste-se de especiais significados e interesse jurídico. O significado está relacionado à sua importância para a população local, não só cênica, mas também cultural. Por sua vez, os diversos conflitos, a grande quantidade de partes e de disputas judiciais tornam seu estudo relevante.

Verifica-se que o processo de tombamento definido pelo decreto-lei nº 25/1937 contribuiu para o incremento dos conflitos. A ausência de disposições que detalhem o contraditório e a ampla defesa, a omissão quanto a instrumentos de participação popular como a audiência e a consulta pública e a falta de critérios quanto à competência federativa para a proteção dos bens a serem tombados são exemplos de lacunas existentes no regramento atual. Neste diapasão, algumas reflexões podem ser feitas.

Uma maior pormenorização do procedimento do tombamento permitiria a redução dos conflitos e maior segurança jurídica. Alguns exemplos seria a previsão de impugnação para o tombamento de bens públicos de um ente por outro ou a adoção de parâmetros objetivos para a ocorrência de audiências públicas. Verifica-se que podem ser objeto de regulamentação infralegal, tendo em vista seu caráter suplementar em relação às normas gerais previstas no decreto-lei nº 25/1937.

À luz do texto constitucional, um processo efetivamente legítimo deve garantir a ampla participação do administrado e a possibilidade de que possa manifestar-se e proteger seus interesses. Considera-se que estas medidas se revestem de grande relevância diante de um novo panorama constitucional, no qual se consagram inúmeros direitos fundamentais, entre eles os direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo, que devem ser necessariamente concedidos aos administrados.

Referências

BRASIL. INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. Ata da 65ª Reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, 4 nov. 2010. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/atas/2010__03__65a_reunio_ordinaria__4_de_novembro.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2019

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado do Amazonas (3ª Vara). Cautelar inominada no processo de nº 2010.32.00.001541-4. Autor: Ministério Público Federal. Requerido: Lajes logística e outros. 30 mar. 2010.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado do Amazonas (3ª Vara). Decisão interlocutória na Ação Civil Pública nº 10007-40.2010.4.01.3200. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Lajes Logística SA e outros. 5 out. 2010.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Estado do Amazonas (3ª Vara). Sentença na Ação Ordinária nº 780-89.2011.4.01.3200. Autor: Estado do Amazonas Federal. Réu: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e União. 4 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão interlocutória na Reclamação Constitucional nº 12.957. Reclamante: Ministério Público Federal. Reclamado: Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas. Relator: Min. Dias Toffoli. 7 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão interlocutória na Reclamação Constitucional Nº 12.957 Amazonas. Reclamante: Ministé-

rio Público Federal. Reclamado: Juiz Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas. Relator: Min. Dias Toffoli. 26 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório da Ação Cível Originária nº 1.966. Autor: Estado do Amazonas. Réu: União. Relator: Ministro Luiz Fux. 30 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório da Ação Cível Originária nº 2176 Rio de Janeiro. Autor: União. Réu: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. 25 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão interlocutória na Ação Cível originária nº 2514 Amazonas. Relator: Ministro Dias Toffoli. Autor: Estado do Amazonas. Réu: União. 3 jul. 2018.

CAMELO, G. M. A. **Análise da compatibilidade do procedimento adotado para o tombamento, previsto no decreto-lei nº 25/37, com a constituição da república federativa do brasil de 1988.** Publicações da Escola da AGU, v. 9, n. 03, 2017.

CARVALHO FILHO, J. DOS S. **Manual de direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, S. R. DE. **O Estado na preservação de bens culturais - o tombamento.** Rio de Janeiro: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2009.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo.** 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro.** 21. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2013.

MARINELA, F. **Direito administrativo.** 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MEDINA, M. C. N. DA F. R. **O TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL: UMA ANÁLISE DO ENCONTRO DAS ÁGUAS.**

Dissertação (mestrado em Direito Ambiental)—Manaus: Universidade do Estado do Amazonas, 1 jan. 2012.

MEIRELLES, H. L.; BURLE FILHO, J. E.; BURLE, C. R. **Direito administrativo brasileiro.** 42. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2016.

RABELLO, S. O tombamento. **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural.** Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015.

RODRIGUES, F. L. L. Breve estudo sobre a natureza jurídica do tombamento. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 8, n. 1, p. 32–38, 2010.

SARLET, I.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SILVA, A. C. DA. **Conflito e patrimonialização: o processo de tombamento do Encontro das Águas dos rios Negro e Solimões.**

Tese (doutorado em Antropologia Social)—[s.l.] Universidade Federal do Amazonas, 2018.

A BUSCA DE UM MODELO DE PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

Lucas Ramos Nobre

Taís Batista Fernandes Braga

Introdução

Desde a edição do livro *Acesso à Justiça* de Mauro, de Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12), houve profundas mudanças na forma de se conceber o acesso à tutela jurídica do Estado. Não mais era suficiente a simples oferta dos meios estatais para se resolverem os problemas sociais. Era necessária maior efetividade na prestação jurisdicional.

A partir dessa reflexão, os referidos autores começaram a identificar os problemas, as causas, bem como a forma com que cada país lidou com a problemática de melhor ofertar o acesso ao sistema judiciário.

O Brasil não ficou de fora dessa discussão e, por ter grandes contingentes populacionais empobrecidos e carentes, também tentou oferecer suas respostas. Dentre elas, destaca-se a instituição da Defensoria Pública, estabelecida tanto em nível estadual quanto em nível federal, por meio de previsão dos artigos 134 e 135 da Constituição Federal de 1988, tornando-a responsável pela representação de interesses jurídicos dos mais vulneráveis.

O constituinte originário, todavia, não se limitou somente a essa medida; também criou órgãos jurisdicionais conhecidos como Juizados

Especiais, tanto nos Estados quanto na União, a fim de oferecer resposta às causas de menor complexidade por via mais rápida e guiados por princípios próprios, quais sejam: a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade.

A origem dos Juizados é remetida à Lei Federal n. 7.244/1984, que instituiu os Juizados Especiais de Pequenas Causas, cuja competência seria dirimir conflitos de baixo valor econômico. No entanto, ela não teve o alcance esperado, uma vez que sua criação pelos Estados e Distrito Federal era facultativa, além de ter encontrado grande resistência relacionada à compatibilidade com o texto constitucional à época.

Diante do mandamento constitucional do art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, editou-se a Lei nº 9.099/1995, que fundava os Juizados Especiais e, posteriormente, no nível federal, por intermédio da Lei nº 10.259/2001, criou-se o Juizado Especial Federal, além do Juizado Especial Federal de Fazenda Pública, previsto na Lei n. 12.153/2009.

Atualmente, os Juizados encontram suas competências divididas em razão do valor; por exemplo, nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais o teto para sua atuação é de 40 salários-mínimos, enquanto nos Juizados Especiais Federais o valor máximo é de 60 salários-mínimos.

Há ainda o critério em razão da matéria que são de competência exclusiva dos Juizados. Nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, há a competência das causas que eram tratadas pelo antigo rito sumário do Código de Processo Civil de 1973 e foram mantidas até a edição de lei específica, por força do art. 1.063 do Código de Processo Civil 2015 (CPC/15), quais sejam: ação de despejo de uso próprio e em ações possessórias que não excedam o valor máximo dos Juizados.

Apesar do sucesso do modelo de Juizados que atualmente, segundo o CNJ, eles contam com acervo de processos no total de 7.2 milhões (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, 2014). Entretanto, grande problema que se enfrenta em nosso ordenamento jurídico é a ausência de previsibilidade das decisões no sistema legal brasileiro, o que não seria diferente nesse microsistema processual.

Desde a formulação da Lei n. 9.099/95, é debate recorrente na doutrina pátria acerca do nível de influência do Código de Processo Civil dentro do âmbito dos Juizados Especiais Cíveis como um todo. Existe uma corrente que defende somente a aplicação do pergaminho processual

nos casos em que a lei especial explicitamente relega a sua incidência, enquanto a outra defende a aplicação subsidiária em todos os casos nos quais ocorra lacuna na lei.

Esse debate foi reacendido com o Novo Código de Processo Civil, mais atualizado e em sintonia aos nossos tempos, que valoriza a prestação efetiva de justiça, deixando de lado, em parte, o característico formalismo processual e abraçando novos princípios como celeridade, autocomposição das partes, sistema de precedentes e a segurança jurídica, tudo com o intuito de tornar realidade o mandamento constitucional de uma justiça mais célere (FUX, 2011, p. 2).

Entre as novidades trazidas pelo *Codex* de 2015, destaca-se o Incidente de Resolução de demandas Repetitivas (IRDR), que foi inspirado em institutos estrangeiros vindos da Inglaterra e da Alemanha. Pela origem inglesa, há clara inspiração no *Group Litigation Order* (GLO), instrumento utilizado para julgar simultaneamente um dado número de causas que versassem sobre a mesma matéria de fato ou de direito (MENDES; TEMER, 2015, p. 3).

Já a origem teutônica, que é influenciada pelo *Musterverfahren*, não haveria um julgamento propriamente dito, pois o que existiria, por parte do julgador, é a abstração do caráter material dos processos, a identificação da causa comum de divergência existentes neles e, a partir disso, fixa-se tese para o regular andamento deles e dos vindouros, gerando, dessa forma, segurança jurídica maior ao ordenamento (MENDES; TEMER, 2015, p. 3).

Por conseguinte, um tribunal hierarquicamente superior identifica uma causa comum de divergência em matéria de direito, a qual vem sendo julgada por formas diferentes pelos órgãos da jurisdição inferior. Seu funcionamento se dá pela seguinte forma: a) suspender a tramitação dos processos que versem sobre aquela discordância; b) após, ouvidos os representantes da dissensão, decidir quais das teses é a mais aplicável, tanto para os casos reunidos no incidente quanto para os futuros; c) aquele tribunal que estipula a tese, fica responsável pelo julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência necessária.

Diante desse incidente processual, parte da doutrina o recebeu com entusiasmo, uma vez que é notória a carência, no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, de formas efetivas para o controle dos entendimentos

e da jurisprudência, à exceção dos Federais, nos quais há incidentes específicos para esse tipo de controle.

A finalidade deste artigo é, portanto, analisar os instrumentos de padronização decisória que são atribuídos aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, com ênfase no incidente de uniformização de jurisprudência e no incidente de resolução de demandas repetitivas, para se destacar o que seja mais compatível com a fisiologia constitucional e os princípios que lhes são específicos.

Desenvolvimento

A doutrina tende a dividir-se em duas correntes e que refletem posicionamentos, em boa medida, também em relação à incidência do Código de Processo Civil nessa seara jurisdicional.

Os defensores da primeira corrente alegam que o sistema de juizados especiais é um microsistema jurisdicional próprio, com princípios e regras característicos, inclusive, possuindo um sistema recursal único no qual o duplo grau de jurisdição é exercido por juízes reunidos em Turmas Recursais, e não em Tribunais de Justiça. Ademais, defendem que essa foi uma escolha consciente do legislador com intuito de dar efetividade ao tratamento diferenciado das demandas judiciais de baixa complexidade (ANDRIGHI, 2015, p. 30).

Já os defensores da segunda, dizem que os Juizados Especiais Cíveis não podem se constituir em microsistema hermético, dito em outros termos, fechado em si mesmo, portanto, deve ter aplicação sistemática e em conjunto com o resto do ordenamento jurídico pátrio. Por via de consequência, o código adjetivo deve ser aplicado subsidiariamente, ou seja, quando houver lacuna na lei. Exemplo prático é a utilização dos requisitos da petição inicial que, apesar de não estarem previstos na legislação especial, são largamente usados na praxe dos Juizados (NÓBREGA, 2017, p. 343).

Assente parcialmente a razão aos filiados à segunda corrente. De fato, os Juizados não podem ser encarados como microsistema fechado em si mesmo; ele deve apresentar coerência com as outras partes do ordenamento jurídico brasileiro, porém isso deve ser feito levando em consideração as particularidades e os princípios próprios dos Juizados. Nesse sen-

tido, o seguinte trecho (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2007, p. 71):

Seja como for, havendo lacuna legislativa dentro da sistemática dos juizados e sendo a norma no diploma geral compatível com os ideais que norteiam o microsistema, é imperiosa a aplicação do CPC.

Já ficou demonstrado que o CPC/2015 se aplica aos Juizados, por ser ele fonte primária de toda a jurisdição processual civil e subsidiária para os demais ramos processuais, conforme preconizam os artigos 13 e 15, ambos do CPC/2015.

A análise se torna completa quando esses dispositivos são considerados conjuntamente com os princípios régios dos Juizados Especiais, estipulados no art. 2º da Lei 9.099/95, além do princípio da especialidade.

É importante que se ressalte isso porque a aplicação feita de maneira desarrazoada, ignorando os objetivos preconizados pela Lei dos Juizados Especiais, incorre no risco de dismantelar um procedimento guiado pela simplicidade. Nesse sentido, a importante advertência de Cappelleti e Garth (1988, p. 71-72):

Há, no entanto, necessidade real de remédios acessíveis e efetivos para pequenas causas, sem grandes (e altamente improváveis) subsídios estatais. Está claro que, em regra geral, as pequenas causas não serão trazidas aos tribunais regulares para serem tratadas consoante o procedimento comum, entre outras coisas porque isso não é economicamente viável. O resultado, conseqüentemente, é que, sem algum tipo especial de procedimento para as pequenas causas, os direitos das pessoas comuns permanecerão simbólicos. O desafio é criar fóruns que sejam econômicos, física e psicologicamente atrativos para os indivíduos, de tal modo que os jurisdicionados possam se sentir confortáveis e confiantes em utilizá-los, independentemente da situação financeira e social da parte contrária.

É certo que na Lei 9.099/05 não se previu instituto de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Estaduais, diferentemente do que ocorre nos Juizados Especiais Federais e nos de Fazenda Pública, nos

quais há incidentes específicos para coincidir os entendimentos da Turma Nacional de Uniformização àqueles do Superior Tribunal de Justiça (STJ), mas nem esses meios são imunes à crítica, conforme Mendes e Neto (2015, p. 348):

A primeira deficiência interna diz respeito à própria abrangência dos mecanismos de uniformização de jurisprudência atualmente existentes, que não alcançam os juizados especiais cíveis estaduais, como adiante haveremos de comentar. A segunda deficiência interna consiste na limitação material imposta pelo legislador aos mecanismos de uniformização de jurisprudência, que não alcançam, como adiante teremos oportunidade de analisar, questões de direito processual, mas unicamente questões de direito material. Por fim, a terceira deficiência, que anteriormente referimos como externa, diz respeito à ausência de instrumentos que permitam a uniformização da jurisprudência dos juizados com os respectivos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, em decorrência do que se faz possível a existência de posicionamentos conflitantes a respeito de um mesmo tema, no âmbito de um mesmo Estado ou Região, sem que haja qualquer mecanismo por meio do qual esse impasse possa ser superado.

Tal necessidade de maior controle da jurisprudência na circunscrição dos Juizados Especiais Estaduais foi detectada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, na seguinte decisão (BRASIL, 2009, grifo nosso):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. [...] 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a inter-

pretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. **4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la.** 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.

De tal maneira, objetivou o STF iniciar um diálogo institucional com o Poder Legislativo federal, almejando alterar, ao ver da Suprema Corte, uma falha no que diz respeito à falta de controle jurisprudencial nos Juizados Especiais Estaduais, incitando-o a tomar um posicionamento, caso não concordasse com tal medida. Nesse sentido, a seguinte lição (CLEVE; LORENZETTO, 2015, p. 202)

O Judiciário pode vir a ser o *locus* (grifo do autor) final de um conflito, mas, não necessariamente. A alternativa que considera a importância da manutenção das instituições, sem que isso signifique um conservadorismo autorreferenciado, precisa ser complementada pela abertura de tais instituições para aportes epistêmicos provenientes dos outros Poderes e das partes atingidas pelas decisões.

Após esse acórdão, o STJ editou a Resolução nº 12/2009 e atribuiu para si a competência para julgar as Reclamações em caso de divergência

das Turmas Recursais quanto à jurisprudência da corte. Entretanto, pela grande quantidade de ações ajuizadas, ele delegou aos Tribunais de Justiça dos Tribunais e do Distrito Federal a competência para julgá-las, através da Resolução nº 03/2016, como pode ser visto no seguinte trecho (BRASIL, 2016):

Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

Essa medida, entretanto, capitaneada pelo STF e seguida pelo STJ, faz sentido no campo prático, porém juridicamente, esta possui incongruências a serem sanadas, dada a necessidade de dar uniformidade ao ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira das críticas é que essa medida criou um instrumento processual não previsto na legislação infraconstitucional, inclusive, indo inclusive *a contrario sensu* da súmula nº 278 da Corte Cidadã, que não permite nem mesmo o envio de Recursos Especiais oriundos das Turmas Recursais por não os considerar Tribunais. Nesse sentido, o seguinte excerto (JAYME; LEROY; SILVEIRA, 2016, p. 471):

A Lei n. 9.099/95, deliberada e conscientemente, em sintonia com a Constituição da República, excluiu o STJ dos Juizados Especiais Cíveis. É a concretização do princípio da razoabilidade. As hipóteses de acesso ao STJ devem, necessariamente, estar previstas em norma constitucional. Inadmissível, portanto, atribuir-lhe novas competências que não se encontrem estipuladas na Constituição da República.

Além disso, no processo legislativo de aprovação da Lei 9.099/95, havia uma previsão específica no sentido de permitir que fosse possível

recurso de divergência entre a jurisprudência da Turma Recursal e do Tribunal de Justiça, todavia, ela foi vetada pelo Presidente da República, pela seguinte razão (BRASIL, 1995):

[...] O Ministério da Justiça assim se manifestou quanto ao art. 47:

“O art. 47 do projeto de lei deve ser vetado, com fundamento no interesse público, porque a intenção que norteou a iniciativa parlamentar foi propiciar maior agilidade processual, o que não aconteceria com a sanção deste dispositivo, visto que ele ensejaria o aumento de recursos nos tribunais locais, em vez de sua diminuição. Daí, não mais haveria brevidade na conclusão das causas, contrariando todo o espírito que moveu a proposição e que traduz o anseio de toda a sociedade brasileira.”

Esta, Senhor Presidente, a razão que me leva a vetar em parte o projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Dessa forma, fica clara a vontade do legislador em não ter introduzido essa forma de padronização de controle no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, fruto de uma ponderação pré-legislativa feita pelo veto, que não foi derrubado pelo Legislativo.

Ademais, o próprio STF decidiu que as Turmas Recursais não eram jurisdicionalmente vinculadas aos Tribunais de Justiça ou ao STJ em julgamento posterior. Destacam-se alguns trechos do voto do Relator Ricardo Lewandowski, acompanhado por unanimidade, no Recurso Extraordinário 586.789/PR (BRASIL, 2011):

[...]

Desse modo, competente a Turma Recursal para processar e julgar recursos contra decisões de primeiro grau, também o é para processar e julgar o mandado de segurança substitutivo de recurso, sob pena, inclusive, de transformar o Tribunal Regional Federal em instância ordinária para a reapreciação de decisões interlocutórias proferidas pelos Juizados Especiais, como bem observado no acórdão recorrido, à fl. 82. Nesse sentido, destaco ain-

da os seguintes precedentes, entre outros: RE 577.443-AgR/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS 24.858-AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; MS 25.087-ED/SP, Rel. Min. Ayres Britto.

[...]

Ora, se o objetivo que presidiu a instituição dos Juizados Especiais foi o de simplificar o processo judicial, aproximando o jurisdicionado do órgão responsável pela adjudicação da lide da qual é parte, não faz qualquer sentido, a meu ver, transferir ao Tribunal Regional Federal a atribuição de rever os atos dos juízes federais no exercício da jurisdição do Juizado Especial, uma vez que as Turmas Recursais foram instituídas exatamente para tal fim, como órgãos recursais ordinários de última instância relativamente às decisões dos Juizados Especiais.

Por fim, e apenas para reforço argumentativo, a prevalecer a tese defendida pela autarquia federal recorrente, estaríamos nos distanciando do princípio da duração razoável do processo, explicitado pela Emenda Constitucional 45/2004 ao incluir o inciso LXXVIII ao art. 5º, da Carta da República.

As referidas críticas são válidas, todavia, o STF entendeu que as decisões conflitantes no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, local onde se encontra considerável quantidade processos, estava tornando-o ineficiente.

Dessa forma, ainda que indiretamente, a Suprema Corte filiou-se à corrente processualista mais conectada com a análise econômica do Direito, que apregoa a maior valorização do sistema de precedentes e da verticalização das decisões, pois se mostra mais benéfico para o Estado, uma vez que ajuda a diminuir os custos decorrentes da atividade jurisdicional. Nessa ordem de ideias:

Fato é que, cada vez mais, clama a sociedade por métodos técnicos, jurídicos e econômicos que sejam razoáveis e possibilitem enfrentar temas jurídicos para obter, efetivamente, melhor bem-estar possível, menor prejuízo à sociedade como um todo, maximização de suas riquezas, maximização de seus interesses, além da

mais eficiente alocação dos recursos escassos existentes. (LANA; PATROCÍNIO, 2013).

Um efeito final da verticalização das decisões diz respeito ao custo de uma decisão judicial.

No mesmo sentido se destaca:

Quando casos similares podem ser julgados por meio de uma decisão já proferida, o resultado imediato é que o custo social da produção do precedente (no caso inicialmente apresentado) é pulverizado por todos os demais processos em que o precedente puder ser aplicado. (DIAS, 2009, p. 101).

Os Juizados necessitam trabalhar com a maior eficiência a fim de resolver os litígios ali presentes da forma mais célere, sem jamais se esquecer da segurança jurídica, porém sem obliterar os seus princípios próprios, como simplicidade e celeridade, além de sua fisiologia constitucional, prestigiando-se a independência jurisdicional das Turmas Recursais em relação aos Tribunais de Justiça e ao Superior Tribunal de Justiça.

Ultrapassadas as discordâncias, debruçar-se-á quanto à incidência do IRDR sobre os Juizados Especiais Estaduais. Como já dito, ele é instituto processual que surgiu com o CPC/2015, por meio da previsão dos seus artigos 976 a 987. Por meio dele, um tribunal hierarquicamente superior identifica uma causa comum de divergência em matéria de direito, a qual vem sendo julgada de forma diferente pelos órgãos da jurisdição inferior. Muitos processualistas civis encontram aqui a ferramenta ideal para se garantir a tão esperada segurança jurídica, principalmente, nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, por meio de maior de controle jurisprudencial.

Sua aplicação é paradoxal, no entanto, pois a previsão do art. 978, parágrafo único, do CPC/2015⁹³ vai de encontro com o disposto no art. 41, § 1º, da lei 9.099/1995.⁹⁴

93 “Art. 41. [...] § 1º O recurso será julgado por uma turma composta por três Juizes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.” (BRASIL, 1995).

94 “Art. 978. [...] Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de

Nesse diapasão, seria perfeitamente possível que um Tribunal de Justiça ou o Superior Tribunal de Justiça julgasse todos os recursos oriundos dos Juizados, caso versasse sobre decisão fixada em sede de IRDR.

Aconteceria verdadeira usurpação da competência das Turmas Recursais em exercer a sua jurisdição. Este é o entendimento de Daniel Amorim Assumpção (2015, p. 2505-2506):

[...]Não existem ações de competência originária do tribunal pela simples razão de não existir tribunal em tal microsistema. O problema, portanto, é centrado no recurso, e até mesmo no processo antes da prolação da sentença, para aqueles que admitem esse momento procedimental como apto para a suscitação do IRDR. Por não ser esse meu entendimento, foco o problema no recurso inominado de competência do Colégio Recursal.

É mister lembrar que existe um sistema recursal próprio para os Juizados Especiais, formado não por Desembargadores, e sim por juízes singulares reunidos em turmas recursais, sendo os únicos recursos cabíveis nesse meio: Embargos de Declaração, Recurso Inominado e, em último caso, o Recurso Extraordinário. Repisa-se o entendimento de que os Juizados não são jurisdicionalmente subordinados aos Tribunais de Justiça.

São escassos os recursos por justamente envolverem demandas de baixa complexidade, portanto, desvirtua-se a lógica dessa seara processual ao inserir um novo e complexo incidente processual no qual há o envolvimento de milhares de outros casos semelhantes. Como já dito anteriormente, a aplicação do CPC/2015 nesse âmbito deve ser feita em sintonia com seus objetivos específicos, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. Nesse sentido, o seguinte excerto (JAYME; LEROY; SILVEIRA, 2016, p. 471):

A *ratio essendi* dos Juizados Especiais é exatamente a possibilidade de oferecer um procedimento descomplicado, célere e econômico a ponto de admitir o *ius postulandi* da parte no primeiro grau. Os juizados são uma instância de elevado nível democrático, na medi-

competência originária de onde se originou o incidente.” (BRASIL, 2015).

da em que, ao privilegiarem a composição consensual e a oralidade, prestigiam a autonomia e a participação do cidadão.

Ainda, há de se destacar o entendimento da Associação Brasileira de Direito Processual Civil – ABDpro – (2018) de que somente haveria a possibilidade de instauração de IRDR no âmbito do STJ, caso fosse possível a interposição de Recurso Especial:

Nesse contexto, é essencial que, além de o incidente de resolução de demandas repetitivas instaurado no tribunal de justiça ou tribunal regional federal ser admissível para viabilizar o seu efetivo julgamento, seja processualmente cabível a interposição de recurso especial. Do contrário, ter-se-ia um provimento jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça suspendendo numerosos processos em tramitação no território nacional em que, posteriormente, o mesmo STJ poderia não conhecer do recurso interposto, tornando inócua a ordem anterior de suspensão.

Em outras palavras, a indefinição jurídica, no atual momento, a respeito do cabimento do recurso especial contra julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas admitido a partir de processos que tramitam no âmbito dos juizados especiais impedem, sob a minha ótica, o deferimento da ampliação da abrangência de suspensão de processos tal como requerido na inicial.

Do ponto de vista estritamente jurídico, por não ser possível a interposição de Recurso Especial em face das decisões das Turmas Recursais, além de nesse microsistema possuir um sistema recursal próprio, não seria possível a aplicação do IRDR nos Juizados Especiais Estaduais.

Objetiva-se, dessa maneira, criar menos instâncias possíveis e dar maior celeridade e efetividade para a cessação dos conflitos jurídicos, que nesse meio são mais simplórios.

A melhor saída para dar efeito vinculante às decisões em sede de IRDR, seria, repisa-se, por intermédio da aplicação analógica do incidente de uniformização de jurisprudência que existe nos outros juizados; dessa maneira, os Juizados Especiais Cíveis Estaduais seriam compelidos a seguir os entendimentos dos Tribunais de Justiça e do Tribunal da Cidadania.

Mesmo diante da necessidade de construir sistema de padronização decisória, a solução ideal é aquela que, ao mesmo tempo, preserva a jurisdição dos Juizados Especiais Estaduais e confere eficácia às decisões padronizadoras do STJ, o que se daria por meio da aplicação analógica do dispositivo de uniformização de jurisprudência presente no Juizados Especiais de Fazenda Pública (art. 18, da Lei n. 12. 153/2009) aos Juizados Especiais Estaduais Cíveis até edição de lei específica ou emenda à Constituição, unificando não somente questões de direito material, mas também de direito processual.

Por meio dessa providência, permitir-se-ia às Turmas Recursais criarem seções específicas compostas por juízes das próprias turmas, como ocorre no Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme previsão dos arts. 11 e 13, da Lei Complementar Estadual n. 1.337/2018⁹⁵, e no do Tribunal de Justiça do Amazonas, de acordo com o art. 6º da Resolução n. 16/2017⁹⁶.

Por conseguinte, preservar-se-ia a jurisdição das Turmas, pois não submeteria os processos de sua competência a julgamento direto pelos Tribunais de justiça ou ao Superior Tribunal de Justiça, entretanto, estariam obrigadas a seguir a jurisprudência dominante nessas duas cortes.

Conclusão

A construção de um modelo de padronização decisória para os Juizados Especiais Estaduais deve observar a sua fisiologia constitucional e o seu papel primordial de concretizar mecanismo de justiça simples e célere.

95 “Artigo 11 - Fica criada, no Sistema dos Juizados Especiais do Estado de São Paulo, a Turma de Uniformização de que tratam os artigos 18 e 20 da Lei Federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009.

[...] Artigo 13 - Compete à Turma de Uniformização julgar pedido de uniformização de interpretação de lei, quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material ou processual.” (SÃO PAULO, 2018).

96 “Art. 6º. Quando suscitado, no processo, incidente de uniformização de jurisprudência, o julgamento terá como objeto o reconhecimento da divergência sobre interpretação de lei concernente a direito material, com a consequente uniformização em relação à interpretação divergente.” (AMAZONAS, 2017).

O STF, em 2009, permitiu o instituto da Reclamação para o STJ a fim de assegurar maior segurança jurídica no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, que careciam de controle de jurisprudência por decisão do legislador. De tal forma, essa decisão objetivou conferir maior eficácia, uma vez que, pela análise econômica do Direito, um sistema favorável a precedentes torna o custo da tutela jurisdicional mais eficaz.

Nesse contexto, observou-se que o STJ seguiu a determinação do STF e editou a Resolução 3/2016, fazendo incidir um sucedâneo recursal não previsto na legislação, sem olvidar que assente no STF a independência jurisdicional das Turmas Recursais em relação aos Tribunais de Justiça e ao Superior Tribunal de Justiça.

Com intuito de suavizar a medida tomada, até a edição de lei específica, poder-se-ia permitir, por meio de analogia, que as Turmas Recursais criassem seções específicas destinadas a padronizar os entendimentos majoritários nas Cortes superiores.

Ademais, o IRDR é, pela exegese atual, inaplicável por alguns motivos aos Juizados Especiais Estaduais. Primeiramente porque este é um incidente processual que vai na contramão dos princípios régios dos Juizados Especiais, uma vez que cria burocracia desnecessária nesse meio que deve ser guiado pela simplicidade.

Pelo conflito de normas aparentemente contraditórias, o princípio da especialidade prevalece sobre disposições gerais, de acordo com o art. 2º, § 2º, do Decreto-lei Nº 4.657/1942. Dessa forma, o sistema recursal dos Juizados Especiais deve prevalecer, pois ele foi pensado pelo legislador para ser célere e simples e que, de outra forma, tornaria a sistemática demasiadamente complexa, porque da forma pretendida pelo STJ, a Corte Cidadã e os Tribunais de Justiça se tornariam preventos no julgamento dos recursos dos processos reunidos em sede de IRDR, incluindo aqueles que proviriam dos Juizados Especiais Cíveis, indo contra a previsão do art. 41, § 1º, da Lei 9.099/95.

O modelo ideal de padronização decisória no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais dar-se-ia por meio da aplicação analógica da uniformização de jurisprudência presente no Juizados Especiais Federais aos Juizados Especiais Estaduais Cíveis, até edição de lei específica sobre o assunto.

Referências

- AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Amazonas. **Resolução n. 17/2016**. Dispõe sobre a composição, a organização, o funcionamento e a competência da Turma de Uniformização de Jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais do Amazonas. Disponível em: <encurtador.com.br/egkII>. Acesso em: 17 jul. 2019.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Redescobrimo os juizados especiais. In: REDONDO, Bruno Garcia et al (Coord.). **Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 7 – Juizados Especiais**. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. 1. p. 29-32.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL. **O que será que o STF vai “achar” do que o STJ “achou” (por enquanto) sobre a possibilidade da instauração do IRDR no âmbito dos Juizados Especiais?** Disponível em: <encurtador.com.br/LAHL3 >. Acessado em: 02 ago. 2019.
- BARBOSA, Andrea Carla... [et al]; FUX, Luiz (coord.). **O novo processo civil brasileiro (direito em perspectiva)**: (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 571.572**, Rel. Min. Ellen Graice. Brasília, j. 26 out. 2009. DJe 27 nov.2009. Disponível em: <encurtador.com.br/dgqwB>. Acesso em: 27. jun. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 586.789**, Rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 16 nov. 2011. DJe 27 fev. 2012. Disponível em: <encurtador.com.br/fsW18 >. Acesso em: 27 de jun. 2019.
- _____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <encurtador.com.br/fIPVZ >. Acesso em: 29 de jun. 2019.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < encurtador.com.br/rvyET >. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. **Lei nº 12.053, de 09 de outubro de 2009.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <encurtador.com.br/eFNP3>. Acesso em: 14 jul. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: < encurtador.com.br/pFO09 >. Acesso em: 14 jul. 2019.

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

CLEVE, Cleverson Merlin; LORENZETTO, Bruno Menezes. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <encurtador.com.br/tCJU6>. Acesso em: 07 ago. 2019.

DIAS, JEAN CARLOS. **Análise Econômica do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

FERNANDES, Waleiska. **Agência CNJ de Notícias.** Brasília, 25 set. 2015. Disponível em: <encurtador.com.br/nuwG4 >. Acesso em: 15 jul. 2019.

JAYME, Fernando Gonzaga; LEROY, Guilherme Costa e SILVEIRA, Thamiris D’Lazzari da. **Reclamação ao STJ de decisões proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis estaduais: quis custodiet ipsos custodes?** Rev. direito GV [online]: 2016, vol.12, n.2, pp. 461-483. Disponível em: < encurtador.com.br/blsHN >. Acesso em: 19 jul. 2019.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula; PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **O Dano Eficiente e Análise Econômica do Direito: uma Visão Consumerista.** Disponível em: <encurtador.com.br/lO167>. Acessado em: 19 jul. 2019.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; NETO, Odilon Romano. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais. In: ALVIM, Teresa Arruda; JUNIOR, Fredie Didider (Org.). **Processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais, v.VII**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**: Thomson Reuters, 2015. Disponível em: <encurtador.com.br/jmF14>. Acesso em: 16 de jul. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único** .8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NÓBREGA, Rafael Estrela. O Novo Código de Processo Civil e os Juizados Especiais Cíveis: Aplicação Subsidiária, Supletiva e o Diálogo das Fontes. **Revistas dos Tribunais**: Thomson Reuters, 2015. Disponível em: <encurtador.com.br/gjFT7>. Acesso em: 15 jul. 2019.

SÃO PAULO. **Lei Complementar n. 1.337/2018**. Dispõe sobre a criação de estrutura permanente para as Turmas Recursais dos Juizados Especiais; cria os respectivos cargos de Juiz de Direito; cria a estrutura administrativa correspondente às Turmas Recursais; e cria a Turma de Uniformização de jurisprudência. Disponível em: <encurtador.com.br/psyVY >. Acesso em: 30 de jul. 2019.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cível e criminais**: comentários à Lei 9.099/1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

APLICABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NOS CONTRATOS DE ADESÃO REALIZADOS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Luiza Catarina Sobreira de Souza

Introdução

Em face do avanço tecnológico, que invadiu o dia a dia das pessoas, modificando a vida e os negócios da população e promovendo a melhoria das relações sociais, observa-se, em igual proporção, o surgimento de problemas que põem o consumidor em situação de vulnerabilidade, exigindo do legislador uma atuação no sentido de combatê-los.

Desse modo, o presente artigo tem por fim analisar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos contratos realizados por meios eletrônicos, em especial, pela internet. Surgindo assim, um novo meio de contratar, qual seja, o comércio eletrônico, em que qualquer pessoa, desde que com acesso a um aparelho eletrônico (smartphones, notebooks, tablets etc.) conectado à rede mundial de computadores, pode efetuar este tipo de contratação à distância. No entanto, não existe regramento específico para tratar do contrato eletrônico de consumo, o que não impede a aplicação dos direitos do consumidor previstos na Lei nº. 8.078/90.

Destarte, além dos referidos contratos, visa-se, também, analisar a figura dos contratos de adesão realizados no comércio eletrônico, que surgiram como forma de propiciar maior agilidade, eficiência, uniformidade e dina-

mesmo a estas relações. Esse tipo de contrato, elaborado de forma unilateral por uma das partes, comumente o fornecedor, produz diversos riscos para o consumidor, que tende a ser a parte hipossuficiente da relação. Dessa forma, não são raros os casos de cláusulas abusivas nesses contratos.

Sendo assim, o principal deste trabalho é investigar a forma como a tutela judicial ocorre nesses casos, de modo a verificar a possibilidade ou não do pacto procedimental, o denominado negócio jurídico processual, inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, nos contratos de adesão realizados no comércio eletrônico, que tornaria mais célere e menos custoso o processo como um todo.

1. O contrato eletrônico à luz do código de defesa do consumidor e dos princípios contratuais

Com o crescimento do comércio eletrônico no Brasil, surge a necessidade de uma forma de regulamentar as transações no meio virtual, qual seja, o contrato, que na definição de Fran Martins (2001, p. 62), em posição majoritária, nada mais é que: “o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”, sendo estabelecidos direitos e obrigações segundo a lei e os princípios que conduzem os contratos em geral.

Na concepção de Pablo Stolze (2003, p. 11) o contrato é como um negócio jurídico no qual as partes declarantes disciplinam os efeitos patrimoniais que anelam atingir, conforme a autonomia de suas vontades e restringidas pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social.

Deste modo, ante o aumento exacerbado do comércio eletrônico, um novo modo de contratar surgiu, qual seja, o contrato eletrônico, que detém particularidades próprias que o diferenciam dos demais contratos, no entanto, possuindo, na sua realização, os mesmos requisitos de admissibilidade no que concerne ao contrato tradicional (SAGARELI, 2010), como, por exemplo, estar de acordo com a lei.

Como se verifica os contratos eletrônicos em nada se difere dos tradicionais, distinguindo apenas o instrumento de formação, o meio eletrônico. O contrato eletrônico é considerado válido desde que apresente todos os requisitos para a celebração de um ato jurídico. Como enfatiza Rogério Montai de Lima:

A principal diferença entre o contrato de consumo tradicional e o eletrônico é a maneira como os produtos e serviços são disponibilizados, uma vez que neste último a disponibilização é realizada por meio de *sítes* ou correio eletrônico. Ressalta-se que deve conter nos contratos eletrônicos os mesmos requisitos de validade dos contratos tradicionais. (LIMA, 2008, p. 104).

Diante do exposto, conclui-se que os contratos eletrônicos estão se incorporando aos costumes da sociedade, de forma que, nos dias de hoje, há possibilidades de se adquirir qualquer espécie de produto ou serviço através da contratação virtual. Por fim, destaca-se que ainda não há, no ordenamento jurídico Brasileiro, regulamentação expressa no que concerne a esta modalidade de contratação. O que pode terminar gerando vários conflitos entre as partes, tais como questões pertinentes à proteção do consumidor, a assinatura digital e, principalmente, a privacidade de dados.

1.1. Sujeitos do contrato eletrônico

Tendo em vista a dificuldade do conceito, bem como buscando evitar controvérsias, o CDC define consumidor em seu artigo 2º como “(...) toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

No entanto, a definição de consumidor não pode ser tomada apenas com base no referido texto, que discorre acerca do conceito de consumidor padrão ou consumidor destinatário final, haja vista que é um conceito exclusivamente de caráter econômico. Isto é, levando em conta apenas o agente que adquire bens e/ou contrata serviços no mercado de consumo como destinatário final, agindo desse modo para fins de atender uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial (FILOMENO, 2001).

Entre as correntes que discorrem sobre o conceito de consumidor, destacam-se: a corrente maximalista ou objetiva, que interpreta de forma ampla o termo destinatário final, ou seja, consumidor é todo aquele que pratica um ato de consumo (CAVALIERI FILHO, 2011); e a corrente finalista ou subjetiva, que interpreta de maneira

restritiva a expressão “destinatário final”, o consumidor é aquele que retira de uma vez por todas o produto ou serviço de circulação do mercado (DENSA, 2009).

A corrente adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça (REsp 660.026/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzinni) foi a finalista, que define consumidor como toda pessoa física e jurídica que adquire produtos ou serviços como destinatário final, isto é, sem visar implementar uma atividade econômica ou obter de lucro, mas sim, para fins pessoais ou privados.

No meio disso tudo, a internet surgiu como uma reconfiguração das relações entre as pessoas, revolucionando a economia e possibilitando oportunidades econômicas às empresas, empregados e consumidores de uma maneira nunca vista antes. Neste sentido, Jean Carlos Dias (2001, p. 108), dispõe que “em se tratando de contratos de consumo efetuados em meio virtual, o consumidor, por definição, não somente se apresenta como parte vulnerável, mas também como hipossuficiente, em razão do evidente fator de adversidade decorrente do elemento tecnológico.”

Contrariamente, Fábio Ulhoa Coelho (2006), discorre que tanto no comércio eletrônico quanto no ambiente físico a vulnerabilidade do consumidor é a mesma, ou até menor. Para ele, o consumidor é mais passível de constrangimento no ambiente físico, vez que certamente o vendedor procurará convencê-lo a comprar o produto, enquanto no ambiente virtual ele não é pressionado a adquirir o bem, podendo buscar informações com maior calma.

Desse modo, os negócios jurídicos celebrados de forma eletrônica devem estar pautados pelo princípio da boa-fé, visto que o consumidor e o fornecedor nem ao menos chegam a se encontrar. Portanto, convém estabelecer e verificar os princípios constituídos pelo Código de Defesa do Consumidor visando uma total concordância nos acordos de consumo formalizados pela internet.

Já no que se refere à definição de fornecedor, o artigo 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, afirma que ele é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem,

criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Diferentemente do que ocorre com o conceito jurídico de consumidor, o de fornecedor é bastante amplo, conforme destaca o doutrinador Bruno Miragem:

São abrangidos, pelo conceito, tanto empresas estrangeiras ou multinacionais, quanto o próprio Estado, diretamente ou por intermédio de seus Órgãos e Entidades, quando realizando atividade de fornecimento de produto ou serviço no mercado de consumo. Da mesma forma, com relação ao elemento dinâmico da definição (desenvolvimento de atividade), o CDC buscou relacionar ampla gama de ações, com relação ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços. Neste sentido, é correto indicar que são fornecedores, para os efeitos do CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil. (MIRAGEM, 2012, p. 135).

Ante o exposto, entende-se por fornecedor, conforme o CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, não havendo, por parte do legislador pátrio, a distinção quanto a sua natureza ou regime jurídico, por exemplo. Desse modo, o conceito de fornecedor é amplo, abrangendo tanto as empresas estrangeiras quanto as multinacionais.

1.2. Princípios fundamentais do direito contratual

Maria Helena Diniz (2002), sobre princípios, expõe que a liberdade de contratar, ou seja, a autonomia da vontade possibilita que o consumidor contrate da melhor forma que lhe convier, isto é, através do acordo de vontades. Todavia, salienta que a atuação contratual não é absoluta, tendo em vista que está limitada pela função social do contrato, que atende o bem comum e os fins sociais.

Desse modo, tem-se que o princípio da autonomia da vontade consiste no poder de estipular livremente, ante o acordo de vontades

des, encontrando fundamento na liberdade contratual dos contratantes. Neste sentido, Venosa (2007, p. 343) dispõe que essa liberdade contratual “permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos)”.

Ou seja, as partes têm liberdade para escolher se querem ou não contratar, bem como estabelecer a forma e o conteúdo deste contrato, podendo utilizar modelos já existentes ou criarem sua própria modalidade de contrato, conforme as particularidades do negócio. Salienta-se, no entanto, que a liberdade contratual nunca foi ilimitada, o Estado elaborou algumas limitações, como é o caso do já citado artigo 421 do Código Civil vigente, que trata da liberdade de contratar sob o freio da função social.

Destarte, antes do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a vontade do fornecedor prevalecia sobre a do consumidor, ou seja, muitos abusos eram cometidos em decorrência de tal arranjo. Todavia, após a elaboração do referido código, bem como do Código Civil de 2002, que estabeleceu em seu artigo 421 que o contrato deve cumprir uma função social, este deixou de preservar exclusivamente os interesses dos fornecedores, passando também a considerar a pessoa do consumidor (ALMEIDA, 2008).

Desse modo, em razão da amplitude e imprecisão dos conceitos de função social do contrato, esta será analisada na forma concreta, devendo o interessado apontar e o juiz decidir sobre a adequação social do referido, com muita cautela, de maneira a não colocar em risco a segurança jurídica. Por fim, destaca-se que, embora exista uma legislação específica, a função social do contrato impõe que os valores coletivos se sobreponham aos individuais.

Ainda sobre princípios, é importante ressaltar o da boa-fé, que, conforme disposto no artigo 422 do Código Civil, já citado, exige que as partes envolvidas na relação de consumo atuem com honestidade sem pregar prejuízo ao outro. A expressão boa-fé não é uma novidade para nosso ordenamento jurídico, pelo contrário, já figurava em diversos dispositivos do Código Civil de 1916, como é o caso dos artigos 490, 510 e 1.443, que

empregavam apenas seu sentido subjetivo, ou seja, indicando a suposição de estar agindo o sujeito de forma correta.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o termo boa-fé passou a ser utilizado com uma nova e moderna significação, para indicar valores éticos que estão à base da sociedade organizada e desempenham função de sistematização da ordem jurídica. É a chamada boa-fé objetiva que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 39)

Neste sentido, tem-se que a boa-fé objetiva indica o comportamento adequado a ser utilizado nas relações de consumo, que devem estar pautadas na observância da ética, da lealdade e da honestidade dos contratantes. Nos dias atuais, com a criação do princípio do equilíbrio contratual, que implica na “equivalência objetiva entre a prestação e contraprestação” (GODOY, 2004, p. 36), o dito princípio não pode mais ser tomado de modo taxativo, segundo estabelece os artigos 317, 478, 479 e o 620 do Código Civil vigente.

Desse modo, observa-se a preocupação do legislador pátrio em promover o equilíbrio contratual, autorizando o juiz, através de provocação da parte, a atuar nas relações em que flagrantemente haja desproporção que cause maior prejuízo a uma das partes, de forma a corrigir e adequar prestações excessivamente onerosas.

1.3. Classificação dos contratos eletrônicos

O contrato eletrônico é um contrato como qualquer outro, no entanto, diferencia-se dos demais por sua formação se dar virtualmente, considerando-se que é nele onde os contratantes se vinculam com o objetivo de constituir, modificar, conservar ou extinguir direitos.

Dando andamento ao presente tópico, salienta-se a importância da classificação dos contratos eletrônicos, que tem por fim estabelecer o mo-

mento e o local em que o contrato se formou, bem como determinar a legislação a ser aplicada ao contrato e o foro competente para a instauração de ação etc.

De acordo com Mariza Delapieve Rossi, os contratos eletrônicos se classificam em três categorias, quais sejam: intersistêmicos, interpessoais e interativos. Classificação referendada por Érica Brandini Barbagalo (2001) e, também, por José Wilson Boiago Júnior (2005).

Nos contratos eletrônicos intersistêmicos, o computador serve apenas como um meio de comunicação entre as partes, uma vez que o contrato é celebrado da forma tradicional. Diferentemente dos contratos intersistêmicos, o computador, nos contratos eletrônicos interpessoais, não serve apenas como meio de comunicação entre as partes, pelo contrário, ingere-se diretamente na formação da vontade dos contratantes (LIMA, 2008).

O aludido contrato pode ser formado de modo simultâneo, estando as partes conectadas à rede ao mesmo tempo, ou, ainda, não-simultâneo, como nas hipóteses onde existe um espaço de tempo entre a declaração e a recepção da manifestação de vontade do contratante.

Por último, mas não menos importante, tem-se os contratos eletrônicos interativos, concebidos entre um sistema eletrônico de informações e uma pessoa, a exemplo dos contratos firmados na internet através de *web sites*, onde produtos ou serviços são disponibilizados ao consumidor, possuindo, o contrato, cláusulas unilateralmente preestabelecidas pelo fornecedor (LIMA, 2008).

O referido contrato se assemelha ao chamado contrato de adesão, que conforme disposto no artigo 54 do CDC, tem suas cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Desse modo, é importante que o consumidor, ao aceitar ou recusar as cláusulas contratuais que se encontram postas, consulte-as previamente na própria *homepage* do fornecedor (BOIAGO JÚNIOR, 2005), não podendo àquele ignorar que o contrato eletrônico interativo é largamente utilizado na realização dos contratos virtuais.

Por fim, seja o contrato eletrônico intersistêmico, interpessoal ou, ainda, interativo, continua sendo um contrato como qualquer outro, di-

ferenciando-se dos demais, como já mencionado, por sua formação e execução ocorrer no mundo virtual, ou seja, na Internet. Isto posto, tem-se que os contratos eletrônicos representam uma das maiores evoluções do crescimento e desenvolvimento da Internet, tendo em vista que a rede é mundial.

2 O negócio jurídico processual a o comércio eletrônico: (Im)possibilidade jurídica de pacto procedimental em contratos de adesão decorrentes de relações de consumo

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, primeira legislação codificada no Brasil dentro do regime democrático pós 1988, admitiu-se a celebração dos chamados negócios jurídicos processuais, possibilitando que tanto o julgador quanto as partes modulem o procedimento à realidade do caso concreto.

Neste sentido, merece destaque a redação do art. 190, caput, do novo diploma, que prevê: “(...) 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”.

Diferentemente do atual diploma, as legislações anteriores versavam sobre um processo civil exageradamente publicista, onde o magistrado era o grande protagonista e as partes eram neutras, sendo inconcebível que o autor ou o réu pudessem criar as próprias regras processuais para o caso concreto.

Destarte, embora tenha surgido o debate a respeito da possibilidade do negócio jurídico processual típico com o Código anterior, apenas o Novo Código de Processo Civil (2015) possibilitou a efetiva expansão desse instituto jurídico, originando-se, entre os processualistas, o princípio do autorregramento da vontade no processo, decorrente do princípio da liberdade.

De acordo com Fredie Didier Junior (2015), o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo tem por fim criar um espaço propício para o exercício da liberdade. Ou seja, a vontade das partes é relevante e merece respeito, existindo um verdadeiro microsistema de

proteção do exercício livre da vontade no processo. No entanto, de acordo com Leonardo Carneiro Cunha (2015), este não pode atingir normas processuais voltadas à proteção de direitos indisponíveis, como, por exemplo, afastar o reexame necessário.

Contudo, é evidente que a negociação processual sofre uma maior limitação por ocorrer na esfera pública, ou melhor, na atividade jurisdicional. Embora isso não impeça que os modelos clássicos de organização do processo deem espaço para o modelo cooperativo, que vem ganhando força com o texto do NCPC.

O processo cooperativo, terceiro modelo de estruturação do processo, depois do adversarial e o inquisitorial, está previsto no artigo 6º do novo diploma: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Quanto a ele, Fredie Diddier Jr. vai dizer que:

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida (JUNIOR, 2011, p. 212).

O princípio da cooperação atua de modo a imputar deveres aos sujeitos do processo, para fins de tornar ilícitas as condutas que vão de encontro à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover. Neste sentido, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), num encontro realizado em agosto de 2015, editou 62 enunciados de interpretação às novas regras. Cita-se, consoante ao caso em tela, o Enunciado 37 que estabelece que,

[...] são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em

lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação. (ENFAM, 2005).

Quanto à hipótese específica de contrato de adesão ou, ainda, naquelas situações em que a parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, discorre o parágrafo único do art. 190 que o juiz aferirá, de ofício ou a requerimento da parte prejudicada, a validade das convenções estabelecidas, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva.

1.1. O contrato de adesão e o código de defesa do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor discorre acerca do contrato de adesão nos seus artigos 18, §§ 1º e 2º, e 54, definindo o dito como àquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo, podendo, no entanto, as partes alterarem o prazo legal para saneamento do vício do produto no contrato de adesão, desde que o consumidor faça expressa e inequívoca manifestação.

De modo geral, os contratos de adesão são escritos, realizados por meio de formulários, podendo também ser orais, sendo utilizados para garantir o rápido acesso a serviços essenciais, como, por exemplo, água, luz e telefonia, de grande número de pessoas. Destarte, o objetivo do contrato de adesão seria exatamente proporcionar uma maior eficácia e agilidade às relações contratuais, especialmente às de consumo, visto ser inviável que todos os contratos no mundo globalizado sejam paritários (UMENO, 2006).

De acordo com o doutrinador Custodio da Piedade Ubaldino Miranda, entende-se contrato de adesão:

[...] como aquela forma de contratar em que, emitida pelo pre-disponente uma declaração dirigida ao público, contendo uma promessa irrevogável para esse efeito, mediante cláusulas uniformes, formuladas unilateralmente, o contrato (individual, singular)

se forma, com o conteúdo assim prefixado, no momento em que uma pessoa, aceitando essas cláusulas na sua totalidade, ainda que com eventuais aditamentos, adere a tal conteúdo (MIRANDA, 2002, p.27).

Desse modo, o referido contrato possui cláusulas pré-determinadas por um dos contratantes, ou seja, não existe convenção entre as partes, devendo as primeiras ser aceitas pelo outro polo da relação, para fins de agilizar as práticas comerciais.

Neste sentido, a jurista Maria Helena Diniz (2009, p. 367), define o contrato de adesão como “aquele em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra”, isto é, são contratos puramente compostos por vontade unilateral de um dos lados, que, comumente, anseia obter lucros.

Sendo assim, apesar de toda a facilidade e economia de tempo, tal modalidade representa um perigo para o equilíbrio das relações contratuais, uma vez que transfere muito poder para um dos lados da relação, resumindo-se a vontade do consumidor em aceitar ou não as cláusulas impostas no contrato.

A natureza jurídica do aludido contrato é contratual, tendo em vista que, embora o fornecedor de produtos ou serviços estabeleça de forma unilateral as cláusulas deste, deve a outra parte concordar e aderir a ele, de modo que o negócio jurídico seja aperfeiçoado. Inclusive, em caso de dúvida, deve as cláusulas contratuais ser interpretadas em favor do consumidor (UMENO, 2006).

Salienta-se a divergência que existe no que concerne à bilateralidade do contrato de adesão. Segundo Orlando Gomes (1995), representando a corrente anti-contratualista, o contrato de adesão não seria um contrato, pelo contrário, seria um ato jurídico unilateral, consagrando a restrita participação do aderente. Em contrapartida, Josimar Santos Rosa (1994), contratualista, doutrina majoritária no ordenamento jurídico brasileiro, defende a existência da manifestação de vontade, ainda que de forma restrita, nos contratos de adesão.

Conclui-se, desse modo, que haja vista a existência de acordo de vontades no contrato de adesão, por mais que uma delas se restrinja ao aceite, a natureza jurídica deste é contratual, possuindo quatro características, de

acordo com Luana Rodrigues Umeno (2006, p. 23), a saber: predisposição (cláusulas previamente preparadas), uniformidade, abstração (cláusulas elaboradas para regularem relações futuras) e rigidez (o futuro contratante não pode alterar ou discutir as cláusulas apresentadas).

No que se refere à última característica, a rigidez, tem-se que ela é um desdobramento das demais, uma vez que as cláusulas contratuais se destinam à coletividade e só se efetivam quando há a adesão, ou seja, as cláusulas são rígidas porque devem ser uniformes e se forem flexíveis desfiguraria a predeterminação e a forma contratual. No entanto, caso o aderente não esteja satisfeito com as cláusulas, nada impede que peça sua modificação ou mesmo extinção, ficando a critério do estipulante aceitar ou não.

1.2. O negócio jurídico processual e os contratos de adesão regidos pelo CDC

Com as inovações trazidas pelo novo código de processo civil, para fins de tornar mais célere a resolução de conflitos pela via judicial, especialmente na esfera contratual, surge o chamado negócio jurídico processual, que possibilita a ampliação da autonomia da vontade das partes na pactuação das cláusulas dos contratos. Desse modo, o presente tópico tem por objetivo analisar o impacto desse novo instituto diante dos contratos de adesão, cada vez mais utilizados nas relações jurídicas brasileiras.

Tal regramento tem previsão nos artigos 190 e 191 do novo CPC, que preveem a possibilidade das partes estipularem mudanças no procedimento de modo a ajustá-lo às especificidades da causa, convencionando sobre diversos aspectos do processo, antes ou durante este; e estabelecendo, em consonância com o juiz do caso, o calendário para a prática dos atos processuais.

Neste sentido, Daniel M. Boulos e Sergio Costa (2015) discorrem que, no negócio processual, o acordo entre as partes está sujeito às normas de direito material, apenas sendo possível nos processos “sobre direitos que admitam autocomposição” e desde que chancelado pelo juiz, que controlará sua validade. Ademais, uma vez obedecidas as normas de ordem pública, seria possível se convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres de natureza processual. Todavia, o cumprimento dos deveres

contratuais encontraria limite na nulidade, isto é, quando houvesse inserção abusiva em contrato “de adesão” ou caso alguma parte se encontrasse em situação de “manifesta situação de vulnerabilidade”.

Ante o exposto, consiste em considerável inovação do CPC, a possibilidade de as partes realizarem negócio jurídico processual para amoldar o processo, nos limites da lei, às necessidades do caso concreto, enfatizando tanto o dever de cooperação (art. 6º), como parte do primado da boa-fé processual (art. 5º), quanto priorizando a interação entre as partes, de modo a assegurar a estas uma participação efetiva na compreensão e proteção dos seus direitos.

À exemplo da dita participação, o NCPC traz em seu texto algumas hipóteses, quais sejam, art. 225 (renúncia de prazo em favor próprio), art. 313, II (suspensão convencional do processo) e o art. 357, § 2º (delimitação consensual das questões sobre as quais recairá a pesquisa probatória), que permitem as partes determinar o andamento processual da demanda, desburocratizando e tornando mais objetiva e econômica a atuação do judiciário.

Uma das maiores discussões que permeiam este tema é a que envolve as denominadas cláusulas abusivas dos contratos, que se destinam a tolher direitos dos consumidores e onerar de modo considerável àqueles, não possuindo, os aderentes, nenhuma solução que não seja procurar a ajuda do judiciário.

No entanto, nos poucos casos em que as partes prejudicadas demandam a discussão dos contratos de adesão, o trâmite das ações é vagaroso, gerando inúmeras despesas e tornando ínfima a indenização a ser paga ao consumidor diante dos danos sofridos. Foi pensando nisso que o NCPC criou o instituto do negócio jurídico processual, de forma a “tornar mais célere e menos custoso o processo como um todo, especialmente frente às demandas que tem como objeto a discussão de contrato de adesão baseadas em tal negócio”. (LARA, 2015)

Salienta-se, por fim, que o juiz do caso terá competência para determinar se a cláusula no contrato de adesão, embasada no instituto do negócio jurídico processual, terá validade ou não no caso concreto, devendo tal definição ser feita pela jurisprudência, uma vez se tratar de matéria inovadora trazida pelo NCPC, não possuindo critérios pré-definidos de aplicação, nem um modelo a ser seguido, bem como carece de estudos

individualizados sobre o tópico.

Portanto, é essencial que a aplicação do referido instituto esteja em conformidade com as normas constitucionais, de forma que tanto o devido processo legal seja obedecido quanto à vulnerabilidade do consumidor seja levada em consideração, tendo em vista que o objetivo do legislador, ao possibilitar o controle daquele pelo juiz, foi exatamente salvaguardar os direitos da parte hipossuficiente.

Considerações finais

A contratação eletrônica é uma realidade, e embora não possua regramento próprio, requer do Direito a criação de mecanismos aptos a regular esta situação, para fins de adaptá-lo a nova realidade e promover a efetividade da proteção do consumidor no comércio eletrônico.

Com a criação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, uma nova visão de contrato surge, consagrando o princípio da função social do contrato e garantindo aos consumidores proteção, mostrando-se plenamente capaz de regular as relações de consumo eletrônicas, conforme argumentos expostos no presente trabalho.

Destarte, salienta-se a figura dos contratos de adesão celebrados no comércio eletrônico, questionando-se a possibilidade de aplicação do negócio jurídico processual nestas relações consumeristas.

O contrato de adesão é aquele em que o fornecedor de produtos ou serviços estabelece de forma unilateral as cláusulas do contrato, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. Surgindo muitas vezes, em decorrência do interesse por lucro do fornecedor, as chamadas cláusulas abusivas, que colocam o consumidor em situação de vulnerabilidade e revelam o desequilíbrio da relação.

Tem-se que é pacífico na doutrina que o contrato não representa apenas a manifestação da vontade naquele momento, mas, sim, considera a condição social e econômica das partes nele envolvidas, para que com isso o equilíbrio, a equidade e a justiça sejam preservadas.

Sendo assim, é necessário um direito que insira nas relações contratuais normas mais justas e coerentes que possibilitem a nulidade das cláusulas abusivas, especialmente nos contratos de adesão, de maneira a reestabelecer a equidade e justiça nas relações contratuais.

Foi exatamente em face disso que o novo Código de Processo Civil instituiu o negócio jurídico processual, como forma de as partes adequarem o procedimento judicial às particularidades de cada caso, por meio de convenção, para fins de agilizar e facilitar a resolução dos problemas que, por ventura, advenham da relação, sendo o juiz do caso competente para determinar se a cláusula no contrato de adesão, embasada no instituto do negócio jurídico processual, terá validade ou não no caso concreto.

Diante do exposto, conclui-se ser plenamente possível a aplicação do negócio jurídico processual nos contratos de adesão realizados no comércio eletrônico, cabendo ao direito regular ambos, com todas as suas peculiaridades, de forma que se possa vislumbrar a efetividade destes contratos segundo o que institui o CDC e os princípios contratuais, como os da boa-fé, da função social do contrato e do equilíbrio contratual, para que haja o crescimento necessário, além de promover segurança jurídica para as pessoas que utilizam deste meio para a formação de documentos e contratos eletrônicos diariamente.

Referências

- ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 6ªed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARBAGALO, Érica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. *Contratação eletrônica: aspectos jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BOULOS, Daniel M.; COSTA, Sergio. A negociação entre as partes no novo CPC, 2015. Disponível em: <<http://alfonsin.com.br/a-negociao-entre-as-partes-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 24 nov. 2018.
- BRASIL, Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Senado Federal. Brasília. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=234240>> Acesso em: 10 nov. 2018

_____. Código Civil de 1916, 01 de janeiro. Senado Federal. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018

_____. Código de Processo Civil de 2015. Senado Federal. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018

_____, Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Senado Federal. Brasília. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102415>> Acesso em: 10 nov. 2018

_____, Supremo Tribunal de Justiça. *REsp 660.026/RJ*, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezinni. Brasília, 10 nov. 2018

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico*. São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.ulhoacoelho.com.br/pt/artigos/doutrina/54-direitos-do-consumidor-no-comercio-eletronico.html>. Acesso em: 22 nov. 2018

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: Negócios Processuais. Coords: Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Editora Juspodivum, 2015.

DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2009.

DIAS, Jean Carlos. *O Direito Contratual no Ambiente Virtual*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 8ª edição, São Paulo-SP, Editora Saraiva, 2002.

_____. Curso de direito civil brasileiro. Teria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 24° ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

ENFAM. Seminário - O Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2018.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. -- Imprensa: São Paulo, Atlas, 2001.

GODOY, Claudio L. B. de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15^a Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JUNIOR, Fredie Didier. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, 01 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

LARA, Johnny. O negócio jurídico processual frente aos Contratos de Adesão, 2015. Disponível em: <<http://johnnydelara.jusbrasil.com.br/artigos/259085000/o-negocio-juridico-processual-frente-aos-contratos-de-adesao>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

LIMA, Rogério Montai de. *Relações contratuais na Internet e Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Editora Nelpa: 2008.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2001.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contratos de Adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. – 2. reimp. – São Paulo: Atlas 2007.

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA REGULAMENTAÇÃO DO USO DE DISPUTE BOARDS EM CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Patrícia De Battisti Almeida

Fabio Rodrigues Teixeira de Almeida

1 INTRODUÇÃO

Dispute Boards são comitês que acompanham execuções contratuais que se estendem no tempo e analisam eventuais controvérsias, formados por profissionais tecnicamente qualificados nas áreas pertinentes. Embora *Dispute Boards* tenham surgido como ferramenta de apoio a grandes projetos de construção, seu uso vem se estendendo a outros contratos de longa duração, como concessões de serviços.

De acordo com SOUSA (2014, p. 23), os *Dispute boards* “têm natureza não-adversarial e pró-ativa, possibilitando perfeito controle do procedimento informal pelas partes, tendo por missão principal prevenir o surgimento de conflitos entre as partes”. Os comitês, em regra, são constituídos no início das tratativas entre as partes, antes do surgimento de qualquer disputa entre elas, e permanecem ativos durante todo o período de execução contratual.

Apesar de fazerem parte de muitos grandes projetos em diversos países, os *Dispute boards* ainda são pouco utilizados no Brasil, conforme observa MARCONDES (2017).

Os *Dispute boards* são mecanismos criados por contrato entre as partes, no exercício de sua autonomia privada. A legislação brasileira não apresenta empecilhos a sua utilização e, como será mostrado mais adiante, reconhece seu uso como um dos métodos possíveis de solução consensual de conflitos, de acordo com a interpretação exarada em enunciados da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Conselho de Justiça Federal em 2016.

A utilização de *Dispute boards* em contratos administrativos não é explicitamente prevista na legislação federal em vigor, embora seja autorizada em alguns dispositivos que serão mencionados neste trabalho. Essa falta de clareza, no entanto, pode resultar em conflitos com alguns dos princípios da administração pública, especialmente legalidade e publicidade.

Com os objetivos de evitar esse tipo de conflito e oferecer maior segurança jurídica aos agentes públicos, estão em trâmite no Congresso Nacional dois projetos de lei (PL 9.883/2018 e PLS 206/2018) que procuram estabelecer regras gerais para o uso de *Dispute boards* em contratos com a Administração Pública.

No mesmo sentido, o município de São Paulo promulgou a Lei 16.873/2018, regulamentando o uso de *Dispute boards* em seus contratos.

2 BREVE HISTÓRICO

A complexidade dos contratos de construção aumentou sensivelmente após a Segunda Guerra Mundial, devido ao desenvolvimento de novas técnicas e regulamentações ambientais, de saúde e de segurança. De acordo com ENTWISTLE (2010), isso gerou um aumento de custos das obras e de conflitos entre contratantes e contratados. A busca por soluções judiciais ou arbitrais era cara e demorada.

Durante a construção da usina de Boundary Dam, pela empresa Seattle City Light, no estado de Washington, Estados Unidos, iniciada em 1961, foi testado um mecanismo destinado a evitar que conflitos surgidos durante as obras ganhassem maiores proporções e precisassem ser levados à justiça ou à arbitragem (CHAPMAN, 1999). Até esse momento, quem cumpria esse papel era o engenheiro responsável pela obra. Na construção de Boundary Dam, optou-se pela constituição de um comitê de especialistas independentes (“Joint Consulting Board”) com competência para

solucionar conflitos, que funcionou durante todo o período de execução contratual (OMOTO, 2009; ENTWISTLE, 2010).

Os bons resultados obtidos nas obras de Boundary Dam, finalizadas dentro do prazo, dentro do orçamento e sem disputas judiciais ou arbitrais, levaram outros projetos de engenharia a adotar mecanismos similares, que se tornaram o que hoje se conhece como *Dispute boards*.

Como destacam RIBEIRO e RODRIGUES (2015), os próximos marcos importantes no desenvolvimento dos *Dispute boards* foram a construção do Eisenhower Tunnel, no estado do Colorado (EUA), em 1975, e a construção da hidrelétrica El Cahon, em Honduras, em 1980. A obra em Honduras foi especialmente interessante por ter contado com financiamento do Banco Mundial, que passou a recomendar a utilização de *Dispute boards* nas obras por ele financiadas.

Em 1995, o Banco Mundial transformou a recomendação em exigência. A partir desse momento, os projetos internacionais por ele financiados precisam prever a instituição de *dispute boards*.

A versão mais recente do regulamento do Banco Mundial dirigido a tomadores de empréstimos (Procurement Regulations for IPF Borrowers) traz a seguinte determinação: “Todos os contratos de licitações internacionais devem incluir mecanismos apropriados para a resolução independente de disputas, sejam *Dispute Review Experts* ou *Dispute Review Boards*”⁹⁷ (tradução nossa).

3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS *DISPUTE BOARDS*

De acordo com ARMES (2016), em média 50% dos custos legais na indústria da construção têm relação com disputas. A título de exemplo, ele afirma que uma disputa estimada em US\$ 10 milhões, se levada à arbitragem da International Chamber of Commerce, resultará em um custo de US\$ 300 mil em taxas administrativas e honorários dos árbitros, além de custos com advogados e tempo dos administradores das empresas.

97 Consta do item 2.24 do “Procurement Regulations for IPF Borrowers”: “*All international competitive procurement contracts are required to include appropriate mechanisms for independent dispute resolution either, Dispute Review Experts or Dispute Review Boards*”.

Na visão do autor, o papel principal de um *Dispute board* é evitar o conflito. Para isso, o comitê fica responsável por uma série de atividades, como: monitoramento do projeto; revisão de documentos; inspeções “in loco”; manutenção de canais de comunicação entre os contratantes; sugestões para resolução de problemas em seus estágios iniciais, antes que se tornem problemas maiores. E, além de tudo isso, quando o conflito for inevitável, oferecer uma solução.

Um *dispute board* normalmente é composto por três membros. As partes contratantes, de comum acordo, indicam duas pessoas e estas, por sua vez, escolhem uma terceira para presidir o comitê. Projetos mais complexos podem utilizar dispute boards com mais componentes, mantendo-se a escolha em comum acordo pelas partes e a indicação do presidente, resultando em um total ímpar.

Podem existir, em projetos de menor complexidade, dispute boards compostos por uma única pessoa (a rigor, não seria um “board”, mas o nome se mantém).

O *dispute board* pode ser previsto na celebração do contrato para o acompanhamento de toda a execução contratual. É o chamado *dispute board* permanente. O *dispute board* também pode ser *ad hoc*, criado para tratar de uma disputa específica entre as partes.

De acordo com SOUSA (2014, p. 3), é preciso que os componentes do *Dispute board* “sejam especialistas naquele tipo de obra, que conheçam bem contratos de construção e interpretação de documentos contratuais, que dominem o idioma contratual”. Ainda segundo o autor, esses profissionais também “devem ser habilitados a atuar com métodos consensuais de solução de conflitos, e na condução de seus deveres devem ser imparciais, independentes e sem conflitos de interesses”.

Existem três tipos de dispute boards: *Dispute Review Board* (DRB), o qual expede recomendações não vinculantes; *Dispute Adjudication Board* (DAB), o qual decide disputas entre as partes; e *Combined Dispute Board* (CDB), que pode tanto fazer recomendações como decidir disputas.

Nos contratos que prevêm *dispute boards*, é possível utilizar regulamentos criados por instituições independentes. Como exemplos, podem ser mencionados os regulamentos da Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), da International Chamber of Commerce (ICC) e do Cen-

tro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá CAM-CCBC.

4 DISPUTE BOARDS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a possibilidade de utilização de meios extrajudiciais de solução de conflitos está prevista no artigo 3º do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Embora não exista menção específica a *dispute boards*, o Conselho de Justiça Federal publicou, por meio do Enunciado 49 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, 2016, o entendimento de que os *Dispute boards* “são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro”.

A mesma Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios emitiu o enunciado 76, que trata da vinculação das partes ao cumprimento das decisões do *Dispute board*, embora reconheça a possibilidade de provocação do Poder Judiciário ou do juízo arbitral.

Enunciado 76: As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.

Interessante notar que o enunciado 80 I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios reconhece as vantagens da utilização de *Dispute boards* e explicitamente recomenda seu uso em contratos de construção e obras de infraestrutura.

Enunciado 80: A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.

No Poder Judiciário brasileiro, questões envolvendo o uso de *Dispute boards* ainda são raras, mas merece destaque a decisão da Terceira Turma do STJ, de 2016, no REsp 1569422/RJ, que reconheceu que o contrato pode prever o uso de *dispute boards* para resolver eventuais conflitos atinentes à sua execução.

RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR). APOSIÇÃO DE ASSINATURA NO DOCUMENTO. DESNECESSIDADE. ANUÊNCIA INEQUÍVOCA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECONHECIMENTO. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE DELEGA A TERCEIRO A SOLUÇÃO DE ESPECÍFICA CONTROVÉRSIA (VALOR DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA A SER ADQUIRIDA), CUJA DECISÃO SERIA FINAL, DEFINITIVA E ACATADA PELAS PARTES. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, AINDA QUE VAZIA, APTA A SUBTRAIR DO PODER JUDICIÁRIO O JULGAMENTO DA QUESTÃO. EFEITO NEGATIVO. OBSERVÂNCIA. PRETENSÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RESISTÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGA-

MENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

(...)

2.1 Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância - ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, - deve ser detidamente observada. (...)

4. Recurso especial provido, para extinguir o processo sem julgamento de mérito. (REsp 1569422/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 20/05/2016)

Naturalmente, por tratar de direitos patrimoniais disponíveis conforme disposições contratuais, ou seja, por tratar de questões incluídas na esfera da autonomia privada, os *Dispute boards* não carecem de uma regulação estatal detalhada.

A situação é outra quando se consideram os contratos que envolvem a Administração Pública. Nesse caso, é preciso conciliar o uso dos *Dispute boards* com os princípios da Administração Pública como, por exemplo, legalidade e publicidade.

O “caput” do artigo 37 da Constituição Federal determina que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Quanto ao princípio da legalidade, especificamente, Hely Lopes Meirelles ensina que “na Administração Pública não há liberdade nem

vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”⁹⁸.

A Lei de Licitações (Lei 8.666/93) autoriza em seu artigo 42, § 5º, de forma genérica, que os contratos da Administração Pública adotem condições, normas e procedimentos impostos pelo organismo internacional responsável pelo financiamento⁹⁹. Ou seja, desde a entrada em vigor desse dispositivo, nessa redação, a Administração Pública brasileira está autorizada a conduzir uma obra com a presença de um *Dispute board* se essa for uma exigência do organismo financiador, o que, vale lembrar, é uma exigência do Banco Mundial.

A lei 8987/95, que dispõe sobre concessão e permissão da prestação de serviços públicos, em seu artigo 23-A, autoriza o uso de mecanismos privados para resolução de disputas:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

98 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 42ª Ed.; p.93.

99 Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

(...)

§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Como, conforme já apontado, *Dispute boards* são reconhecidos como um método de solução consensual de conflitos, na forma prevista pelo Código de Processo Civil em vigor, é possível entender que a Lei 8.987/95, na redação da Lei 11.196/2005, autoriza seu uso.

Da mesma forma pode ser interpretado o artigo 11 da lei 11079/2004, que trata de licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública e também inclui a possibilidade do uso de “mecanismos privados de resolução de disputas”:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Esse rápido exame da legislação em vigor demonstra que a Administração Pública, em linhas gerais, está autorizada a utilizar *Dispute boards* em suas contratações, o que pode ser até mesmo uma maneira de se atender ao princípio da eficiência, uma vez que, dessa maneira, em tese ao menos, se evitam os custos e os atrasos das disputas judiciais.

Mas quando se considera que o agente público está estritamente vinculado ao princípio da legalidade, é possível vislumbrar o mérito da criação de uma regulamentação específica para permitir que o agente público utilize o mecanismo do *Dispute board* quando necessário com o devido respaldo legal.

5 DISPUTE BOARDS EM GRANDES PROJETOS NO BRASIL

No Brasil, apesar de autorizado pela legislação, o uso de *Dispute boards* nos grandes projetos de infraestrutura ainda não é muito disseminado.

Conforme observa MARCONDES (2017, p. 103), “muito embora o Dispute Board seja uma ferramenta amplamente utilizada na América do Norte, Europa, Ásia e Oceania (...) sua adoção no Brasil e nos países vizinhos se encontra em fase mais ou menos embrionária”.

O maior exemplo de uso de um *Dispute board* em um grande contrato no Brasil, segundo MARCONDES (2017), foi “Junta de Solução de Disputas”, formada em 2005, no contrato de construção da Linha 4 (Amarela) do metrô de São Paulo. O comitê, composto por três engenheiros, funcionou até 2016, quando se encerraram as obras vinculadas a esse contrato. A obra utilizou financiamento do Banco Mundial, que exige a constituição de *Dispute Board*. A modalidade escolhida pelas partes foi o *Dispute Review Board*, o qual, por sua natureza, emitia recomendações sem força vinculante. De acordo com MARCONDES (2017, p. 111):

o contratante buscou a arbitragem em todas as ocasiões em que as recomendações da Junta contrariaram seus interesses e, nas arbitragens, sempre que recebeu decisão desfavorável, buscou o Judiciário. Ficou claro, portanto, que a implantação do Dispute Board nesse contrato não teve como motor a solução de conflitos, mas sim meramente o atendimento de uma exigência do banco financiador.

Se uma das partes aparenta estar disposta a contestar cada recomendação ou decisão do *Dispute board*, seu próprio funcionamento fica comprometido e perdem-se as vantagens a ele inerentes, pois deixam de ser evitados os custos e atrasos das disputas arbitrais e judiciais.

Mas isso não significa que uma regulamentação específica direcionada à Administração Pública não possa vir a ter um impacto positivo na utilização desse mecanismo de prevenção e solução de disputas.

6 INICIATIVAS LEGISLATIVAS A RESPEITO DO USO DE *DISPUTE BOARDS* EM CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No município de São Paulo, foi promulgada em 22 de fevereiro de 2018 a Lei 16.873/2018, que “reconhece e regulamenta a instalação de

Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo”.

A Lei 16.873/2018, em seu artigo 1º, autoriza a utilização de “Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados” do município de São Paulo, tanto de sua administração direta como de sua administração indireta.

O artigo 2º, por sua vez, define que os comitês podem ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida – respectivamente, “Comitê por Revisão”, “Comitê por Adjudicação” e “Comitê Híbrido”. Embora a lei, ainda no artigo 2º, se refira aos efeitos “contratualmente vinculantes” das decisões dos comitês por adjudicação, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que elas “poderão ser submetidas à jurisdição judicial ou arbitral em caso de inconformidade de uma das partes”.

O texto legal (artigo 3º) autoriza a utilização de regras de instituições especializadas, se assim estabelecido no edital de licitação ou contrato. Os procedimentos, de acordo com o artigo 5º “deverão observar a legalidade e o princípio da publicidade”.

Em suma, a Lei 16.873/2018 define os parâmetros a serem seguidos pelos agentes públicos envolvidos em contratos que utilizem *Dispute boards* de maneira a evitar questionamentos a respeito da legalidade das decisões. Se antes existiam somente interpretações do ordenamento que poderiam autorizar a utilização de *Dispute boards* em contratos com a Administração Pública agora, no município de São Paulo, existe expressa previsão legal.

Interessante notar que a exposição de motivos do Projeto de Lei 9.833/2018, em trâmite na Câmara dos Deputados, embora reconheça que, com base na legislação atualmente em vigor, seja possível utilizar *Dispute boards* em contratos administrativos, considera “bem-vinda a edição de uma lei específica para tanto, de modo que se conceda uma maior segurança jurídica aos gestores públicos que queiram implementar a prática”.

Seu artigo primeiro deixa claro que trata de uma regra geral autorizando tanto a administração direta como a indireta a utilizar *Dispute boards*:

Art. 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) como método de solução consensual de conflitos em contratos adminis-

trativos, desde que previsto expressamente no edital e no contrato, observadas as disposições desta Lei.

Interessante notar que o artigo 2º do projeto de lei procura estabelecer princípios norteadores do funcionamento dos *Dispute boards*, tendo em vista a redução de custos e manutenção do cronograma de execução ou, em outras palavras, procura definir a aderência ao princípio da eficiência:

Art. 2º Os Comitês de Resolução de Disputas têm a finalidade de prevenir e solucionar de forma célere, técnica e com base na estrita observância das cláusulas contratuais os litígios que surgirem durante a execução do contrato, de modo a reduzir os custos correlatos e a proteger o escopo contratual e o seu cronograma de execução.

Em linhas gerais, o texto do projeto de lei, é bastante similar ao texto da lei em vigor no município de São Paulo. Uma diferença importante, no entanto, está no artigo 11, que torna obrigatória a utilização dos *Dispute boards*, ou “Comitês de Resolução de Disputas”, em contratos de valor superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Tramita no Congresso outro projeto de lei sobre o mesmo tema, iniciado pelo Senado Federal, o PLS 206/2018. Diferentemente do projeto de lei da Câmara dos Deputados, seu artigo 1º deixa claro que a lei proposta se refere somente à administração direta e à administração indireta da União:

Art. 1º Os Comitês de Prevenção e Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Direta e Indireta da União observarão as disposições desta lei e deverão, quando aplicáveis, estar previstos, respectivamente, no edital e no contrato.

Sua exposição de motivos se inicia com a seguinte frase que, de certa forma, resume a intenção que fundamenta a iniciativa: “É necessário fortalecer os mecanismos da administração pública consensual no Brasil, entendida como a tendência de se aproximar poder público e particulares para a edição de atos administrativos e resolução de controvérsias”.

Além disso, o autor do projeto reconhece, na exposição de motivos, que se inspirou “na louvável iniciativa do Município de São Paulo, que recentemente editou a Lei n° 16.873, de 22 de fevereiro de 2018”. Ele afirma ainda que “devem ser ampliadas as hipóteses de autocomposição e resolução vinculante de controvérsias entre o poder público e os particulares por ele contratados”.

Vale destacar ainda o artigo 8° da Lei 16.873/2018 do município de São Paulo, o qual determina que os membros dos *Dispute boards*, “quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”. Trata-se de mais um aspecto em que a lei procurou conciliar o mecanismo dos *Dispute boards* aos princípios do Direito Administrativo. Disposições similares estão previstas tanto no projeto de lei 9.883/2018 como no PLS 206/2018.

7 CONCLUSÃO

O uso de *dispute boards* costuma resultar em economia para os contratantes, uma vez que evita os custos de ações judiciais ou da arbitragem, assim como os prejuízos causados por paralizações.

De acordo com a Dispute Board Resolution Foundation, o método já foi utilizado em mais de 2.700 projetos de construção, num valor total de cerca de US\$ 270 bilhões. A análise da base de dados da fundação mostra que “entre 85% e 98% das recomendações e decisões não evoluíram para arbitragem ou litigância, resultados em economias substanciais de custos e tempo¹⁰⁰ (tradução nossa)”.

Diante das vantagens do método, reconhecidas até mesmo em enunciados e propostas legislativas, são bem-vindas iniciativas que removam potenciais obstáculos a seu uso pela Administração Pública.

Afinal, estabelecidas regras gerais para o uso de *Dispute boards* em contratos administrativos, será mais fácil conciliar esse mecanismo, típico produto da autonomia privada dos contratantes, com os princípios do Direito Administrativo que devem orientar todas as ações dos agentes públicos.

100 “Owner studies and analysis of the DRBF database show 85-98% of recommendations/decisions have not gone on to further arbitration or litigation, delivering substantial cost and time savings.”

REFERÊNCIAS

- ARMES, Murray. Dispute avoidance and dispute boards. Seminário “Dispute Resolution Boards no Brasil: Avanços e Desafios”. FGV Projetos. Rio de Janeiro. 2016. Disponível em https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/arquivos/session_1_-_dispute_avoidance_and_dispute_boards.pdf. Acesso em 15 abr. 2019.
- ARMES, Murray. Dispute boards for complex projects. Seminário “Dispute Resolution Boards no Brasil: Avanços e Desafios”. FGV Projetos. Rio de Janeiro. 2016. Disponível em https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/arquivos/session_3_-_dispute_boards_for_large_projects.pdf. Acesso em 15 abr. 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 9.883/2018. Dispõe sobre o uso dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) em contratos administrativos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2170449>. Acesso em 20 jul. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União de 17 mar. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 13 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Diário Oficial da União de 22 jun. 1993, republicado e retificado em 6 jul. 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 14 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Diário Oficial da União de 14 fev. 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em 13 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União de 31 dez. 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em 13 jul. 2019.

BRASIL. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 206/2018. Regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7724371&ts=1562590010933&disposition=inline>. Acesso em 20 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1569422/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 20/05/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1490302&num_registro=201501776949&data=20160520&formato=PDF. Acesso em 14 jul. 2019.

BUENO, Júlio; FIGUEIREDO, Augusto. Os dispute boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura. Cadernos FGV Projetos. Rio de Janeiro, ano 12, nº 30. Páginas 88-97. Abril/Maio 2017. Disponível em <https://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/cadernos-fgv-projetos-no-30-solucao-de-conflitos>. Acesso em 02 mai 2019.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ, CAM-CCBC. Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CBC. Disponível em <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/regulamento-2018/>. Acesso em 21 jul. 2019.

CHAPMAN, Peter H. J. Dispute boards. FIDIC – International Federation of Consulting Engineers. 1999. Disponível em <http://fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf>. Acesso em 15 abr. 2019.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. Concept, FAQ. Disponível em <http://www.drb.org/concept/faq/>. Acesso em 20 jul. 2019.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. Practice & Procedures Manual. Disponível em <http://www.drb.org/concept/manual/>. Acesso em 20 jul. 2019.

ENTWISTLE, David. Dispute boards in context. 2010. 91 f. Dissertação (LLM Construction Law and Arbitration) - The Robert Gordon University, Aberdeen, Escócia. 2010. Disponível em http://www.dispute-boardsmena.com/wp-content/uploads/2013/05/Dispute-Boards-In-Context_David-Entwistle_2010.pdf. Acesso em 17 abr. 2019.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Dispute Board Rules. Disponível em <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>. Acesso em 21 jul. 2019.

MARCONDES, Fernando. Dispute board em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. Cadernos FGV Projetos. Rio de Janeiro, ano 12, n° 30. Páginas 98-114. Abril/Maio 2017. Disponível em <https://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/cadernos-fgv-projetos-no-30-solucao-de-conflitos>. Acesso em 02 mai 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito Administrativo Brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OMOTO, Toshihiko. Dispute boards: Resolution and avoidance of disputes in construction contracts. JCAA Newsletter. The Japan Commercial Arbitration Association. N° 23. Páginas 1-8. Novembro/2009. Disponível em <http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/docs/news23.pdf>. Acesso em 17 abr. 2019.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os dispute boards no direito brasileiro. Revista Direito Mackenzie, v. 9, n. 2. Páginas 129-159. 2015. Disponível em <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/issue/view/535>. Acesso em 15 abr. 2019.

SÃO PAULO, SP. Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da Cidade, São Paulo, SP, 23 fev. 2018. P. 1. C. 1. Disponível em: <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16873.pdf>. Acesso em 13 jul. 2019.

SOUSA, Antonio Luis Pereira de. Dispute Boards. Instituto de Engenharia. São Paulo. 2014. Disponível em <http://arquivo.iengenharia.org.br/site/ieadm/arquivos/arqnot8844.pdf>. Acesso em 17 abr. 2019.

WORLD BANK GROUP. Procurement Regulations for IPF Borrowers. 2016. Disponível em <http://pubdocs.worldbank.org/en/178331533065871195/Procurement-Regulations.pdf>. Acesso em 24 abr. 2019.

JUSTIÇA, ACESSO À JUSTIÇA E MÉTODOS CONSENSUAIS

Marcos Roberto da Silva

1) Introdução

As definições de justiça segundo Aristóteles contribuíram ao longo dos séculos para o estudo e desenvolvimento do que vem a ser ações justas praticadas no seio das civilizações. Diante dos conceitos de justiça explorados ao longo do trabalho, será possível perceber que a sociedade necessita encontrar meios para garantir direitos individuais e coletivos dos cidadãos nas mais diversas relações interpessoais que cercam a vida cotidiana. Com isso, forçoso se faz buscar a garantia de acesso à justiça como forma de efetivar o exercício da cidadania e assegurar uma ordem jurídica justa. Para tanto, a realização de pesquisas destinadas a encontrar novos métodos de solução de conflitos alternativos mostra-se inevitável na conjuntura vivida na sociedade contemporânea.

2) Justiça segundo Aristóteles

A realidade vivida pela humanidade ao longo de milênios sempre teve por base as diferenças naturais dos seres e culturais das sociedades nas quais estão inseridos na rotina cotidiana, seja no seio da família, no ambiente de trabalho ou mesmo na simples relação de convívio entre aqueles que se encontram ao seu redor na mais restrita comunidade em que qualquer pessoa possa estar inserida.

Esta convivência em sociedade necessariamente nos faz imergir na busca de uma definição do que vem a ser justiça nas diversas relações sociais. Os compêndios históricos buscaram explicar e sintetizar o que seria o conceito de justiça nas diferentes obras dos principais pensadores desde a era greco-romana como Platão e Aristóteles. Apesar de retratar ideias que buscam compreender o homem em sociedade, as possíveis soluções apresentadas pelos filósofos não necessariamente poderão ser aplicadas nas comunidades futuras tendo em vista as naturais mutações que ocorrem na vida em sociedade com o passar dos anos. Entretanto, as teorias e entendimentos filosóficos poderão contribuir sobremaneira para o alcance do melhor conceito de justiça a ser aplicado na sociedade contemporânea.

No entendimento de Platão¹⁰¹, somente se alcança a felicidade quando ocorre a renúncia aos prazeres, às riquezas e às honras, discorrendo que diversas ações se caracterizam como justas na acepção da palavra Justiça, quais sejam: “ser justo é falar a verdade” – “ser justo é devolver o que é alheio” – “ser justo é dar a cada um o que lhe é devido” – “ser justo é fazer o bem aos amigos e fazer o mal aos inimigos”.

Ferraz Júnior faz uma análise da noção de justiça segundo a filosofia grega a partir do direito ático, que é uma região da Grécia antiga onde se situava a cidade de Atenas e local onde se construiu a base cultural de Aristóteles (FERRAZ JR, 2003). Segundo o direito ático, o Conceito de Justiça caracteriza aquilo que é justo no sentido equitativo, congruente, igual relativamente ao homem. Princípio regulador da vida individual, social e de todo o universo.

Aristóteles afirma que “o bem é aquilo a que todas as coisas tendem” (ARISTÓTELES, 1996). As ações humanas são sempre voltadas pela busca do bem. Na busca deste bem, que seria o fim maior da teoria aristotélica, necessário seria percorrer um caminho na qual irá se alcançar o que se poderia afirmar como sendo ações justas.

Os Fatos Frequentes, segundo Aristóteles, mostrarão o que vem a ser a verdade no alcance das ações justas. Mas esses fatos frequentes serão determinados segundo o Método Dialético com o intuito de, por meio da linguagem, alcançar a verdade. Alcançando a verdade, estaremos diante

101“para que se alcance o bem de todos é necessário viver em uma cidade perfeita conforme descrito na obra “A República – a Callipolis”.

de ações éticas que nortearão as pessoas a alcançar o que mais se busca, o bem de todos.

Aristóteles assegura que justiça é um hábito definido especificamente pelo modo de agir constante e deliberado. Afirmo que justiça é uma “*disposição de agir de modo deliberado, consistindo em um meio-termo relativo a cada um, racionalmente determinado e como o determinaria o homem prudente*” (ARISTÓTELES, 1996). Portanto, o homem justo executa suas ações de forma deliberada e, acima de tudo, voluntariamente.

Mas quem seria a pessoa que seria injustiçada dentro deste conceito de justiça? Segundo o filósofo, para que haja injustiça com determinada pessoa, é necessário que ela sofra contra o seu próprio desejo deliberado. Ou seja, não basta que haja uma ação deliberadamente injusta, mas que aquele contra a qual se está cometendo a ação tenha plena consciência de que o ato vai contra a sua própria vontade, seu próprio desejo. No entendimento de Aristóteles, ainda comete injustiça aquele que concede mais do que deveria, o que seria o justo, isto porque em algum momento futuro haveria de receber qualquer contrapartida pretendida.

Na teoria aristotélica o filósofo divide a justiça em dois tipos: universal e particular. Antes de adentrar especificamente na distinção entre estas subdivisões, importante destacar que o homem sempre estará inserido em um contexto social onde haverá a inter-relação de pessoas para uma convivência harmônica. Neste contexto, verifica-se a necessidade de instituir uma regulamentação das condutas humanas por meio de leis de modo a manter a tessitura social.

Retomando a análise da concepção de justiça, iniciemos pela justiça universal, intimamente ligada ao universo social sob estudo, e que se relaciona diretamente com a aplicação das regras de conduta estabelecidas pela sociedade. Ou seja, Aristóteles entende justamente que a lei deve reger toda a vida humana, e por isso, se as ações do homem são pautadas na lei estaríamos diante da denominada justiça universal. Portanto, se houver um respeito às leis, as ações estarão de acordo com as normas declaradas pela coletividade e, por via de consequência, estaríamos diante de ações justas.

A justiça particular, segundo Aristóteles, seria aquela na qual o homem age conforme a lei bem como respeita a igualdade. Dentro desta acepção de igualdade, percebe-se que o ser justo é aquele em que não

toma para si mais do que lhe é devido. Para melhor explicar a justiça particular, o filósofo utiliza alguns exemplos de atos injustos quando analisados individualmente, tais como o guerreiro que atira seu escudo no chão e abandona a guerra e o homem que deixa de ajudar um amigo emprestando dinheiro. Entretanto tais atos não podem descaracterizar a virtude do plena do homem que devem ser vistas de uma maneira mais abrangente.

Discorridas as características e diferenças das duas espécies de justiça, Aristóteles ainda subdivide a justiça particular em justiça distributiva e justiça corretiva.

Na justiça distributiva, como o próprio nome sugere, ocorre a distribuição dos bens, das honras, dos cargos, das riquezas bem como das responsabilidades, dos deveres e dos impostos a serem divididos entre os membros da comunidade. Nas palavras do Filósofo na *Ética à Nicômaco*:

“Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter participação desigual ou igual à de outra pessoa.” (ARISTÓTELES, 1996)

Nessa ótica, percebe-se que a injustiça restaria caracterizada pela desigualdade em virtude do recebimento de benefícios e encargos em proporções maiores ou menores ao que lhe é devido. Com isso Aristóteles afirma que para haver justiça, nesta acepção da distributiva, deve ocorrer uma proporcionalidade na distribuição dos quinhões a que cada um terá direito, caracterizando como justo, se atingir a finalidade de dar a cada um aquilo que lhe é devido, na medida de seus méritos. Interessante efetuar uma comparação do entendimento da atividade do estado nesta época com a da atualidade, em função de o Estado ver o cidadão mais como contribuinte do que como um membro da cidade (*da pólis grega*).

Aristóteles denomina justiça corretiva a outra espécie de justiça particular. Assim como na justiça distributiva, a justiça corretiva é uma justiça igualitária, própria da justiça particular, entretanto a corretiva busca encontrar um meio termo nas transações individuais entre dois homens,

independentemente de a ação ser voluntária ou involuntária. Aqui o objetivo seria de disposição de pôr as coisas em seu devido lugar. Portanto, nos exatos termos de Aristóteles, justiça corretiva é:

“a que desempenha função corretiva nas relações entre as pessoas. Esta última se subdivide em duas: algumas relações são voluntárias e outras são involuntárias; são voluntárias a venda, a compra, o empréstimo a juros, o penhor, o empréstimo sem juros, o depósito e a locação (estas relações são chamadas voluntárias porque sua origem é voluntária); das involuntárias, algumas são sub-reptícias (como o furto, o adultério, o envenamento, o lenocínio, o desvio de escravos, o assassino traíçoeiro, o falso testemunho), e outras são violentas, como o assalto, a prisão, o homicídio, o roubo, a mutilação, a injúria e o ultraje.” (ARISTÓTELES, 1996).

Perceba que o filósofo elenca uma série de relações interpessoais nas quais em determinado momento necessitarão da interferência de uma terceira pessoa (o juiz, o mediador) que irá dizer o que é ou não justo. Nas palavras de Aristóteles o juiz seria a personificação da justiça, pois

“ir ao juiz é ir à justiça, porque se quer que o juiz seja como se fosse a própria justiça viva (...) é uma pessoa *equidistante* e, em algumas cidades são chamados de ‘mediadores’, no pressuposto de que, se as pessoas obtêm o meio-termo, elas obtêm o que é justo.” (ARISTÓTELES, 1996).

Portanto, ao ser aplicada a justiça corretiva o juiz avalia se o ato praticado está ou não de acordo com a lei com vistas a buscar um meio termo da relação entre as partes envolvidas. Aqui ocorre uma relevante diferença para a justiça distributiva visto que não leva em conta as características morais, o mérito ou a virtude das pessoas, mas tão somente a relação os atos praticados com a lei.

Entretanto, o direito ático assegurava que poderia haver um dissenso entre uma lei escrita e os supremos princípios do justo. Nesta linha de entendimento, todos os atos praticados conforme a lei seriam justos, entretanto não necessariamente uma ação justa estaria de acor-

do com uma lei escrita. Com isso surge a figura da equidade que, segundo Aristóteles, e junto com a justiça, participa do mesmo gênero já estudado e denominado “justo”. A lei e a equidade seriam, então, espécies do gênero justo.

Em uma comparação entre as espécies “justiça conforme a lei” e a “equidade”, é possível verificar que na elaboração das leis o legislador por incorrer em lacunas. Estas lacunas naturalmente irão ocorrer porque o legislador não poderá prever tudo o que possa ocorrer na sociedade. Neste diapasão, Aristóteles afirma que a equidade ocorre

“quando a lei dispõe de um modo geral e surge um caso particular, algo excepcional, vendo que o legislador se cala ou que se enganou por ter falado em termos absolutos, é imprescindível corrigir-lhe e suprir-lhe o silêncio e falar em seu lugar, como o mesmo faria se estivesse presente, isto é, fazendo a lei como ele poderia ter feito, se pudesse ter ciência dos casos particulares de que se trata” (ARISTÓTELES, 1996)

Portanto pode se perceber que a equidade tem por objetivo adequar uma determinada lei editada com lacunas a uma realidade humana, contribuindo para que o juiz possa aplicá-la de forma ponderada ao fato concreto.

Essa breve exposição sobre a noção de justiça segundo Aristóteles pode ser resumida pelo parágrafo extraído da obra de Ferraz Júnior:

“A noção de justiça universal sofre, dessa maneira, um último esclarecimento. Ela pode ser compreendida como o que é conforme a lei, em sua atualidade jurisprudencial, que versa sobre questões referentes às relações políticas, quer reguladas por leis particulares, quer naturais, podendo ambas ser escritas ou costumeiras, mas à medida que todo esse complexo se acha informado pela equidade.” (FERRAZ JÚNIOR, 2003)

Diante destas definições de justiça, percebemos que a sociedade necessita encontrar meios para garantir direitos individuais e coletivos dos cidadãos nas mais diversas relações interpessoais que cercam a vida coti-

diana. Com isso, mister se faz apresentar as formas e os conceitos de acesso à justiça.

3) Acesso à Justiça

As discussões relacionadas com o acesso à Justiça se deram nos séculos XVIII e XIX junto com as ideias iluministas. Entretanto, os serviços judiciários não eram acessíveis à toda a população tendo em vista que nem todos possuíam capacidade financeira para arcar com os custos dos processos. Um verdadeiro contrassenso das ideias aos ideais democráticos de “liberdade, igualdade e fraternidade” extremamente difundidos naquele momento histórico.

O acesso à justiça pela população menos favorecida somente começa a ocorrer a partir do século XX na Áustria e na Alemanha quando eclodiram denúncias relacionadas a oferta e procura por prestação judiciária. A partir de então o tema passa a ser tratado com maior atenção por parte dos Estados Democráticos.

Para que haja uma maior democratização do acesso à Justiça necessário se faz a adoção de procedimentos com vistas a minimizar as barreiras porventura impostas à efetiva prestação jurisdicional.

Essa tutela jurisdicional é praticada por meio da garantia de acesso à justiça como forma de efetivar o exercício da cidadania e assegurar uma ordem jurídica justa. Caminhando no sentido de sedimentar este direito, os Estados membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos assinaram no ano de 1969 em San José, na Costa Rica a Convenção Americana sobre Direitos Humanos cujo art. 8º assim dispunha:

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 percebeu-se uma maior valorização e incentivo à defesa

dos direitos e garantias nela estabelecidos através do direito de acesso à justiça estatuído no inciso XXXV do artigo 5º assim estabelecido: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Este direito é também denominado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação.

Este movimento pelo acesso à Justiça como um dos preceitos fundamentais do Estado Social começa a ocorrer de maneira mais intensa. Para Cappelletti, três reformas identificam este movimento:

“O despertar do efetivo acesso à justiça deu origem a primeira onda de reformas, podendo ser classificada, numa ordem cronológica, da seguinte forma: a) assistência judiciária; b) representação jurídica para os interesses difusos; c) enfoque de acesso à justiça.”
(CAPPELLETTI, 1988)

A primeira consiste na assistência judiciária prestada por advogados particulares sem nenhuma participação do Estado, ou seja, sem qualquer ação proativa Estatal com vistas a estimular o acesso à justiça. Neste sentido observa-se uma superação por parte da sociedade tendo em vista a falta de recursos financeiros para arcar com as custas processuais. A segunda busca uma legitimação da tutela dos interesses difusos, especialmente as matérias relacionadas com os direitos dos consumidores e com o direito ambiental. Por último, o terceiro movimento encontra-se voltado para as múltiplas tentativas de simplificação, racionalização e economicidade dos procedimentos judiciais de modo que se tornem mais acessíveis a todos os cidadãos. Aqui está se buscando uma justiça mais participativa baseada na conciliação com vistas a desburocratizar o sistema judiciário.

As informações sobre os mais diversos assuntos têm alcançado um número de pessoas cada vez maior na sociedade contemporânea por meio da rede mundial de computadores, em especial pelas redes sociais, e de uma forma bem mais abrangente que em um passado recente. Este acesso a informações na palma das suas mãos, por meio dos celulares, tem alcançado também àqueles com menor grau de escolaridade em virtude do grande incremento do número de acessos à internet, o equivalente a 116 milhões de pessoas no Brasil em 2016 conforme apontado na pesquisa divulgada pelo IBGE em fevereiro de 2018.

Diante desta realidade, a sociedade brasileira tem se tornado cada vez mais atenta e, por via de consequência, crítica em relação aos fatos e acontecimentos que ocorrem ao seu redor. Com isso as pessoas têm procurado agir de modo que a vivamos em uma sociedade mais justa e equitativa.

Via de consequência, no momento em que a sociedade identifica atitudes contrárias aos direitos que lhe assiste, necessário se faz buscar uma maneira a tutelar aquilo que lhe cabe por meio de acessos à justiça viáveis a cada circunstância fática relacionada a direitos individuais ou coletivos, que não necessariamente precisam ser por intermédio do Poder Judiciário, mas com auxílio deste na solução de conflitos.

Nesse diapasão, o acesso à justiça deve compreender um percurso que vai do início ao fim de uma relação processual de forma mais simplificada e dinâmica, sem abrir mão das seguranças jurídicas amplamente necessárias em qualquer relação conflitante. Os movimentos reformistas recentes, apesar de estarem longe do ideal, focaram na celeridade processual com vistas a reduzir a problemática dos enormes tempos que tramitam os processos e minimizar a sensação de injustiça e descrença largamente sentida pelos jurisdicionados. A criação das súmulas vinculantes e julgamentos sumários pautados em padrões decisórios respondem como umas das principais alterações ocorridas recentemente.

Entretanto, juntamente com essa simplificação e celeridade de procedimentos, necessário se faz o incremento dos métodos alternativos para decidir os conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem, para solucionar as divergências de menor complexidade. Além do incremento, a adoção de novos métodos alternativos se mostra como uma realidade a ser seguida na solução de conflitos.

4) Métodos Consensuais

A pacificação de conflitos nas sociedades primitivas era realizada por métodos rudimentares, mediante o uso da força física. Com o avançar dos tempos, passou-se a empregar meios informais nas quais buscava-se a realização de um acordo entre as partes com a interferência de um terceiro elemento que fosse de confiança de ambos os interessados, seja um sacerdote ou então um ancião. Neste período não ocorria quaisquer interferências do Estado na solução do conflito.

Com a sociedade mais evoluída, o Estado passou a exercer as funções bases de sua estrutura divididas nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Este último passa a exercer com exclusividade a atividade jurisdicional por meio do processo judicial com a intervenção do juiz na solução de conflitos. Entretanto, mesmo com esta monopolização estatal do processo e da jurisdição, permaneceram as ações com vistas a realização da autocomposição de maneira residual.

No entanto, com o passar dos tempos, o crescimento das demandas junto ao judiciário fez com que os tribunais não conseguissem solucionar de forma satisfatória e tempestiva os pleitos nele submetidos. Desta forma, Cappelletti e Garth diagnosticam uma verdadeira crise de justiça identificando três principais obstáculos ao acesso à justiça quais sejam: os elevados custos do processo; a existência de direitos difusos e coletivos; e o processo como concebido não se mostra ideal para a defesa de determinados direitos.

Conforme descrito no tópico precedente, Cappelletti e Garth propõem três ondas renovatórias do processo, na qual a terceira prevê, fora dos limites do processo judicial, a criação de formas alternativas de justiça.

Surge então os ADRs – “*Alternative Dispute Resolution*” que correspondem a métodos alternativos de solução de conflitos sem uma pregressa constituição de processo judicial e cujos procedimentos transcorrem sem a interferência de um juiz para impor às partes a decisão. Possuem como principais características a celeridade, a informalidade, a economia processual e, conforme ocorria no passado, a autocomposição.

O termo “alternativo” pode ser substituído de maneira mais apropriada pelo vocábulo “adequado”, tendo em vista que os métodos não seriam alternativos ao processo judicial, mas tão somente como um instrumento complementar tendo em vista que os mesmos surgem como mais opções a disposição dos interessados na busca da solução das divergências por ventura existentes conforme as particularidades de cada caso. Portanto, fica claro que os ADRs não surgem para substituir ou excluir o processo judicial, ainda mais que as soluções ali ocorridas são passíveis de serem submetidas ao controle judicial.

Encontra-se vigente no sistema processual brasileiro três métodos alternativos (ou talvez adequados) de solução de controvérsias: a mediação, a conciliação e a arbitragem. Para cada tipo de conflito analisa-se a forma

mais adequada de solução, de modo a encontrar qual modelo deste sistema de justiça denominado *multiportas* poderá ser empregado.

Devido ao grande protagonismo do Poder Judiciário no século XX, e ainda persistente no corrente século, recai sobre este a escolha e a condução do adequado modelo a ser empregado. Entretanto, com a edição da Resolução CNJ nº 125/2010, da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e do Código de Processo Civil de 2015, a tendência é que o Judiciário deixe de ser o palco exclusivo de julgamento para se tornar um local onde a resolução das disputas ocorra com menos interferência do Judiciário.

A conciliação e mediação são métodos de solução de conflitos onde se busca a autocomposição das divergências, não podendo se confundir com a arbitragem que ocorre por intermédio da heterocomposição com atuação decisiva do árbitro, diferentemente da conciliação e mediação, onde o terceiro convocado atua especificamente na contribuição do meio termo a ser alcançado entre as partes.

Outro método de solução alternativa de conflitos, menos implementado no Brasil, mas com um grande emprego nos EUA e na França é o denominado resolução colaborativa de conflitos ou *collaborative law*. Este modelo possui como principais características a interação direta entre as partes, sem mediação, evitando-se, por conseguinte, más interpretações por ambos os interessados e permitindo uma economia no tempo de duração processual.

Resolução Colaborativa de Conflitos é um meio de resolução de divergências em que as partes e seus advogados decidem trabalhar em conjunto para encontrar a solução do problema sem a necessidade de buscar a assistência de um Tribunal, ou seja, sem a presença da litigiosidade. Cada processo começa com um compromisso das partes e seus advogados de não litigar. Aqui são utilizados métodos eficientes e simplificados cujo foco é o diálogo com vistas a alcançar a solução do problema, com isso as partes e os advogados realizam uma série de reuniões colaborativas, nas quais todas as negociações são registradas e analisadas. As reuniões abordam pelo menos cinco pontos principais:

- Discussão e acordo sobre as regras do processo colaborativo utilizado
- Compartilhamento voluntário e aberto com troca de todas as informações relevantes

- Identificar interesses e objetivos de ambas as partes
- Desenvolver opções para resolução, usando especialistas neutros quando necessário
- Determinar os termos da resolução para o fechamento do acordo

Os procedimentos colaborativos são confidenciais e permitem que as partes e seus advogados concentrem seus esforços na satisfação dos seus interesses. Ocorre um maior controle por parte dos atores envolvidos na demanda, especialmente quando ditam o ritmo do processo, analisam a evolução das opções, bem como quando optam por lançar mão do uso de especialistas neutros. Verifica-se nitidamente que os advogados atuam em parceria com todos os envolvidos, facilitando o processo de resolução da demanda. De modo a garantir a confidencialidade pretendida, os advogados se comprometem a não atuar numa eventual litigiosidade judicial se por ventura vier a ser frustrada a negociação. Isto porque iria ocorrer uma valorização da atuação advocatícia no sentido de pensar no resultado do cliente e não nos próprios interesses econômicos e financeiros.

A estratégia adotada em um procedimento colaborativo diverge totalmente da adotada em uma arbitragem ou em um processo judicial. Enquanto nestes se verifica um posicionamento adversarial no qual se trabalha com vista a convencer o tomador de decisões em um julgamento ou audiência, ou seja, as partes renunciam a sua tomada de decisão e a deposita nas mãos de um terceiro (árbitro ou juiz). No colaborativo o objetivo é negociar um acordo conforme as intenções declaradas por seus advogados os quais voluntariamente apresentam informações relevantes e úteis para ambas as partes criando um ambiente em que boas negociações são inevitáveis.

Tendo em vista que o grande objetivo da Resolução Colaborativa de Conflitos é a solução do problema, os procedimentos serão quase sempre mais rápidos, econômicos e eficientes do que os processos judiciais ou de arbitragem mais complexos. Isto porque não há a rigidez dos processos civis, podendo adaptar os meios conforme as necessidades que forem surgindo no decorrer dos trabalhos, privilegiando a criatividade no desenvolvimento das opções e a simplificação por parte dos envolvidos.

Percebe-se, portanto, um maior protagonismo dos envolvidos e seus advogados, os quais lançam mão da flexibilidade do procedimento, sem

perder a qualidade e segurança jurídica indispensável para a solução das inúmeras divergências que são demandadas à justiça a cada dia. A Resolução Colaborativa de Conflitos contribuirá sobremaneira para a efetivação de direitos e redução das demandas em tramitação no Poder Judiciário.

5) Conclusão

Segundo Aristóteles as ações humanas devem ser sempre voltadas pela busca do bem. O homem justo executa suas ações de forma deliberada e, acima de tudo, voluntariamente.

Os direitos individuais e coletivos dos cidadãos nas relações interpessoais que cercam a vida cotidiana passam a ser mais reivindicados com a melhoria do acesso à justiça visando efetivar o exercício da cidadania e assegurar uma ordem jurídica justa. Entretanto, as crescentes demandas impetradas no Poder Judiciário fizeram com que houvesse uma reengenharia das formas de efetivação de tais direitos.

Surge então a Resolução Colaborativa de Conflitos como um dos métodos alternativos de solução de conflitos que pode contribuir sobremaneira para a efetivação de direitos e redução das demandas em tramitação no Poder Judiciário.

Referências Bibliográficas

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1996.
- CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Acesso à justiça e cidadania**. 3ª edição. Chapecó: Argos. 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Fabris. 1988.
- CHANEN, Jill Schachner. **Collaborative counselors: newest ADR option wins converts, while suffering some growing pains**. American Bar Association Journal. n. 92. p. 52-57. 2006.
- CICHOCKI, José Neto. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá. 1999.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

FERRAZ JR, Tércio S. **Estudos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

LAWRENCE, James K.L. **Collaborative lawyering: a new development in conflict resolution**. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 17. p. 434. 2002.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

TESLER, Pauline H. **Collaborative law: achieving effective resolution in divorce without litigation**. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2008.

SOUZA, J. **A construção da subcidadania**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

A BOA-FÉ À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Isabela de Carvalho Domingues

INTRODUÇÃO

A proposta é que o presente estudo possa gerar uma reflexão acerca do instituto da boa-fé no direito privado e no âmbito do novo Código de Processo Civil, principalmente em razão da nova dinâmica trazida pela cooperação e pela ampliação do rol de destinatários desta norma processual.

O novo Código trouxe em seu escopo as normas fundamentais e, dentre elas, a boa-fé, entendendo-a, neste momento, como objetiva, consubstanciada no art.5º do referido diploma, ampliando seu alcance para todos os sujeitos que participem do processo, superando a dicotomia autor e réu e trazendo para o cenário magistrado e demais sujeitos que estejam atuando no processo.

O primeiro capítulo busca compreender o histórico da boa-fé, sua origem dentro do mundo ocidental, até que pudesse alcançar a legislação brasileira.

No segundo capítulo, analise-se de modo mais aprofundado o princípio da boa-fé e a sua colocação no direito processual.

Já no terceiro capítulo, apresenta-se uma abordagem das figuras parcelares da boa-fé objetiva, priorizando o estudo a partir da jurisprudência sobre o tema, bem como pelo estudo doutrinário que trará as hipóteses de concretização da boa-fé por meio dos institutos do: *nemo potest venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, e *duty to mitigate the loss*.

A pesquisa é encaminhada pelo método hipotético-dedutivo, observando-se a aplicação do princípio ao caso concreto. A abordagem utilizada será a explicativa, sendo utilizado primeiramente os diplomas legais pertinentes, tais como o Código Civil, Código de Processo Civil, além de análise doutrinária de renomados autores no ramo civil e processual. Além disso, será feita uma pesquisa acerca do posicionamento jurisprudencial adotado sobre o tema, a fim de explicar o objeto da pesquisa.

1. HISTÓRICO DA BOA-FÉ

O princípio da boa-fé, há anos de grande valor aos civilistas, ganhou especial destaque ao ser consagrado no Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n.13.105/2015, de aplicação geral em todos os procedimentos cíveis.

Inovou no ordenamento jurídico ao dispor o art.5º do referido diploma, conceituando a chamada boa-fé objetiva processual, segundo doutrina, de maneira a alcançar todos os sujeitos processuais, partes e magistrados, ampliando sobremaneira os estudos e a jurisprudência acerca do tema.

1.1 Origem no Direito Ocidental

Atribui-se à origem da boa-fé ao direito romano, remetendo sua origem à própria fundação de Roma. Era prevista na lei das doze tábuas, *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*, que significa: se um patrono tiver cometido alguma fraude contra o seu cliente, que seja condenado. (MARTINS-COSTA, 2015. p.49)

A boa-fé em Roma foi vista por meio dos *judicia bonae fidei*, sendo um sistema de ações, e não de direitos, principalmente no período clássico, nos quais o juiz sentenciava com base na boa-fé quando não havia lei expressamente prevendo o caso, dando ao magistrado poder para decidir de acordo com o caso concreto, o que exigia que os contratantes atuassem sem dolo e segundo critérios de relações legais. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p.172)

A boa-fé irá surgir novamente no Código Napoleônico de 1804 no artigo 1.134 – “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui*

les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi” – pós iluminismo, sendo essa a gênese do que o direito moderno conhece como boa-fé objetiva, contudo, sem grande desenvolvimento posterior, pois não abria-se a possibilidade do juiz interpretar. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p.173)

O desaflorar da boa-fé objetiva surgiu no direito germânico. Na Alemanha da Idade Média, nasce a formulação da boa-fé inicialmente dentro de um sistema fechado, fazendo referência aos costumes, culminando na Codificação de 1900 e copiado por diversos outros sistemas posteriormente. Conforme o dispositivo § 242, do BGB, de 1900, “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p.173)

Pode-se perceber que a boa-fé objetiva foi encontrando espaço em diversas outras codificações, assumindo importância, principalmente no que diz respeito ao direito dos contratos.

1.2A boa-fé no Brasil

O Código Civil de 1916, conhecido como Código Clóvis Beviláqua, previa em seu escopo a boa-fé subjetiva, estado de ânimo da pessoa que acreditava ser titular de um direito. Críticas eram feitas, principalmente em razão dos diplomas normativos estrangeiros já trazerem a boa-fé objetiva como norma jurídica.

A boa-fé objetiva ingressou no Ordenamento jurídico como uma inovação por meio do Código de Defesa do Consumidor, em razão do art.48 do Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias (ADCT), que determinava a instituição do CDC 120 dias após a promulgação da Carta Magna.

É possível perceber com base na leitura do Código de Defesa do Consumidor que a boa-fé objetiva foi consagrada como princípio de direito, ou seja, como norma jurídica. O art.4º III apresenta um viés interpretativo para leitura do CDC, enquanto que o art.51, IV é verdadeira cláusula geral de direito, ao dispor sobre nulidades das cláusulas contratuais.

Com esse impacto, Braga (2017, p.211) acentua que:

O Direito Civil contemporâneo, mesmo quando ainda submetido à égide do velho Código – de cunho eminentemente liberal e indi-

vidualista –, passou a valorizar nas relações jurídicas, os fundamentos da ética, lealdade, confiança, respeito, etc.

Por fim, o Código Civil, de 2002 trouxe todo o regramento de boa-fé objetiva como norma jurídica, seus deveres anexos e figuras parcelares, bem como o novel CPC trouxe a boa-fé objetiva processual.

2.A BOA-FÉ PROCESSUAL COMO CLÁUSULA GERAL

As partes em um processo devem agir com base na boa-fé, compreendida processualmente como uma norma de conduta ou *standard* de comportamento, remetendo-se à boa-fé objetiva.

O CPC 2015 inaugura um modelo de cooperação, ressaltando sobremaneira a importância da boa-fé processual.

Contudo, incabível confundir a boa-fé processual com a boa-fé objetiva do direito privado. Apesar de muito próximas, trazem uma diferença salutar: a boa-fé no direito privado exige interesses convergentes das partes pelo cumprimento da obrigação, ou seja, enquanto credor, deseja a satisfação do crédito, devedor, almeja liberdade que cedeu ao vincular-se. Já na boa-fé processual, é possível perceber interesses divergentes, ou seja, quando já existe a crise do inadimplemento e a sentença judicial irá prestigiar apenas uma das partes. (FARIAS, 2018, p.220).

Em uma visão macro, o CPC trouxe o princípio da boa-fé objetiva no art.5º, ao tratar da boa-fé objetiva como dever de todos os sujeitos processuais, ainda no art.332, §2º, como princípio norteador da interpretação do pedido formulado e, por fim, no art.489, §3º, como princípio norteador das decisões judiciais. (TARTUCE, 2014).

O Enunciado nº 374 do FPPC estabelece que o art.5º prevê a boa-fé objetiva. Ocorre que, na verdade, a boa-fé objetiva, retratada pelo CPC 2015, configura-se, para alguns autores (DIDIER JR, 2015, p.104), como princípio da boa-fé processual, proibindo condutas e criando situações jurídicas ativas e passivas, vejamos: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

O referido princípio demonstra-se como uma cláusula geral processual, na medida em que não seria adequado trazer um rol exaustivo de condutas que infringiriam a boa-fé objetiva processual, por tratar-se de

hipótese ineficaz e pouco satisfatória dentro do processo. (DIDIER JR, 2015, p.105).

As cláusulas gerais trazem uma maior liberdade ao julgador, mas também operam como instrumento de realização da própria justiça e também da finalidade de se efetivar a busca pelo direito material, visto que traz o caso concreto a ser observado pelo julgador, dentro de uma situação jurídica específica e de uma realidade social.

As cláusulas gerais, que inicialmente eram instrumentos utilizados no âmbito do Direito Privado, como por exemplo, boa-fé, função social da propriedade e do contrato, tornaram-se institutos do direito processual, nos casos, por exemplo, da cláusula geral de promoção pelo Estado da autocomposição (art.3º, §2º), cláusula geral da boa-fé processual (art.5º), cláusula geral da cooperação (art.6º), cláusula geral de negociação sobre o processo (art.190), poder geral de cautela (art.301), cláusulas gerais executivas (art.297, caput, e 536, §1º), cláusula geral do abuso do direito pelo exequente (art.805), cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art.723, §único), dentre outras (DIDIER JR, 2015, p.53).

Dentro dessa situação, acertou o legislador ao trazer a boa-fé processual como uma cláusula geral, sem indicar incisos específicos de aplicação, visto que a infinidade de situações não poderia ser previamente descoberta pelo legislador, principalmente em razão da infinidade de situações que surgem dia a dia nos processos.

Entende-se, dessa forma, que comportamentos que sejam incompatíveis com a boa-fé processual, ensejam em si uma presunção de má-fé, que poderá, inclusive, ensejar uma condenação pela má-fé processual.

Nesse ponto, necessário ressaltar que as normas de litigância de má-fé, previstas atualmente nos arts. 79-81 do CPC, são concretizadoras do princípio da boa-fé processual, justamente por punir as hipóteses em que esse comportamento esperado é violado, gerando prejuízo a outra parte.

Fredier Didier Jr. (2015, p.110) ressalta que a doutrina alemã agrupou quatro casos em que a boa-fé objetiva é aplicada ao processo, sendo o primeiro deles justamente a hipótese de criar dolosamente posições processuais, ou seja, agir de má-fé. Esta é ensejadora, por exemplo, das punições

referentes à litigância de má-fé, supremencionada, bem como nos casos de requerimento doloso da citação por edital (art.258) e ainda a atuação dolosa do órgão jurisdicional (art.143, I).

Além disso, são também concretizadores da boa-fé processual a proibição do *venire contra factum proprium*, a proibição de abusos processuais e, por fim, a figura da *supsessio* processual (DIDIER JR., 2015, p.110).

Fredie Didier Jr. (2015, p.106) destaca ainda, como exemplo elucidador, que até mesmo no Direito Internacional dos Conflitos Armados existe a proteção da boa-fé objetiva, visto que o Estatuto de Roma (BRASIL, 2002), em seu art.8º, 2, “b”, VI e VII, proíbe determinadas condutas consideradas como intoleráveis, verdadeiramente *venire contra factum proprium*.

Dessa forma, é possível perceber que a boa-fé objetiva é princípio processual e também aplicável a todos os ramos jurídicos, inclusive internacionalmente, pois até mesmo nos conflitos internacionais armados existem regras éticas que devem ser preservadas.

2.1 Destinatários da Boa-fé Processual

A boa-fé objetiva, dentro de suas discussões no direito privado, sempre enfatizou os direitos e deveres das partes em uma relação negocial.

A boa-fé processual, ao ingressar no Código de Processo Civil (CPC) como cláusula geral, no art.5º, fazendo referência ao que “de qualquer forma participa do processo”, trouxe como novo destinatário desse importante instituto o próprio magistrado, ultrapassando a dicotomia de autor e réu.

Ao observar o princípio colaborativo que rege o CPC, o magistrado passa a ter o de compartilhamento de responsabilidades junto com as partes, na garantia da tutela de direito material, com o objetivo de se alcançar uma tutela justa e efetiva (FARIAS, 2018, p. 221).

Em que pese o ato decisório prestigie apenas uma das partes, a boa-fé processual direcionada ao magistrado trará deveres judiciais anexos perante as partes, como os de auxílio, diálogo, esclarecimento e prevenção (FARIAS, 2018, p. 221).

Nesse ponto, de suma importância é a contribuição doutrinária do FPPC indicando a interpretação a ser dada ao referido princípio, vejamos:

Enunciado n. 375 FPPC: O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva.

Enunciado 376 n. FPPC: A vedação ao comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional.

Enunciado 377 n. FPPC: A boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos.

Se um magistrado, por exemplo, determinar a suspensão do processo, não seria possível a prática de nenhum ato processual, ressaltados os urgentes ou aqueles com a finalidade de evitar danos irreparáveis. Dessa forma, o juiz, ao homologar a suspensão do processo, cria nas partes uma legítima expectativa de que o processo só voltará a tramitar após decorrida a totalidade do prazo estipulado. Impossível, portanto, admitir que durante o decurso do prazo de suspensão, deferido pelo magistrado, seja publicada sentença e ainda que se inicie prazo para recurso contra a referida decisão. Agindo dessa forma, o juiz claramente incide na vedação do *venire contra factum proprium*, pela prática de ato contraditório, incompatível com o primeiro comportamento, qual seja, a suspensão do processo. Trata-se, esse exemplo, do Resp nº 1.306.463-RS, julgado em 4/9/2012 pelo STJ, 2ª Turma, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, divulgado via informativo 503. (CAVALCANTE, 2018, p. 514)

A jurisprudência do STJ também já delineou que a boa-fé objetiva processual, consubstanciada pela vedação ao comportamento contraditório, além dos magistrados, também se aplica aos atos praticados pelos serventuários. Dessa forma, eventual nulidade declarada pelo juiz de ato praticado por serventuário não irá retroagir para atingir os atos que as partes praticaram de boa-fé, visto que se espera do magistrado e dos serventuários que atuem com lealdade. (CAVALCANTI, 2018, p. 514).

Portanto, é possível perceber que, atualmente, a boa-fé processual avança no sentido de superar o binômio autor e réu, sendo cada vez mais fartos trabalhos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de trazer à discussão o magistrado e também serventuários, antes atuando em verdadeira clausura, para que possam reger suas condutas e atos pautados em critérios objetivos definidos pela boa-fé processual.

2.2 A diferenciação entre a boa-fé do magistrado e das partes no Código de Processo Civil

No que tange à boa-fé dos sujeitos processuais, faz-se mister destacar a diferença estrutural da boa-fé na atuação destes.

Dentro do Código de Processo Civil é vedada qualquer atitude que vá de encontro à boa-fé processual.

Neste ponto, o art.5º do CPC irradia sua normatividade a todos os sujeitos processuais.

A exemplo disso, o Código de Ética e Disciplina da OAB estabelece em seu art.2º, § único, II que é dever do advogado “atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé”.

Observa-se também o art.6º do EAOAB: “É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé”.

Já no caso dos magistrados, o art.20 do Código de Ética da Magistratura Nacional (CEMN) estabelece que o juiz deverá atuar para que os processos sejam pautados dentro da máxima celeridade e solucionados dentro de um prazo razoável, devendo atuar reprimindo quaisquer iniciativa que atente à boa-fé processual, vejamos:

Art. 20. Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.

Portanto, dentro da atividade jurisdicional, o magistrado deverá estar atento a qualquer ato dos demais sujeitos processuais que atentem contra a boa-fé, pois, de maneira correlata, tais atos tanto podem alterar a verdade dos fatos quanto atrasar sobremaneira o processo, por intuito meramente protelatório, a fim de obter algum tipo de vantagem com o proposital atraso.

Nesse sentido, pode-se concluir que o magistrado atuará conforme a boa-fé objetiva, quando estiver cumprindo os deveres trazidos pelo art.35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).

Neste diapasão, o magistrado deverá, diante do caso concreto, observar a conduta dos demais sujeitos processuais, bem como determinar qual o comportamento adequado dentro do contexto social o qual está inserida a questão jurídica.

Dessa forma, a parte que atua infringindo a boa-fé processual, criando obstáculos ao cumprimento da decisão, poderá ter como sanção processual a condenação por ato atentatório à dignidade da justiça. Em se tratando de uma violação praticada por magistrados ou advogados, será caso de aplicação de uma sanção disciplinar, com base no disposto no Código de Ética próprio.

Importante ressaltar que o novel Código de Processo Civil (CPC) não impõe penalidades aos patronos das causas, ora detentores da capacidade postulatória, mas sim às partes que deverão estar atentas aos seus advogados, por serem a sua voz durante o *iter processual*.

3. TEORIAS DE APLICAÇÃO DA BOA-FÉ NO PROCESSO

É de suma importância para a compreensão das teorias de aplicação da boa-fé processual identificar também a gênese dos institutos dentro do direito privado patrimonial.

A boa-fé objetiva, ao adentrar em todos os ramos do direito, fez com que o Instituto desenvolvesse suas próprias características dentro do direito processual civil.

Passa-se à análise das chamadas figuras parcelares da boa-fé objetiva, que são lidas de forma diferenciada dentro do CPC.

Nesse ponto, inicialmente urge observar o Enunciado nº 412, da V Jornada de Direito Civil: “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”.

Dessa forma, conforme preceitua a doutrina e a jurisprudência, nos diversos casos em que as figuras parcelares estiveram sob análise, é possível perceber que estas são a verdadeira face da boa-fé objetivas, entendidas também como teorias de aplicação da boa-fé processual.

3.1 *Venire contra factum proprium*

A boa-fé objetiva tem como sua face contrária a má-fé objetiva, conhecida no ordenamento jurídico como *venire contra factum proprium*¹⁰², (teoria dos atos próprios), ou seja, vedação ao comportamento contraditório.

É a proibição da conduta trazida por uma das partes, diversa e inesperada, que se difere de conduta anterior, violando a credibilidade e segurança que se esperava dessa relação.

Portanto, o *venire contra factum proprium*, nada mais é do que a manutenção da coerência da parte, impedindo que ocorra a frustração de uma legítima expectativa anterior.

Dentro do direito processual civil existem diversos casos relacionados à aplicação da teoria do *venire contra factum proprium*. Fredie Didier Jr. pontua alguns exemplos: recorrer de uma decisão que se aceitara (art.1.000 CPC), pedir a invalidação de ato a cujo defeito deu causa (art.276 CPC) e a impugnação da legitimidade ativa, já aceita e processo anterior (DIDIER JR., 2015, p. 111).

Entretanto, ao identificar o comportamento contraditório, a parte deverá alegá-lo processualmente como matéria de defesa para impedir que a pretensão baseada na má-fé da outra parte tenha êxito.

A jurisprudência traz ainda o caso em que ocorreu *venire contra factum proprium*, intimamente ligado ao instituto da preclusão lógica.

Segundo doutrina (BUENO, 2019, p. 492), a preclusão lógica se dá pela “prática de algum ato incompatível com o que deveria ter sido praticado”.

Sendo assim, exemplifica Fredie Didier Jr. (2015, p. 414):

Aplicada esta regra, o autor não poderia suscitar a incompetência relativa do juízo, tendo em vista que foi ele mesmo quem escolheu o fato onde a demanda foi proposta. É também em razão disso que o executado não pode pedir a nulidade da penhora feita em bem por ele espontaneamente oferecido, mesmo que se trate de bem impenhorável.

102 Tradução livre: “agir contra fato próprio”

Exemplo real ocorreu em razão de magistrado que possibilitou a parte que fizesse o recolhimento do preparo, gerando a esta uma legítima expectativa de que a ação seria processada regularmente. No entanto, extinguiu o processo sem resolução de mérito, após o recolhimento das custas devidas, violando a boa-fé objetiva processual, por se tratar de comportamento contraditório. É o presente caso (BRASIL, 2011):

RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE - INEXISTÊNCIA - ART. 244, DO CÓDIGO DE PROCESSOCIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ - PREPARO - AUSÊNCIA - INTIMAÇÃO PESSOAL - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR - PORÉM, DETERMINADA A INTIMAÇÃO PARA RECOLHIMENTO DO PREPARO E DEVIDAMENTE CUMPRIDO - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM) - DECISÃO QUE EXTINGUE A DEMANDA, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - OBSERVÂNCIA - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. I - A oposição de embargos de declaração gera a interrupção do prazo para interposição de outros recursos. Inteligência do art. 538, do Código de Processo Civil, não havendo que se falar, portanto, de intempestividade do recurso especial; II - Não houve discussão acerca do artigo 244, do Código de Processo Civil, não obstante a oposição de embargos declaratórios, o que atrai a incidência do enunciado 211 da Súmula desta Corte Superior; III - A jurisprudência desta Corte Superior proclama que, na hipótese de oposição de embargos do devedor, sem a comprovação do recolhimento de preparo, o Juiz deve determinar o cancelamento da distribuição do processo e o arquivamento dos respectivos autos, independentemente de intimação pessoal. IV - Todavia, na espécie, a conduta do Juízo a quo revela-se contraditória e viola o princípio insculpido na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, na medida em que anteriormente determinou - quando não precisava fazê-lo - a intimação para recolhimento do preparo

e, ato contínuo, mesmo após o cumprimento de sua ordem, entendeu por bem julgar extinta a demanda, sem julgamento de mérito. V - Tal atitude viola o princípio da boa-fé objetiva porque criou, na parte autora, a legítima expectativa de que, após o recolhimento do preparo, dentro do prazo estabelecido pelo Magistrado, suas razões iniciais seriam examinadas, observando-se o devido processo legal. VI - Determinada a intimação para recolhimento do preparo e figurando este devidamente cumprido, em tempo e modo oportunos, não é o caso de extinção dos embargos à execução, com base no art. 267, IV, do CPC. VII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (STJ - REsp: 1116574 ES 2009/0006752-4, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 14/04/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011).

No caso, a decisão foi invalidada por se estar diante do instituto da preclusão lógica, que se aplica não apenas às partes, mas também ao magistrado.

A preclusão lógica ocorreu diante da conduta anterior do magistrado em determinar o recolhimento do preparo e posteriormente extinguir o processo sem resolução do mérito.

3.2 Supressio e Surrectio

A *supressio* é a situação em que um direito subjetivo deixou de ser exercido em determinadas circunstâncias, por determinado lapso temporal, e, por conta disso, não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé. (CORDEIRO, 2001, p. 797)

Já a *surrectio* é o outro lado da moeda, ou seja, a outra face do fenômeno da *supressio*.

Dentro do direito processual, a *supressio* atua, tal como as demais figuras parcelares, como elemento de concretização-limitador da boa-fé processual. Dessa forma, Fredie Didier Jr. (2015, p.112) traz alguns exemplos relacionados ao processo:

- a) perda do poder do juiz de examinar a admissibilidade do processo, após anos de tramitação regular, sem que ninguém houvesse

suscitado a questão; b) perda do direito da parte de alegar nulidade, em razão do lapso de tempo transcorrido, que fez surgir a confiança de que não mais alegaria a nulidade.

Dentro do tema, o STJ (CAVALCANTE, 2018, p. 514) já se manifestou sobre a chamada “nulidade de algibeira”, que ocorre quando a parte se vale de um estratagema para não alegar a nulidade de *front*, mas sim em momento posterior, caso as teses anteriores não tenham êxito. A parte acaba por ficar com um “trunfo” ou “carta na manga”, expressão cunhada pelo saudoso Ministro Humberto Gomes ao tratar do caso, pois o significado de algibeira é justamente “bolso”.

Dessa forma, a parte guardaria a nulidade no bolso (na algibeira) para utilizar quando conveniente fosse durante o *iter processual*, no caso de as teses anteriores fracassarem.

Vejamos ementa do STJ (BRASIL, 2014) colacionada abaixo:

RECURSOS ESPECIAIS. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. EQUIVOCADA CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. NULIDADE. SANEAMENTO DO PROCESSO. PRAZO PARA CONTRAMINUTA AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE SANÁVEL. PRECLUSÃO OCORRÊNCIA. 1. Nulidade da certidão de trânsito em julgado equivocadamente lavrada. 2. “A intimação para a apresentação de contrarrazões é condição de validade da decisão que causa prejuízo ao recorrente” (REsp 1.148.296/SP, CORTE ESPECIAL, rito do art. 543-C). 3. Essa nulidade, porém, decorrente da falta de intimação para contrarrazões, fica sanada com a intimação realizada em momento posterior. Analogia como disposto no art. 214, § 1º, do CPC, relativo à citação. Doutrina sobre o tema. 4. Inadmissibilidade da chamada “nulidade de algibeira”. Precedente específico. 5. Inexistência de previsão legal para contrarrazões em agravo regimental. Precedentes. 6. Descabimento da anulação do acórdão do agravo regimental sob o pretexto de sanar nulidade já sanada ou de cumprir formalidade não prevista em lei. 7. Necessidade de se manter o atual estado da execução, com base no poder geral de cautela, até a resolução definitiva da controvérsia de fundo. 8. RECURSO ES-

PECIAL RETIDO PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO PRINCIPAL. (REsp 1372802/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 17/03/2014.

No caso supramencionado, à época, houve de fato uma nulidade, visto que o desembargador Relator decidiu monocraticamente à favor do agravante, sem ouvir o agravado. No entanto, era caso de nulidade sanável, exigindo, portanto, a postura de alegação da nulidade por parte do agravado, no primeiro momento após sua ocorrência, o que não foi feito.

Dessa forma, a inércia do agravado em exercer seu direito gerou na outra parte a legítima expectativa de que esse não mais seria exercido dentro do processo. Portanto, a alegação do agravado de nulidade em momento muito posterior (embargos de declaração contra acórdão que julgava agravo regimental) acaba por violar a boa-fé processual, em razão de esbarrar em uma de suas figuras parcelares.

3.4 *Duty to Mitigate the Loss*

O Instituto do *duty to mitigate the loss*, tem inspiração no direito anglo-saxônico (FARIAS, 2018, p. 148) e é conhecido como o dever de mitigar as próprias perdas. Consiste na situação em que determinada parte agrava os danos que a ela foram causados, visando o enriquecimento sem causa pelo ressarcimento do valor ou quando nada fez para evitar a sua majoração.

Mister destacar que o *duty to mitigate the own loss* é cabível dentro da esfera processual civil, no caso em que o credor obtém uma tutela específica de adimplemento e se utiliza da técnica da multa coercitiva para inibir o devedor ao cumprimento. O valor estipulado nas *astreintes* poderá tornar-se mais significativo ao credor do que a própria tutela para o qual o processo foi manejado. Tal situação ofende sobremaneira o dever de proteção do demandado e de informação ao magistrado. A solução encontrada pelo judiciário será a aplicação do art.537, §1º CPC, na intenção de reduzir o valor das *astreintes*, censurando o abuso do direito e o enriquecimento de sua causa (FARIAS, 2018, p. 214), configurado na figura parcelar do *duty do mitigate the loss*.

Portanto, é possível perceber que a conjugação dos postulados que concretizam cláusula geral da boa-fé visam alcançar o resultado mais justo do processo, concretizando o princípio do contraditório e ampla defesa e mantendo um comportamento justo e leal de acordo com critérios objetivos, protegendo partes, magistrados e todos os demais atores do processo.

CONCLUSÃO

Conforme o exposto no presente trabalho, é cristalina a importância do princípio da boa-fé no âmbito privado e igualmente no âmbito processual, sendo certo que a jurisprudência e a doutrina têm aprofundando cada vez mais os estudos sobre o tema, diante dos inúmeros casos concretos que surgem diariamente, demonstrando que a sociedade vem exigindo uma conduta pautada pela boa-fé, inclusive do próprio judiciário.

Destaca-se a inovação da boa-fé processual dirigida expressamente aos magistrados, visto que em um momento de tamanha crise moral e ética no país, cada vez mais busca-se uma conduta pautada na ética.

Nesse sentido, o presente trabalho buscou aprofundar o estudo da boa-fé objetiva contratual e processual, suas especificidades e todos os sujeitos que se submetem ao princípio, trazendo o estudo doutrinário pertinente bem como diversos casos concretos que norteiam o tema.

Portanto, a visão que se passa é que o judiciário deverá estar atento à conduta das partes, dele próprio e dos demais sujeitos processuais, visando solucionar os conflitos apresentados, seguindo condutas objetivas, tornando o processo um verdadeiro instrumento de realização de justiça.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1372802/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d54e99a-6c03704e95e6965532dec148b>>. Acesso em: 15 de mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1116574 ES 2009/0006752-4, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19100647/recurso-especial-resp-1116574-es-2009-0006752-4-stj/relatorio=-e-voto19100649-?ref-juris-tabs>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito*. Bahia: JusPodivm, 4^a ed., 3^a tir.: maio./2018.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1, 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRAGA, Paula Sarno; LAGO JÚNIOR, Antônio. *Ética e boa-fé no direito: estudos em homenagem ao Prof. Adroaldo Leão e sua obra “o litigante de má-fé”*. Salvador: Juspodivm, 2017.

O ATIVISMO JURÍDICO E OS PARÂMETROS INTERPRETATIVOS ACERCA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

Reinaldo Gonçalves dos Anjos

INTRODUÇÃO

Dentre todos os ramos do saber, o momento que analisamos um texto, fazemos o papel do interprete, esta função é atribuída ao exegeta, a qual tem intenção de chegar ao verdadeiro significado e sentido escrito no texto. Essa função pode ser feita por qualquer pessoa, analisando e levando em consideração a história, ideologias, economia, política, do período escrito em determinado texto, no qual chegará ao sentido mais próximo da realidade.

Dentre todas as concepções do que seria interpretação, faz-se necessário a compreensão e o estudo da exegese constitucional, de modo que, ao analisarmos os limites possamos entender o que de fato é uma interpretação saudável. Portanto, para isso devemos nos atentar como a interpretação surgiu e como chegamos aos métodos que até aqui temos.

Arrogado esse papel de decodificar o verdadeiro enlace jurídico nessa ciência da interpretação, pela ótica constitucional, conseqüentemente, chegaremos a abrangência de uma norma infraconstitucional.

Destaca-se que essa ciência da interpretação, será levado em consideração o contexto histórico, ideológicos, realidades sociais, econômicas

e políticas, definindo o legítimo papel constitucional de validar as demais normas.

CANOTILHO (*apud* Köhler, 2018. Pág. 99) anota em sua obra variável simbólicas constitucional, leciona: “Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada”.

Sendo assim, a postura do interprete tem que encontrar guarida na boa-fé, lealdade, ética e demais princípios constitucionais.

Mesmo que houvesse os limites técnico de aplicação do texto, a insurgência de lealdade com a subsunção do caso concreto, não encontraria a justiça na interpretação. Fazendo com que, a atividade legiferante, que pressupõe objetivo interesse na coletividade, a aplicação da norma concreta também ocorreria pressupondo a existência da boa-fé, lealdade e ética na aplicação do texto constitucional.

1. HERMENEUTICA E INTERPRETAÇÃO

A abordagem da diferente compreensão das duas palavras, hermenêutica e interpretação, encontra controvérsia na doutrina, o qual encontramos grandes nomes defendendo ambos os lados, num reconhecendo que as duas palavras são sinônimas, num outro concebendo a defesa de sua diferença.

É o que acontece com a compreensão de MIGUEL REALE (1992), isso decorre do entendimento, para o autor, que as duas palavras são/seriam sinônimas, portanto, a diferenciação seria mera divergência do vocabulário, acarretando discussão no plano abstrato de compreensão da norma, deixando o caso concreto indiferente.

Em outra linha, PAIVA (2012. Pág.55) atende a um conceito específico de hermenêutica quando menciona [...] “é a ciência que visa a compreender a aplicabilidade das leis, norteando o exercício dos operadores do direito, principalmente, dos magistrados, que têm a função de aplicar a norma jurídica ao caso concreto”.

Conclui-se que, embora não haja consenso de sua diferença semântica, em linhas gerais, a carga valorativa aplicada no mundo jurídico, acarret-

taria mera diferenciação na ficção jurídica, em um plano abstrato de como ver a norma e aplica-la.

2. REGRAS E PRINCÍPIOS

Teóricos do direito se curvam diante de considerável e complexa distinção entre regras e princípios. Para ROBERT ALEXY (*Apud* Borges 2010. Pág. 256), o princípio é norma ordenadora “de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.

Em contrapartida, pode-se interpretar que As regras segundo DWORKIN (*apud* Simoni 2012. Pág. 206), “são as normas jurídicas do direito positivo, isto é, as normas jurídicas escritas, que impõem direitos e obrigações”.

De tal forma, infere-se, que regra estaria na dimensão de validade, especificidade e vigência, já para princípios na dimensão da importância, peso e valor. Resulta de maneira a dirimir conflitos em caso de regra ou princípios. Em casos de conflito de regras, a ponderação levar-se-á em conta a validade, considerando a declaração, como a cláusula de exceção.

De outro modo, nos casos de coalisão de princípios, não haverá declaração de invalidade de qualquer princípio, diante dessa coalisão prevalecerá um princípio sobre o outro.

3. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Após essa breve análise das distinções das nomenclaturas anteriores, chegamos ao ponto onde encontramos o fenômeno chamado mutação constitucional, teoria alemã, que, segundo a doutrina majoritária, trata-se da possibilidade de alteração constitucional sem a modificação do texto.

Ou seja, mesmo que esteja escrito um determinado artigo no texto constitucional, ele poderia passar por este fenômeno e ser aplicado/interpretado totalmente contrário ao texto sem mudar qualquer palavra.

Essa teoria nasceu, em um período pós-positivista, com o papel de realizar a atualização do texto constitucional em razão das inúmeras mudanças sociais que demandam após a promulgação do texto constitucional.

O que caberia, ao Poder judiciário essa tarefa, sob a égide da teoria

positivista, justificando a solução do descompasso entre a realidade pretérita da norma e o hiato no processo de aplicação no caso concreto dos direitos.

Nesse próprio contexto de controvérsia hermenêutica no caso concreto, entre aplicação de princípio ou regra, surge o interesse da coletividade, onde o aplicador da norma, com objetivo de melhor atender, usa-se desse instituto para dirimir demais controvérsias.

Por outro lado, alguns doutrinadores vão enxergar de maneira negativa tais inovações jurídicas, mesmo que reconheça o objetivo da coletividade. Ensejando para Suprema Corte uma insegurança jurídica, pois a folha de papel escrita com legitimidade não resguardaria aplicabilidade com aquilo que pré-estabelecido.

Para o autor BARRETO (2013. P. 121), Mutação constitucional “[...] representa a mudana da forma de aplicao das normas constitucionais sem alterao do seu texto, isto é a partir de novas interpretao conferidas   constituio como ocorre através da jurisprudência dos tribunais”

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, já encontramos decisões da Suprema Corte, onde a mutao constitucional foi aplicada e devidamente reconhecida.

Vejamos o acord o da ADPF 132:

A C   R D   O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Argu io de Descumprimento 5 Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP n  2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

[...]

por votao unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votao unânime. Os ministros desta Casa de Justia, ainda por votao unânime, acordam em julgar procedentes as aoes, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicao do acórdão. Tudo em sessão

presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 132. Relator: Ayres Britto, data da publicação 05 de maio de 2011. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633 >. Acesso em: 29/07/2019).

Essa foi a decisão do reconhecimento da União de Casal homoafetiva. O qual, Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a constituição no seu Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união **estável entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (grifo nosso).

Vale destacar um trecho do voto do Senhor Ministro Celso de Mello, a qual reconheceu esse amplo papel jurisdicional – para não mencionar legislativo- do Supremo Tribunal Federal:

Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo **monopólio da última palavra** de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das **funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário** pela vigente Constituição, que converteu **os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política**, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 132**. Relator: Ayres Britto, data da publicação 05 de maio de 2011. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633 >. Acesso em: 29/07/2019).

A primeira vista, argumenta-se os avanços sociais devem ser legitimados através da Suprema Corte. De outro modo, tem-se um poder exorbi-

tante arbitrário com justificativa, o que aqui não entraremos no juízo de valor para elas, mas sim a forma como isso tem se utilizado.

Outra decisão que tivemos pela Suprema Corte, aplicando a mutação constitucional, foi da individualização da pena pelo HC 82959. No qual, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), o plenário reconhece a inconstitucionalidade art. 2, § 1 da Lei 8.072/90, que diz: “§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.”

Parte do voto do Senhor Ministro Eros grau deixa claro o reconhecimento da mutação constitucional. Vejamos:

“(…) Tenho reiteradamente insistido em que a **interpretação do direito é compreensão não apenas do texto, mas também – repito-me—da realidade**. Alterada a realidade social, a norma que se extrai de um mesmo texto será diversa daquele que seria extraída anteriormente à mudança da realidade.” (BRASIL. Supremo tribunal federal. Habeas Corpus n ° 82.959/SP RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO. p. 684. Data de julgamento 26/02/2006. Publicação 01/09/2006. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206> > acesso em: 02/08/2019)

No caso prático, deixou-se de aplicar a pena em regime fechado, por razões sociais pretéritas a elaboração da norma, sem que houvesse a alteração do texto pelo processo formal que é estabelecido pelo artigo 60 da Constituição Federal.

Deixa-se transparente que não defende-se ausência de que o direito não possa servir como garantia para avanços sociais, mas sim o espaço que se abre, dentro do sistema de freios e contra pesos (check and balances), para que uma norma nasça sem legitimidade.

Como foi demonstrado nas duas decisões anteriores, a Suprema Corte, reconheceu o fenômeno da mutação constitucional. Embora alguns doutrinadores não entendam que seja mutação, o que precisamos olhar, não é dar juízo de valor quanto ao reconhecimento desses avanços que diriam sociais, mas sim o procedimento que se tem estabelecido.

Explicamos, a Constituição é clara em estabelecer limites quanto a sua reforma, a mesma traz um procedimento para isso, quando se trata da

matéria, o poder constituinte derivado reformador é claro em estabelecer esses limites. Ocorre que com o advento da mutação, isso é desdobrado de maneira diversa daquela pretendida. Ficando claro que estabelecer limites no crivo do processo de mudança no texto não encontra espaço quando se tratar da mudança da realidade.

4. PRISMA DE UMA NOVA ÓTICA CONSTITUIÇÃO.

Tendo em vista o reconhecimento que se tem dado a essa recente forma de interpretar a norma constitucional, os Ministros já sinalizam linhas ideológicas, dando amparo para novas interpretações e modificações de textos infraconstitucionais, como o Decreto 2.848/1940, Código Penal no que se refere à discussão acerca da legalização do aborto¹⁰³.

Não se trata de juízo de valor quanto a linhas ideológicas divergentes, o que desrespeitaria, contrariaria a pluralidade de ideias no ambiente jurídico, sobre tudo a princípios

hermenêuticos institucionalizados. Sucede-se que, em linhas hermenêuticas, dar espaço para esse reconhecimento abre-se um poder diante do qual, o papel do judiciário mais conservador implicaria decisões contrário em um mesmo período histórico.

Denota-se a importância de rechaçar a ideia que juristas com divergências ideológicas poderão ocupar esse espaço. Assim, Deixa-se claro e evidente que essa ordem subjetiva de cada juiz, possa causar essa insegurança jurídica para o estado democrático de direito.

5. MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A INSEGURANÇA JURÍDICA: ATIVISMO JUDICIAL

A fim de enxergarmos a insegurança jurídica que ocorre na aplicação do reconhecimento da mutação constitucional, precisamos entender os limites que a doutrina traz a luz da mutação.

103Em linha com a fala da ministra do Supremo Tribunal Federal (STF) Carmen Lúcia, o ministro do STF Luís Roberto Barroso deu um tom progressista a temas polêmicos, como a descriminalização do aborto, durante I Congresso Internacional de Direito e Gênero, promovido pelo FGV, no Rio. Ele defendeu que a questão do aborto deve ser tratada no âmbito judiciário e não no legislativo. Fonte: Revista istoé.

Muitos vão afirmar que os limites da mutação constitucional são de duas ordens, a primeira seria jurídica, pelas cláusulas pétreas, pois tais cláusulas são inalteráveis até mesmo pela via formal de modificação do texto.

A segunda, seria de ordem subjetiva, uma vez que caberia ao interprete, na aplicação do direito, não extrapolar os limites do bom senso, da ética.

Na análise de ordem subjetiva, encontramos uma problemática bem maior que a de ordem jurídica. Considerando que independente do ser humano, a carga valorativa que ele levará para o caso concreto poderá ser prejudicial para coletividade, em casos que afetaria a neutralidade do juízo.

Por razões de cunho subjetivo, as próprias crenças e ideologias podem resultar em arbitrariedade no caso, bem como, na formação de uma nova lei – caso aplicado efeito erga omnes – sem o procedimento formal.

HELENA BOSCH (2015. Pág.08) afirma:

“É verdade que muitos defendem o ativismo judicial com o argumento de que os novos tempos (com novos direitos) reclamam um papel criativo por parte do juiz, no momento em que é chamado a interpretar uma lei, exigindo dele, agora, 8 um esforço maior, até porque a concretização dos valores constitucionais não é tarefa exclusiva do Poder Legislativo, o qual muitas vezes é dominado pela omissão.

Em entendimento que caminha na mesma senda, CLARA DA MOTA SANTOS (2013. Pág.53) entende acerca da interferência na atuação dos demais poderes “O ativismo judicial, por outro lado, equivale 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”

Ou seja, a equivalência dos poderes no que tange a harmonização da separação de funções, quando se fala em ativismo seria por muitos entendido como uma “interferência de poderes”, a qual na maioria das vezes é exercida pelo poder judiciário.

Segundo a posição de BARROSO (2012. Pág.11) o ativismo:

[...] “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

Aduz MACHADO (2013. Pág.44) entende acerca dos riscos no momento que menciona “O perigo de conferir tamanho poder aos órgãos jurisdicionais é a análise e pertinência do caso em aresto, podendo resultar numa redução, ampliação ou revogação da norma ora questionada”

O tema discutido, nunca foi pacífico pelos operadores do Direito. Visto que, traduz uma grande divergência de posições, sendo que na maioria dos casos restam omissões a serem supridas. De outra ótica, existe o poder de interpretação subjetiva que pode exasperar os limites jurídicos trazidos pelo ordenamento.

Para muitos, existe por consequência do ativismo judicial a chamada “Politização da Justiça” que seria o caso do poder judiciário como o próprio nome já diz adotar critérios políticos em suas decisões ante à margem subjetiva do seu poder discricionário de interpretação, tal entendimento poderia ser trabalhado como consequência do ativismo judicial.

Nesse sentido, MOREIRA (2018. Pág.220) em suas palavras menciona:

“Outra decorrência da expansão e ativismo judicial é a chamada politização da justiça, ou politização da magistratura, que é a desvirtuação da atividade dos magistrados, que passam a adotar fundamentos políticos, subjetivos, valorativos e majoritários para a tomada de decisões”.

Em análise, entende-se que o ativismo em alguns casos é necessário frente às omissões do poder legislativo, quando o parâmetro de interpretação de um texto são os valores sociais atuais, que com o passar dos tempos exigem uma nova interpretação com base na sociedade bem como na evolução dos valores em princípios.

Nessa abordagem, estaríamos diante de uma complexidade e problemática de um instituto que vem sendo amplamente aceito pelos tribunais superiores, porém com pouco limite, ainda mais quando se trata da ordem subjetiva.

Para isso, muitos apontam que o juiz deve fechar a qualquer influência ideológica e subjetiva. Se mostrar indiferente e insensível quanto a determinado caso concreto é querer o inimaginável e utópico.

CONCLUSÃO

A luz da segurança jurídica, não se deve evitar a realidade e, consequentemente, retroceder diante das nuances sociais modificativas que a república possa suceder. Não nos devemos ater diante à problemática, mas sim, diante desse limite de ordem subjetiva que o aplicador, exercerá no determinado caso concreto.

Os princípios interpretativos pré-estabelecidos, são de uso obrigatórios, caso contrário ferirá a legalidade que a constituição estabelece. No entanto, como visto, a análise principiológica ainda deixa a carga valorativa subjetiva do aplicador sem que houvesse um limite positivado para sua aplicação.

Assim, mesmo que a intenção do juízo seja a mais encantadora, isso dá força para arbitrariedades, acarretando que em determinado momento essa intenção não seja mais encantadora.

O que tem ocorrido, nessa seara é, se a mutação constitucional funciona como um método interpretativo informal e, essa informalidade, tem cada vez mais aberto espaço para a ordem subjetiva do julgador, consequentemente abarcará um ambiente propício para controvérsia jurídica deixando um poder exorbitante em favor do poder judiciário.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 132**. Relator: Ayres Britto, data da publicação 05 de maio de 2011. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628633 >. Acesso em: 29/07/2019.

BRASIL. Revista istoé. Data de publicação 12/11/18. **Barroso: Direito ao aborto é fundamental e independe do legislador e da maioria.**

Disponível em: < https://istoe.com.br/barroso-direito-ao-aborto-e-fundamental-e-independe-do-legislador-e-da-maioria/?fbclid=IwAR1nnIIxRw5w_9m7hM827XS6C0SffiuLGRWBpGAp-hChI2ieVELustAXrE8 >. Acesso em 09/08/2019.

BOSCH, M. H. **Mutação Constitucional e Ativismo Judicial.** Disponível em: < https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/grupo_tutela_coletiva_artigo_marcia_ativismo.pdf. Acesso em: 29/07/2019.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. **O conceito de princípio: uma questão de critério.** Disponível em: <

revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/244/238 >. Acesso em: 01/08/2019.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional Positivo.** 1ª edição, editora CL EDJUR. Leme/SP. 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794> >. Acesso em: 01/08/2019.

COSTA, Túlio Régis dos Santos. **O supremo tribunal federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva: ativismo judicial ou mutação constitucional?** Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/846> >. Acesso em: 29/07/2019.

CURSO DE CONSTITUCIONAL: **normatividade jurídica**, 2012, Rio de Janeiro. Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

MACHADO, caetê beck guerra. **interpretação constitucional e ativismo judicial: a sociedade aberta dos intérpretes como fundamento de legitimação nas decisões do supremo tribunal federal.** Disponível em: < <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5140/1/RA20534162.pdf> > acesso em 29/07/2019.

MOREIRA, Mellissa de Carvalho. **REFLEXÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL: Os riscos da atuação extralegal do Poder Judiciário.** Disponível em: < <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/18100> > acesso em 29/07/2019.

REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: Introdução à epistemologia jurídica.* 2° edição. Editora Saraiva. São Paulo. 1992

REVISTA ISTOÉ. **Barroso: Direito ao aborto é fundamental e independe do legislador e da maioria.** Data de publicação 12/11/18. Disponível em:< https://istoe.com.br/barroso-direito-ao-aborto-e-fundamental=-e-independe-do-legislador-e-da-maioria/?fbclid=IwAR1nnIIxRw5w_9m7hM827XS6C0SffiuLGRWBpGAp-hChI2ieVELustAXrE8 >. Acesso em 09/08/2019.

SANTOS, Clara da Mota. **ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua “objetivação”.** Disponível em:< http://btdt.ibict.br/vufind/Record/UNB_af1b3a202ff849c3e-05fb267c443ee3e >. Acesso em:10/08/2019.

SIMONI, Rafael. **Regras, princípios e políticas públicas em ronald dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas.** Disponível em:< <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756> >. Acesso em: 09/80/2019.

KÖHLER, Marco Vicente Dotto. **Limites Interpretativos e Mutação (In)Constitucional: Legitimidade Democrática do Poder Judiciário, Segurança Jurídica e Interpretação Contra Legem.** Disponível em: < revista.pgskroton.com.br/index.php/juridicas/article/download/6120/4559 >. Acesso em: 29/07/2019.

ARTIGOS ACESSO À JUSTIÇA

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, ACESSO À JUSTIÇA E MOROSIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: É POSSÍVEL APURAR RESPONSABILIDADE?

Bruna Prado Rocha Menezes

Karoline França Bastos Cunha

1 INTRODUÇÃO

No bojo do processo de redemocratização, o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 diz: “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático”. Diante disso, o que é Estado? Segundo Maquiavel (2016, p. 3): “Todos os estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados”, abordando, assim, a ideia de Estado, no seu livro “O Príncipe”, com a mesma ideologia do emprego da palavra no século XXI.

Todavia, como supracitado, existem várias acepções a se tratar, como, por exemplo, a filosófica, na qual, conforme Hegel (2003), o Estado é definido como a realidade da ideia moral, substância ética consciente de si mesma que abrange vários setores sociais. Ademais, há a acepção jurídica, na qual Kant (2007) concebe o Estado como um coletivo de homens sobrevivendo sob as leis do direito.

Nesse sentido, constrói-se a ideia de que, em parâmetros de importância, a sociedade está em primeiro lugar e, posteriormente, o Estado.

Sobre isso, ainda se referindo ao teor jurídico, Georges Burdeau (1982) intitula o Poder como relação principal, não sendo um único homem o seu detentor. Assim, para o autor, o Estado estará quando o poder estiver fundido com instituições, mediante uma operação jurídica, denominada de institucionalização do poder.

A letargia jurisdicional fere princípios garantidos pela mais recente Constituição, apesar de isso ter sido retificado, estruturalmente, pelo Poder Judiciário. A Ementa Constitucional nº 45, do ano de 2004, profere, através do inciso LXXVIII do artigo 5º, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

A morosidade na prestação jurisdicional fere, também, o princípio do devido processo legal previsto, mais uma vez, na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIV “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, além de justa, a decisão judicial deverá ser eficaz e efetiva, uma vez que, em tempo delongado, pode-se perder sua satisfatividade. No caso do processo legal – o qual tem como princípio garantir a dignidade humana – quando é prolongado, a eficácia de justiça é prejudicada e, conseqüentemente, as partes, como, também, o Direito.

Constata-se, além disso, a importância do que se discute, pois os princípios violados, devido à morosidade, também, são princípios fundamentais do processo, encontrados no Novo Código Processual Civil, que foi sancionado em 16 de março de 2015, entrando em vigor em 16 de março de 2016. Nos artigos iniciais, do 1º ao 12, percebe-se que os atos são simplificados em prol de garantir um processo em tempo razoável, com efetiva prestação jurisdicional.

Para a elaboração deste artigo, foi realizada uma vasta revisão bibliográfica, a partir de fontes primárias e secundárias.

Para a devida análise, tornou-se válido esforçar-se a demonstrar, por meios teóricos, os conceitos sobre princípios: 1) acesso à justiça, 2) morosidade jurisdicional, e, por fim, 3) responsabilidade, de modo a explicar as opiniões e as interpretações doutrinárias referentes ao direito constitucional e ao direito processual civil.

A busca pelos periódicos publicados se deu no mês Fevereiro de 2019. Para a construção deste estudo, a revisão integrativa de literatura passou

por cinco fases: seleção de palavras-chave; critérios para escolha de artigos; julgamento dos dados encontrados e interpretação dos resultados.

Assim, a gênese do presente trabalho se dá em analisar o problema da morosidade, na prestação jurisdicional, como sendo um dos vetores de violação dos princípios de justiça.

2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

No intuito preliminar, deve-se ter uma concepção formada sobre princípios. Em linhas conceituais, os princípios são considerados ideias basilares, condutas a serem seguidas, com o objetivo de realizar o que é previsto nas normas, com as possibilidades jurídicas existentes de se concretizarem. Nesse sentido, Dworkin (2007) cuida da jurisdição, ao defender que as partes possuem o direito de prestação jurisdicional em consonância com o ordenamento jurídico preestabelecido, formado por regras e princípios. Assim, nas palavras do filósofo:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2007, p.39)

Em complemento, Bastos (2001) assinala que:

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isso só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios essa meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair,

pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. (BASTOS, 2001, p. 161).

Logo, os princípios ganharam espaço, uma vez que eles provêm da intenção de adequação e cumprimento das normas, assegurando um processo seguro de exercícios dos direitos com a sua devida interpretação.

A Constituição da República de 1988 propõe no seu preâmbulo:

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. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Assim, foi introduzida a maior referência normativa brasileira, que assegura o cumprimento de direitos fundamentais, na pretensão de instituir um Estado Democrático, a fim de se estabelecer um bem comum a todos, como um compromisso firmado entre sociedade e Estado, de maneira a proporcionar igualdade expressa em isonomia. Todas essas premissas estão dispostas no artigo 5º da Constituição da República, o qual define: “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 e à propriedade”.

Diante disso, Barroso (2009) interpreta que:

a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. (BARROSO, 2009, p. 330)

A partir dessas premissas há uma série de princípios que foram escolhidos nos diversos âmbitos judiciais, levando em conta a teoria dualista que reconhece o direito material e o processual separadamente, apesar de o direito material só se perfazer, através do direito processual, o qual é composto pelos seguintes princípios:

- princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional: art. 5.º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”;
- princípio do juiz natural: art. 5.º, LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; e art. 5.º XXXVII – “não haverá juízo ou tribunal de exceção”;
- princípio do devido processo legal: art. 5.º, LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;
- princípios do contraditório e da ampla defesa: art. 5.º, 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”;
- inadmissibilidade de provas ilícitas: art. 5.º, LVI – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”;
- princípio da razoável duração do processo: art. 5.º, LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

Nota-se que existem princípios para assegurar direitos, antecipadamente, previstos em outros artigos. Além disso, há artigos que abrangem diversos outros princípios, como o da inafastabilidade, o qual prenuncia o direito de acesso à justiça, que se enquadra em direito a acesso a tudo aquilo que a constituição, em primeiro lugar, prevê. Percebe-se, então, que todo o labor é em prol do fornecimento de uma justiça viável e de amplitude.

Desse modo, refletindo sobre a superação do modelo de regras, Streck (2008) assevera que, para isso, será necessária uma aprofundada alteração do direito, já que os princípios passaram a canalizar elementos do mundo prático para o âmbito das Constituições.

Por conseguinte, encontra-se, nos princípios, a reafirmação de uma concretização de justiça, o meio viável de não se exteriorizar reflexos de uma cultura, tradição ou conduta “moral”. Sobre isso, vejamos o que Streck (2008) aborda:

Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do neo-constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo está a indicar que não é mais possível falar em ‘omissão da lei’ que pode ser ‘preenchida’ a partir da analogia (sic), dos costumes (quais?) e dos princípios gerais de direito”. O direito é um sistema íntegro, capitaneado pelos princípios, logo, não são as lacunas da lei que devem ser “preenchidas” pelos princípios, mas ao inverso, os princípios é que informam, ou “preenchem”, o sistema positivado de regras. O positivismo jurídico exige que todas as relações estejam previstas, para que haja uma vinculação expressa à letra da lei, o que deve ser superado pois o ordenamento jurídico é maior e mais complexo [...] “... o princípio da integridade está umbilicalmente ligado com a democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. (STRECK, Lênio Luiz, 2008, p. 266)

Dessa maneira, além de haver a necessidade de conhecimento sobre os princípios, há a necessidade de serem aplicados pela jurisdição brasileira, a qual deve buscar a equidade e a justiça em suas decisões. Logo, ter-se-ia o Estado como íntegro com o setor judiciário, o que iria se refletir em plenitude social. Assim, ainda, conforme Streck (2008):

Esse ‘processo’ implica a máxima força dos princípios, em que, por vezes, a coerência soçobra diante da integridade, até porque a integridade – que também é um princípio – exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, diante do que, por vezes, a coerência

com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios (circunstância que assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade) (STRECK, 2008 p. 272-273).

Concluída as premissas, concorda-se com Dworkin (2007) em relação à análise de conceituação jurídica:

Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos ‘o direito’ inclui, pelo menos, tanto princípios como regras. (DWORKIN, 2007, p. 46-7)

O cerne da questão é a violação dos princípios devido à morosidade jurisdicional, mas não se pode preambular essa relação sem antes mencionar o grande avanço, a partir da Constituição de 1988, na qual são apresentados conceitos do coletivo, deixando ideais individualistas para trás e fornecendo esperança ao povo brasileiro de acesso à justiça para todos.

De fato, atualmente, o acesso à justiça se alastrou em cunho expansionista, sendo um tema bastante debatido. Para o sociólogo Santos (1999, p.167), “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”. Isso, no entanto, não significa ter um acesso inteiramente justo e adequado, pois existem vários obstáculos que foram abordados por Cappelletti e Garth (1998) da seguinte forma:

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das

partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 15.)

Dessa maneira, faz-se necessário analisar as barreiras que impedem um vínculo intrínseco entre as normas, com suas regras e princípios, em relação ao indivíduo social, através da justiça. Essas barreiras ao acesso, segundo Cappelletti e Garth (1998), estão mais presentes nas pequenas causas e atingem, geralmente, os autores individuais, desprovidos de uma representação legal, tal como um advogado ou promotor, especialmente os pobres. Nas palavras dos referidos autores:

Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudiciais pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de torna-se a demanda uma futilidade. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 19)

Por outro lado, ainda sobre os recursos financeiros, há aqueles que se apoderam desse benefício e, conseqüentemente, do exercício de seus direitos, através do meio judicial. Cappelletti e Garth (1998) explanam ainda:

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de

fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. (CAPPELETTI; GARTH, 1998, p. 21)

Ademais, como finalidade de tudo o que foi supracitado até agora, identifica-se o grande obstáculo a ser mais explanado: o tempo, o qual, nos estudos de Cappelletti e Garth (1998), relaciona-se à barreira dos custos, como se explica a seguir:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão executável. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que teriam direito. (CAPPELETTI; GARTH, 1998, p. 20).

Portanto, nota-se que não só o fator socioeconômico, como, também, o aspecto do tempo são elementos que podem implicar o acesso à justiça adequadamente. Na próxima seção, abordaremos a morosidade jurisdicional como expoente para a violação dos princípios.

3 A MOROSIDADE JURISDICIONAL COMO EXPOENTE PARA A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

A Emenda Constitucional número 45 inseriu o inciso LXXVIII, ao Art. 5º da CF/88, que aduz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A conceituação de “razoável” se torna abstrata e é, exatamente, por isso que ela faz parte do corpo de texto do princípio, certo de que não se pode mensurar um tempo médio para se estabelecer a todas as causas judiciais, uma vez que o prazo razoável para uma determinada causa pode não o ser para outra (SILVA, 2008).

A duração razoável do processo, apresenta-se como tema da obra de Abreu (2008), na qual se sintetiza que:

A efetivação dessa garantia, todavia, é um processo que vai além da reforma constitucional e infraconstitucional. Há outros aspectos importantes que dizem respeito à eficiência do Poder Judiciário e à gestão de trâmite dos processos. É necessário modernizar o Judiciário para que o sistema possa atender melhor as demandas da sociedade e facilitar o trabalho dos magistrados. A Emenda Constitucional n.º 45 foi um passo na construção de um Judiciário mais transparente, mais racional e mais moderno. No entanto, compreender as suas limitações é reconhecer que ainda há muito a ser feito para se construa uma Justiça mais efetiva, ágil, democrática e cidadã. É preciso que tanto o intérprete como o cidadão tenham consciência não só dos direitos positivados na Constituição, mas que ambos sejam instrumento de luta de sua aplicabilidade, de sua eficácia, para que as normas e os direitos nela inscritos não sejam mera expressão formal, mas a representação de um direito vivo, concreto, verdadeiro. (ABREU, 2008, p.127)

Logo, a existência de um princípio que se relaciona com todos os demais, englobando, por inteiro, um processo de justiça, não pode ser violado nem concebido, apenas, como uma mera expressão formal, como intitula Abreu (2008). É necessário acrescentar que o princípio do devido processo legal, também, abrange toda uma complexidade de direitos a serem assegurados, como é conhecido pela doutrina processual contemporânea “*princípio dos princípios processuais*”.

O princípio do devido processo legal, tem sua origem, conforme Santos (2011), na Magna Carta de 1215, assinada pelo rei João Sem Terra. No entanto, não estava explícito o princípio do *due process of law*, como é conhecido no inglês. Somente foi manifestado, quando, primeiramente, positiva-se, nos Estados Unidos, através de suas Emendas Constitucionais 5º e 14º, antes disso, era apenas entendido como simples procedimento que garantia, no processo, ao cidadão a privação de sua vida, liberdade ou propriedade. Contudo, após das revoluções burguesas, das cartas de direitos da modernidade e do *judicial review* estadunidense, passa a ser visto como um garantidor de direitos, principalmente, quando se trata da limitação do poder estatal, por meio do judiciário, do executivo e do legislativo, na preservação de um processo não, apenas, legal, mas justo e

apropriado. Segundo Canotilho (2003, p. 494), “o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios de justiça”. Nesse sentido, o autor defende uma revisão das leis que tenham incompatibilidade vertical de normas e que não estejam em comum acordo com a Constituição e os princípios. Ademais, não há nenhuma possibilidade de criarem-se leis que violem direitos fundamentais da pessoa humana, os quais são: a vida, a liberdade e a propriedade.

Diante disso, Siqueira Castro (2010) aduz que o devido processo legal tornou-se um dos princípios mais importante de toda doutrina processual, que abrange quase todas as áreas (penal, civil e administrativo), não podendo ser compreendido como ‘um autêntico processo’. Em linhas bem escritas, o princípio do devido processo legal se encontra na Constituição Brasileira, mediante o artigo 5º inciso LIV, apresentando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Somado a isso, a abstração da palavra razoável, encontrada no princípio do inciso LXXVIII, com o devido processo legal não se esgota apenas no conceito escrito, pois envolve a sua interpretação e a sua adequação a diversas situações, além de relacionar-se a uma abrangência de princípios, direta ou indiretamente, como, por exemplo, ampla defesa, acesso à justiça, duplo grau de jurisdição, publicidade e eficiência processual. Nesse sentido, de acordo com Santos (2011), é preciso se basear, sempre, na razoabilidade e na proporcionalidade. Assim, a aplicação do referido princípio implica um Estado democrático, no qual os Magistrados se vinculam às leis, não ultrapassam direitos fundamentais assegurados aos cidadãos, como, também, contemplam garantias trazidas pela própria Constituição.

Além disso, acrescenta-se, brevemente, que o Novo Código do Processo Civil se resguarda ao garantir efetividade ao devido processo, como previsto pela Constituição e mencionado pelos art. 26, I, e 36, *caput* do NCPC. Convém ressaltar, ainda, mais um artigo do NCPC, vinculado ao princípio da celeridade, disposto pelo art.4º: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, além do disposto no art.6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, ambos referindo-se ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Sustenta-se, também, o princípio da Economia Processual, baseado em um processo com o mínimo de gastos, por conseguinte, em um mínimo de atividades processuais e em uma atuação máxima do direito. Esse princípio encontra sua positivação no art.105 do NCPC, em que se trata da conexão e continência, por exemplo.

Transpondo as colocações para o tema principal, é inegável a sintonia analisada entre os incisos LIV e LXXVIII do art.5º da CF, uma vez que além de abrangerem o tema da razoável duração em ambos, eles têm uma percepção genérica que se enquadra em boa parte de quaisquer leis ou outros princípios que envolvam processo, ato judicial e garantia de direitos voltados a uma ação. O que se pretende afirmar é a relação inegável de violação desses pela morosidade judicial, uma ação, um processo ou um julgamento que extrapolem o tempo razoável são contrários aos princípios, fortemente, enraizados na mais recente Constituição. Abster-se de uma hierarquia de normas a serem fielmente seguidas é proclamar a execução de um Estado nada democrático, é instituir a desordem, o caos.

Vale ressaltar, ainda, que não é mera coincidência que os demais princípios encontrados no Novo Código do Processo Civil reclamem por aplicação em cadeia. O da celeridade, com sua abrangência múltipla, e a tríade – princípio da economia, efetividade e preclusão –, atuam de forma labiríntica, interligados de forma que não se fala na concretização de um sem situar-se a execução do outro.

4 QUEM RESPONDE PELA MOROSIDADE?

Inicialmente, considerando as ponderações trazidas até aqui, questiona-se: existe a responsabilidade judicial do Magistrado perante a demora para finalização dos processos?

O corpo de juízes é considerado pequeno para a quantidade de casos a serem julgados, por isso, é necessário pesar a ocorrência de um crescimento desse corpo. Nessa perspectiva, Cappelletti (1998) afirma:

A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades moderna. Se é que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julga-

mentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais. (CAPPELETTI, 1998, p.15 e 16)

Imponha-se, mais uma vez, a responsabilidade ao magistrado, quando se consulta o CPC no art. 139: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, incumbendo-lhe, [com sua complementação no inciso II], velar pela duração razoável do processo”, o que é fortificado pelo art.35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LC 35/1979: “são deveres do magistrado, [sendo mais específico o inciso II] não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar, [e o inciso III] determinar as providências necessárias, para que os atos processuais se realizem nos prazos legais”.

Nessa linha de deveres, encontra-se, ainda, disposto no artigo 235 do Novo Código do Processo Civil que “qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, poderá representar o corregedor do tribunal ou Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno”. Assim, além de o Magistrado ter que zelar por um processo de duração razoável, com toda sua trajetória voltada para a realização dos princípios, ele, também, pode ser punido por descumprimento.

Igualmente, é a responsabilidade por parte do cidadão, que atravanca a máquina judiciária com inúmeros recursos apenas para, de forma proposital, alongar o tempo de se chegar a uma sentença. Sobre isso, Wambier (2010) defende que:

de fato, não se podem conceber os sistemas recursais como uma forma de se obterem, pura e simplesmente, várias ‘opinões’ sobre o caso, todas de igual valor. Mas o tiro não pode sair pela culatra: sob o pretexto de se aprimorar a prestação jurisdicional, não se pode criar um sistema recursal que não rende, que, sobretudo seja um fator de emperramento do processo (WAMBIER, 2010, p. 276).

Para complementar o abordado por Wambier (2010), Perrot (1998) aborda o seguinte:

o acontecimento processual marcante deste último meio século terá sido, sem dúvida, o considerável aumento da massa litigiosa. Quando se evoca tal problema, logo se pensa no crescimento quantitativo do volume das causas, pois as demandas apresentadas aos tribunais multiplicam-se em condições inquietantes (PERROT,1998, p. 161).

Todavia, o Estado não estaria distante dessa responsabilidade também, uma vez que o sistema judiciário faz parte de um serviço público e o Estado se responsabiliza pelo serviço público, pois proíbe a autotutela. Diante disso, Luz (2018) afirma:

Esta responsabilidade, por sua vez, pode se apresentar de duas formas, na modalidade objetiva (fundada na ideia do risco administrativo), e na modalidade subjetiva, quando houver por parte do Estado omissão na prestação do serviço, ou mesmo quando a prestação de serviço ocorrer porém de maneira ineficiente. (LUZ SEGUNDO, 2018, p.222)

Sobre essa responsabilidade subjetiva, Celso Antônio Bandeira de Mello entende:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficiente), é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. (MELLO, 1992, p. 338)

Em oposição, afirma Francisco Fernandes de Araújo:

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado pelo dano decorrente da morosidade na prestação jurisdicional é a única que se satisfaz ao sentimento de justiça que se revela no seio da sociedade moderna, como contrapartida dos tributos gerais pagos por ela, dentre os quais as taxas judiciárias que igualmente lhe são impostas e também pelo fato de o Estado deter o monopólio da jurisdição,

não permitindo a realização justa pelas próprias mãos dos particulares. Responsabilizar objetivamente o Estado pelo dano decorrente da morosidade da justiça é necessidade que se impõe, para que os preceitos constitucionais em vigor sejam efetivamente respeitados, dentre os quais os princípios de igualdade, da legalidade, da moralidade, da eficiência e da boa qualidade do serviço público e do acesso substancial à justiça. A medida que também atuará como pressão efetiva para que o Estado cuide melhor da estrutura judiciária e da eficiência de seus juízes, e, portanto, servirá de alavanca para o aprimoramento geral do País, melhorando a qualidade de vida do seu povo, ideal permanente pelo qual todos têm o dever de lutar. (ARAÚJO, 1999, p.385)

Em suma, há uma grande discussão em prol de se apurar a responsabilidade da morosidade, ao analisar a fundamentação das normas, para estabelecer um sujeito culpado. Ademais, é imperiosa a observação de que a morosidade viola princípios democráticos da Constituição Brasileira de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, ressalta-se que, conforme dito alhures, trata-se o presente artigo de um estudo preliminar, um marco inicial, de uma série de estudos mais aprofundados que se pretende desenvolver em relação aos desafios do Direito Processual Constitucional.

Desse modo, o desenvolvimento deste trabalho possibilitou a reunião dos conceitos e das referências básicas, a qual foi iniciada pela conceituação dos princípios e pela sua ligação com a morosidade, na prestação jurisdicional. Ao abordar essa reunião de conceitos, foi demonstrado o privilégio dado ao instituto do Acesso à Justiça, em um tributo aos preceitos do Estado Democrático de Direito, os quais, notadamente, são abrangência dos incisos LIV e LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira e da sua ligação com o Novo Código de Processo Civil.

Em suma, alcançou-se certa fundamentação para que fosse, então, possível responder ao questionamento inicial: apesar das estratégias legais, é possível apurar responsabilidade, bem como punir os que, porventura, sejam considerados responsáveis pela letargia do judiciário brasileiro? Por

ora, conclui-se, apenas, que seja pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo, pelo próprio Judiciário e/ou, ainda, pelas partes, em seus recursos, meramente, protelatórios, há um grave desrespeito aos preceitos programáticos constitucionais, os quais, há 30 anos, prometem democratizar, também, o Acesso à Justiça e o Processo Justo.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade objetiva do estado pela morosidade da justiça**. Campinas: Copola, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22^a ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10^o ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BURDEAU, Georges. **Tratado de ciência política**. Trad. por Enrique Surna. 1^a ed. Acatlán, 1982.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

- DOS SANTOS, Eduardo R. O Contraditório e a ampla defesa no processo civil à luz do modelo constitucional do processo enquanto “instrumento garantidor de justiça”. **Boletim Conteúdo Jurídico**, Brasília, n.140, 03 mai.2011.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HEGEL, G.W.F. **Princípios de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de (Orgs.). **Temas de responsabilidade civil: o direito na sociedade complexa**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7ª ed. São Paulo: Edições Afrontamento, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos como uma forma de fazer “render” o processo no Projeto 166/2010. **Revista do Processo**. São Paulo. Ano 35.n.189. Nov.2010.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A DEFENSORIA PÚBLICA¹⁰⁴: DA REDEMOCRATIZAÇÃO À DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO AOS HIPOSSUFICIENTES

Anderson Adriano Gonzaga Brito

1.Introdução¹⁰⁵

O novo panorama político ensejou a criação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte, com o objetivo de formular uma nova Carta Política, adequada com o novo painel brasileiro, que veio a ser a Constituição Federal de 1988, a Carta Cidadã.

Neste cenário, uma importante inovação: a apresentação das Defensorias Públicas no texto constitucional, com vistas a proporcionar uma democratização do acesso ao Poder Judiciário aos mais necessitados, bem como a busca por fortalecer a oferta do direito de assistência social.

104 Este artigo foi inicialmente publicado em versão estendida através da Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia - A Defensoria Pública e os 30 anos da Constituição Federal, v. 5, 2018.

105 Este artigo foi inicialmente publicado em versão estendida através da Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia - A Defensoria Pública e os 30 anos da Constituição Federal, v. 5, 2018.

Neste passo, o desenvolvimento das Defensorias Públicas, seja no âmbito federal, seja no âmbito estadual, é uma conquista do próprio Estado Democrático de Direito instalado no Brasil, que precisa fortalecer-se no plano concreto. O reconhecimento da independência funcional e financeira dota esta entidade de importante autonomia para lutar pelos direitos dos mais fracos socialmente, com vistas a realizar o Constitucionalismo Dirigente e a garantia do próprio fortalecimento da Constituição vigente, como veremos no decorrer deste breve estudo.

2.O Constitucionalismo, o Constitucionalismo Social e o Dirigismo Constitucional no Brasil

O constitucionalismo, como uma de suas principais características, possui a fluidez, configurando uma noção da importância da Constituição na proposição de diretrizes numa determinada sociedade, não se restringindo ao simples ato de materialização da Constituição.

Detentor de profundas raízes, a ideia de constitucionalismo vai se desenvolvendo e se amoldando conforme as circunstâncias históricas, construindo e consolidando a ideia de uma constituição positivada com a Carta Política dos Estados Unidos, de 1787, e com a Constituição da França, de 1791.

Realizando salto histórico, com o advento da Revolução Industrial, o fim da primeira grande guerra mundial, percebendo as demandas sociais existentes no seio comunitário, principalmente no que se refere ao estado de desigualdade social, chegou-se à conclusão da impossibilidade de manutenção de um Estado ausente no que se refere à prestação de serviços, posto que propiciaria a crescente miserabilidade vislumbrada no plano concreto.

Deste modo, forjou-se o contexto necessário à construção dos direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração, também conhecidos como direitos sociais, erguidos sob o manto das destacadas Constituições Mexicana, de 1917, e Russa, de 1918.

Neste passo, as normas constitucionais sociais se fortaleceram ainda mais com o “Welfare State” americano vivido após a primeira guerra mundial, exigindo que o Estado tivesse atuação positiva, principalmente no que se refere à saúde, à educação, dentre outros direitos sociais, consolidando a era do constitucionalismo social.

No Brasil, por exemplo, a primeira Constituição em que se vislumbra a presença de normas relativas aos direitos sociais é a de 1934, formulada durante o primeiro período de governo de Getúlio Vargas, a qual, embora vigente por pouco tempo, haja vista que fora substituída pela Constituição autoritária de 1937, representou importante avanço no reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, com importante destaque aos direitos trabalhistas.

Assim, a Constituição de 1934 foi fundamental para dar início à consolidação do Estado de Bem-Estar Social no Brasil (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 453).

Diante do fortalecimento das normas referentes aos direitos sociais, surge também a perspectiva constitucionalista programática – estipulando objetivos a serem colimados – e interventora, devendo a entidade política trabalhar com vistas a sanar as discrepâncias sociais, o que ensejou uma alteração paradigmática. Assim, as normas programáticas são delineadas de Constituições Sociais, implementando diretrizes a serem efetivadas pela entidade estatal, construindo um rol mais destacado de direitos sociais e econômicos (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 115).

O conseqüente fortalecimento da Constituição passou a ser pauta na medida em que, após a segunda grande guerra mundial, percebendo o fracasso e as atrocidades que se realizaram sob o manto do Estado de Legalidade, o documento passou a ser vislumbrado como supremo dentro do mundo normativo, visto como sustentáculo de fundamentação, organização e, notoriamente, propulsor de diretrizes a serem cristalizadas no plano social, consolidado ainda com a emergência do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, inclusive, reverberou no desenvolvimento dos Direitos Humanos e fora incorporado por diversos documentos políticos no mundo Ocidental.

O reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana requer não somente o reconhecimento da necessidade de assegurar os direitos individuais dos cidadãos [...] mas ainda implica a necessidade de efetivar, com a maior abrangência possível, os direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, assistência social), cuja materialização exige o desenvolvimento de prestações positivas do Estado (SOARES, 2010, p. 152)

A princípio, consideradas como normas ausentes de eficácia plena, as normas programáticas passaram a ter o panorama alterado na medida em que, consubstanciada com a crise do Estado de Legalidade, a Constituição deixa de ser mera “sugestão” à entidade política e é vista como documento de eficácia vinculante e superior, influenciando o reconhecimento das normas programáticas como normas de eficácia plena, devendo ser aplicadas assim como as demais, sob o pressuposto de se assegurar a força normativa constitucional.

Sendo assim, a Carta Cidadã tem como moldura as normas de direitos fundamentais, dentre os quais os sociais, bem como um avançado arcabouço de normas programáticas, demonstrando, portanto, a sua consonância com os anseios da sociedade presente, não olvidando do futuro, preocupando-se com a possibilidade de frustração das normas programáticas, outrora prevista na Constituição Portuguesa de 1976, fatores que, indubitavelmente, consolidam-na como uma Constituição de caráter dirigente, fundamental principalmente em países como o Brasil, cuja desigualdade social, lamentavelmente, ainda é acentuada.

Em verdade, a Constituição brasileira de 1988, pela sua feição normativa, tem toda a aptidão para traduzir-se em realidade, cabendo o encurtamento do caminho conducente a sua própria normatividade [...]. As normativas são aquelas que logram determinar o processo político que, em face delas, não se rebela ou intenta alterá-las ou frustrá-las, sendo vivenciada pelos detentores de poder e seus destinatários, havendo uma verdadeira simbiose com a sociedade. Metaforicamente, seria como uma roupa que cai bem e foi feita sob medida (DANTAS, 2010, p. 260).

Por via reflexa, surge, diante de todo o exposto, o que o grande jurista português Canotilho sustentou ser o caráter dirigente constitucional¹⁰⁶,

106 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *¿Revisar la/o romper con la Constitución Dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo*, p. 12, reflete que “Las constituciones dirigentes, entendidas como Constituciones programático-estatales, prácticamente no adolecen de un pecado original o de la mala utopia del sujeto proyectante, como dijimos: ellas elevaron al Estado en <<director>> exclusivo o casi exclusivo de la sociedad y convirtieron el Derecho en un instrumento funcional de esa dirección”.

na medida em que busca consolidar o documento político como programa, cabendo ao Estado o seu conseqüente cumprimento, adequando-se, portanto, aos anseios e necessidades que emergem na sociedade, o que nos permite inferir que ela é atualizada diante de novos valores políticos, históricos e culturais, o que impede o seu engessamento e confere o seu caráter de estabilidade no que se refere à sua capacidade de permanecer no tempo.

[...] A estabilidade constitucional não se confunde com imutabilidade, como tantas vezes se teve o cuidado de sublinhar. Mais do que isso, ela pressupõe a mudança, porque é por seu meio que os sistemas constitucionais mantêm-se atuais, com potencialidade para dialogar com os fatos normados (sic) (DUARTE NETO, 2009, p. 218).

Nesta toada, o que se pode perceber é uma clara conexão entre o dirigismo constitucional e o constitucionalismo social, sendo a carta normativa o sustentáculo para atribuir responsabilidades a serem cumpridas pelo Estado, assegurando o seu papel de interventor, de executor de políticas sociais, razão pela qual, inclusive, há a criação de mecanismos para fazer com que o Estado, verificada a ausência de cristalização dos programas no que se refere a determinado(s) direito(s), venha a ser cobrado, a exemplo da ação constitucional do Mandado de Injunção¹⁰⁷, da propositura face àquele da Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁰⁸ por Omissão, ou da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, expressas na Constituição brasileira vigente com vistas a assegurar o exercício de direitos fundamentais.

107 SILVA, José Afonso da. *Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais*, p. 9, informa que “Este é o instrumento que, correlacionado com o citado § 1º do art. 5º da Constituição, torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente [...]”.

108 *Ibidem*, p. 9-10, preleciona que “A *inconstitucionalidade por omissão* verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática”.

Outrossim, de nada adiantaria a propositura de normas programáticas na Constituição, utilizadas como instrumento de mudanças sociais, se a mesma se tornar destoante no plano material, razão pela qual, implicitamente, o seu caráter de documento sugestivo seria restaurado, levando o Estado e seus agentes políticos a praticarem omissões.

Sob este prisma, partindo da ideia de que um documento não apenas necessita ser completo como também ser executado, o que consolida o constitucionalismo social – inserto atualmente no Estado Democrático de Direito –, Canotilho informa que a ausência de efetividade das normas constitucionais sociais levaria à morte do dirigismo constitucional, o qual, inclusive, resta prejudicado caso não se tenha nele a possibilidade de conexão com normas de caráter internacional, o que relativiza a supremacia da Constituição do ponto de vista formal.

Contudo, ao nosso ver, a situação explicitada pelo eminente autor em nada prejudica o ápice constitucional no plano material, haja vista que os direitos fundamentais encontram guarida no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, frise-se, vem a ser preceito de relevância a nível internacional.

Assim sendo, é possível perceber que o constitucionalista português, na verdade, propõe uma readequação¹⁰⁹ da teoria do dirigismo constitucional, ficando clarividente a relação de influência mútua entre as Constituições e os Tratados Internacionais, o que vem a ser uma nova faceta da Constituição Dirigente, a qual passa a ser vista sob um ponto de vista comunitário, adequado à realidade portuguesa na medida em que adentrou na União Europeia (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 119).

Logo, a Constituição Dirigente se encontra distante da suposta morte, principalmente em países em que as normas programáticas são essenciais para o desenvolvimento da nação.

Esta situação de inviabilidade de aceitação da morte da Constituição Dirigente é perfeitamente adequada ao caso brasileiro, razão pela qual reiteramos o caráter compromissório da Carta Cidadã e a sua importância

109 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 14, destaca que “[...] La <<internacionalización>> y la <<europeización>> en el caso portugués y la >> y la <<marcosualización>> en el contexto de Brasil hacen evidente la transformación de los órdenes jurídicos nacionales en órdenes jurídicos parciales, en lo que las Constituciones son relegadas a um plano jurídico más modesto como <<leyes fundamentales regionales>> [...]”.

para o vislumbre de um futuro mais justo no nosso país, devendo as normas que dela são extraídas ser cumpridas, com vistas a fortalecer a cultura dirigista na população e nos detentores de poder político.

3.O Histórico dos Deveres Fundamentais e a sua segunda dimensão ou geração

Cabe lembrarmos que não existem direitos fundamentais sem deveres fundamentais, o que nos faz remeter principalmente à faceta de proteção daqueles por estes. No entanto, diversamente, é possível verificar a existência de deveres fundamentais de caráter autônomo, criados para proteger outras espécies de direitos fundamentais que não sejam a eles diretamente relacionados.

[...] Pois tanto os direitos como os deveres integram o estatuto constitucional do indivíduo, ou melhor, da pessoa. Um estatuto que assim tem duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar e o espaço que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo, constituição que, como é bom de ver, deve estar em primeiro lugar [...] (NABAIS, 2002, p. 2).

Embora no século passado tenham sido objeto de fundamentação de regimes totalitários, nos quais se presenciaram as mais diversas barbáries humanas, percebe-se, em verdade, que os regimes autoritaristas utilizaram-nos de modo supremo, provocando, intencionalmente, hipertrofia destes em face dos direitos fundamentais, razão pela qual as recentes Constituições Ocidentais, *e.g.*, Portugal, Itália, Espanha e Brasil, todas forjadas após regimes ditatoriais, fizeram por prevalecer estes em face daqueles, os quais foram relegados a segundo plano, construindo uma forte era de direitos fundamentais.

E quanto à primeira causa apontada, basta-nos recordar que a preocupação dominante nessa época visando a instituição ou fundação de regimes constitucionais suficientemente fortes no respeitante à proteção dos direitos e liberdades fundamentais. Isto é, de regimes

que se opusessem duma maneira plenamente eficaz a todas e quaisquer tentativas de regresso ao passado totalitário ou autoritário. Era, pois, necessário exorcizar o passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos (NABAIS, 2002, p. 3).

Sucedede que, por outro lado, a escalada crescente de produção de direitos fundamentais ensejou a sua banalização e conseqüente crise de efetividade, fato que culmina por fragilizar a força normativa constitucional, principalmente em relação aos direitos sociais, amplamente lesionados em países emergentes, como se verifica no Brasil.

Finalmente, a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte de sua estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres [...] (HESSE, 1991, p. 21).

Deste modo, nada mais justo do que destacar a importância dos deveres fundamentais para a própria efetividade dos direitos.

Seguindo o raciocínio, não é de difícil percepção que os deveres fundamentais de segunda dimensão ou geração integram o patrimônio protetivo dos seus direitos fundamentais correlatos, razão pela qual são conditio *sine qua non* para a efetividade destes, embora, destaque-se, sejam categorias independentes dos direitos fundamentais.

A afirmação dos deveres fundamentais de 2ª dimensão, por sua vez, está associada ao reconhecimento dos direitos sociais conquistados, no período entre o advento da Revolução Industrial e segunda guerra, exigindo comportamento dos particulares que viessem a atender os interesses da coletividade, quais sejam, entre outros: dever de proteger a saúde, dever de trabalhar, dever de escolaridade básica [...] (MARTINS, 2011, pp. 63-64).

Informa-se que alguns doutrinadores são simpáticos à ideia de que os direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração seriam nor-

mas que necessitariam de concretização legislativa para que seja possível irradiar os seus efeitos, bem como, não diversamente, anunciam que estas seriam dependentes diretamente do caráter orçamentário governamental, o que destituiria a sua eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

Embora reconhecidos e positivados em normas constitucionais, os direitos de segunda dimensão tiveram inicialmente eficácia duvidosa, em face mesmo de sua função de exigir do Estado certas prestações materiais, nem sempre realizáveis, por falta de vontade política ou até mesmo de meios e recursos [...] (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 535).

Neste sentido, ousamos discordar, tendo em vista que a referida defesa possui um plano de fundo evidente que não está sendo observado: muitas vezes, a respectiva eficácia se desconstitui por interesses políticos escusos e questionáveis, os quais prejudicam parcela considerável da população.

Por suposto, a referida ideia estaria diretamente relacionada também à equivocada importação do direito brasileiro do que se tem como princípio da reserva do possível, que vem sendo utilizado em diversos momentos para justificar as omissões praticadas por entes governamentais e a frustração da aplicabilidade de preceitos constitucionais, em destaque as normas de direitos sociais (CUNHA JÚNIOR, 2016).

Nessa esteira, os deveres fundamentais de segunda dimensão, naturalmente por estarem relacionados aos direitos que protegem, acabam sendo atingidos, o que incorre nos mesmos equívocos referentes aos direitos fundamentais, ensejando o entendimento daqueles como normas constitucionais fundamentais de aplicabilidade mediata.

[...] os deveres fundamentais não têm o seu conteúdo concretizado, na constituição ou, mesmo que o tenham, não são directamente aplicáveis. Por isso, os preceitos constitucionais que os consagram ou disciplinam são preceitos dirigidos primordialmente ao legislador ordinário a fim de este lhes dar conteúdo ou concretizar em conformidade com as opções políticas que vierem a ser feitas, ou de os tornar aplicáveis se e na medida em que estas opções estiverem concretizadas na constituição (NABAIS, 2007, p. 349).

Consoante vimos defendendo, se é bem verdade que os direitos possuem custos, financiados pela população através do adimplemento de figuras de caráter tributário, como impostos, tal fato cria a necessidade de que se converta os respectivos investimentos em retorno à sociedade, e com qualidade, na prestação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado. Portanto, entendemos que é gerado um direito subjetivo público – um dever para a entidade estatal –, no que concerne à efetivação de direitos fundamentais sociais, como saúde, educação, dentre outros.

Diante do raciocínio elencado, na medida em que há a prestação e cumprimento de suas responsabilidades, ou da sua parcela de deveres, a população gera ao ente público uma prestação de vinculação positiva – um dever –, que precisa ser de aplicabilidade imediata e direta e eficácia plena (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 501).

Destarte, não defendemos a simples aplicação das normas sociais sem que se atente aos parâmetros orçamentários estatais. O que não se pode olvidar, por óbvio, é que as receitas aos fins sociais sejam destituídas de suas destinações protagonistas por falta de interesse político, por males como a apropriação de receitas estatais indevidamente, mal que assola a realidade brasileira, dentre outras situações.

Imprescindível destacar também que a ausência de entendimento dos deveres fundamentais de segunda dimensão ou geração como deveres de aplicabilidade imediata e eficácia plena patrociniaria diversas omissões pelo estado brasileiro, já recorrentes, e que poderiam assumir uma crescente, agravando, *v. b.*, as caóticas situações no plano educacional público, na saúde pública, na assistência social, assim como atingindo atividades de imprescindível funcionamento, como é o caso da Defensoria Pública e ficará registrado *a posteriori*.

A assunção de papel destacado da autarquia para que possa transformar gradativamente a sociedade brasileira no que se refere à oferta e gozo dos direitos fundamentais sociais perpassa, justamente, pela perspectiva assumida dos deveres fundamentais de segunda dimensão ou geração, que precisa ser observada pelo Estado para impedir a morte do constitucionalismo dirigente do qual a Carta Maior assumiu como norte para lutar contra as desigualdades sociais.

Por fim, curial partir da ideia de que, por serem essenciais para a consolidação do dirigismo social, os direitos-deveres fundamentais sociais de-

vem ser respeitados, buscando, de acordo com os recursos disponíveis, a consecução no plano concreto, pois são capitais para conferir o mínimo existencial à população (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 663), razão pela qual devem ser vislumbrados sob o prisma da aplicabilidade direta, bem como da eficácia plena, como já defendido.

4.A Lei Maior, a Defensoria Pública e o acesso ao judiciário aos vulneráveis

Asseverando a importância de cumprimento das responsabilidades estatais, cabe ao Estado munir-se de estratégias com vistas a ampliar o acesso à justiça¹¹⁰, visando a concretização de uma justiça democrática e que se conexiona perfeitamente ao Estado Democrático de Direito.

A importância de fazer do Estado um eficiente solucionador de litígios é essencial, principalmente quando se rompe uma histórica estrutura de poder em que apenas os titulares de poderio econômico possuíam acesso em virtude da aptidão de arcar com os custos processuais. É fundamental que o acesso à tutela jurisdicional seja acessível a todos indistintamente e de modo justo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

Atentando às mudanças no panorama brasileiro com a democratização política, não podemos ignorar a importância que a Constituição teve através da democratização do acesso ao judiciário aos vulneráveis, requisito primordial para o respeito e exercício dos direitos humanos, não podendo ser negligenciado, principalmente, aos mais pobres (CAPPELLETTI; GARTH, p. 12, 1988).

A Constituição Federal de 1988, como outrora relatado, ampliou o rol de direitos fundamentais – dentre os quais os direitos fundamentais sociais –, fator este que se consubstancia com outras importantes informações: em primeiro plano, a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana¹¹¹ como um dos princípios de fundamento desta República.

110 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *¿Revisar la/o romper con la Constitución Dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo*, p. 22, sentencia que “Una Constitución debe establecer los fundamentos adecuados de una teoría de la justicia, definiendo las estructuras básicas de la sociedad sin comprometerse con situaciones particulares [...]”.

111 Artigo 1º, III, CF/88.

Não obstante, a erradicação da pobreza e da marginalização social¹¹² também são objetivos fundamentais da nação, razão pela qual o papel da Defensoria Pública vem a ser fundamental para que tais desígnios sejam gradativamente alcançados, haja vista ser uma instituição permanente e imprescindível para a democratização da justiça.

O princípio da inafastabilidade jurisdicional, preconizado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política vigente, é taxativo ao disciplinar que é vedado qualquer comportamento que obstaculize qualquer pessoa de pleitear acesso ao Poder Judiciário. Deste modo, está diretamente ligado à ideia de que todos possuem como assegurado o direito de ação, direito fundamental em um Estado que possa ser definido como Democrático de Direito (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 201).

Diante disso, vamos mais além: na medida em que a República Federativa do Brasil vivencia uma situação democrática no seu mais amplo sentido, podemos afirmar que a relação processual, classicamente conhecida através do modelo piramidal, em que o Estado se encontra no ápice da relação jurídica e equidistante das partes contrapostas, passa a ser vislumbrada de modo diverso, em que o Estado permanece distanciado igualmente das partes, porém, paralelamente¹¹³ a ambas, desfazendo o suposto posicionamento de superioridade em relação às partes, mais adequado quando pensamos no poderio estatal existente nos idos do século XVIII, de característica absolutista.

Nesta toada, não faria sentido um direito de ação abstratamente viável se grande parcela populacional permanecesse distanciada da possibilidade de conquistar o gozo de direitos por via judicial, realidade que se encaixa perfeitamente ao contexto social existente no Brasil, cuja maioria da população sofre com uma baixa qualidade de vida e de modo acentuado com a exclusão social decorrente da desigualdade.

Neste raciocínio, não há dúvidas quanto ao papel central da Defensoria Pública: fazer da sua atividade um meio de promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que se irradia dentre os direitos fundamentais e os direitos humanos, remetendo por via reflexa à observância do

112 Artigo 3º, III, CF/88.

113 CÂMARA, Alexandre Freitas. *X Encontro Nacional de Direito Civil e Processo Civil*. "O modelo constitucional do processo civil brasileiro: para que serve o processo no Estado Democrático?", 2018.

dever fundamental do Estado de ofertar os anseios elencados na Carta Cidadã, aproximando seguimentos vulneráveis do acesso à justiça (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 1.101).

Por sucedâneo, a Defensoria Pública é um instrumento do constitucionalismo dirigente ao buscar bravamente lutar por pessoas hipossuficientes¹¹⁴ socialmente e, conseqüentemente, fornecer-lhes o mínimo existencial, cumprindo os seus deveres fundamentais de combate às mazelas existentes no segmento social brasileiro.

Assim sendo, percebendo a importância do destacado papel de atuação da autarquia com vistas a assegurar o Estado Democrático de Direito, a Carta Magna obteve sucesso ao destacar em seu artigo 134¹¹⁵ respeitáveis prerrogativas da instituição, evitando que haja o risco de subjugar a atividade da entidade ao alvedrio do Poder Executivo, o que feriria claramente o equilíbrio entre os poderes e tornaria a situação dos mais necessitados temerosa aos interesses de uma parcela ínfima da população que concentra a renda e dificulta a sua distribuição.

Portanto, a Defensoria Pública é a *longa manus* do estado brasileiro atuando de modo positivo, função consentânea aos direitos fundamentais sociais, razão pela qual, inclusive, em entendimento recente, a autarquia teve como recepcionada a sua atuação como *custos vulnerabilis*, o que possibilita uma ampliação no seu desempenho, na medida em que a entidade passa a ter a possibilidade de atuar processualmente quando entender que existem parcelas da coletividade que se encontram em risco social (CAVALCANTE, 2018).

Não obstante, nada mais justo que a ampliação do espectro de atuação da entidade, utilizando como balizamento o princípio da máxima efetividade constitucional, o que só tende a fortalecer o exercício da Defensoria Pública na atuação atinente aos direitos humanos e direitos fundamentais,

114 Artigo 5º, LXXIV, CF/88: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

115 Artigo 134, caput, CF/88: “ A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”. (Grifo nosso)

pois a busca pela justiça social não pode encontrar limites na própria Carta Maior, e sim, diversamente, obter através dela o justo motivo de sua amplificação.

Além disso, buscando uma relação de proximidade com a população, a autarquia procura com certa assiduidade realizar atividades de flagrante interesse público, informando a comunidade sobre os seus direitos, a exemplo de audiências públicas, mutirões de justiça realizados anualmente para alcançar um público necessitado cada vez maior.

Por consequência, à medida que há a ampliação do núcleo de assessoramento jurídico, faz-se da justiça o verdadeiro ideal acerca de estar ao alcance de todos indistintamente.

Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres [...] (CAPPELLETTI; GARTH, pp. 22-23, 1988).

O exercício dos deveres fundamentais sociais pelo Estado, na busca pela concretização dos direitos fundamentais sociais, implicitamente, encontra mais um importante princípio a ser respeitado: a vedação do retrocesso¹¹⁶ social, ligado umbilicalmente aos demais direitos fundamentais e corolário lógico da Carta Suprema.

Nesta senda, a Defensoria Pública luta, ainda, contra outro problema distante de solução pelo estado brasileiro na prática: um número insuficiente de defensores públicos com vistas a atender a população adequadamente.

[...] Antes de mais nada, para que o sistema seja eficiente, é necessário que haja um grande número de advogados, um número que

116 MELLO FILHO, José Celso de. ARE 639337 AgR, “[...] O princípio da proibição do retrocesso impede, em temas de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado [...]].

pode até exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 47).

A defasagem é cristalina no país inteiro, em que quase a totalidade das comarcas podem ser atestadas como desprovidas de defensores públicos suficientes para prestar assessoramento jurídico (ABRANTES, 2017), levando, inclusive, ao reconhecimento no Brasil do denominado Estado de Coisas Inconstitucionais, instituto jurídico importado do direito colombiano com vistas a reconhecer a situação de superlotação dos presídios brasileiros, acrescidos das más condições de conservação, falta de segurança dos próprios presidiários, representando lesão ao dever objetivo do Estado como garantidor, patente violação dos direitos humanos e tornando o objetivo de ressocialização na aplicação da pena uma realidade extremamente distante.

A referida situação possui íntima relação com a falta de defensores públicos em território nacional tanto nas defensorias estaduais e Distrito Federal (IPEA) quanto na defensoria da União (DPU, 2016), fator que tem incentivado as seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil a estabelecerem auxílio proporcionando atendimento gratuito àqueles que necessitam de suporte jurídico para amenizar as deficiências sofridas pela autarquia.

Noutro giro, a situação que afeta claramente a qualidade dos serviços prestados pela instituição tem um importante marco: o compromisso firmado de aparelhá-la para sanar as deficiências dentro do lapso temporal de oito anos, como bem se pode atestar no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 98¹¹⁷, em decorrência da emenda constitucional n° 80. Destarte, importante notar que o preceito deve ser encarado como uma norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta e imediata (CARVALHO, 2017).

117 ADCT, artigo 98: O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

Arrematando, insta relatar a existência de tramitação na Câmara dos Deputados da PEC n.º 487/2005.

[...] dispõe sobre relevantes mudanças na disciplina constitucional das Defensorias, atribuindo a estes órgãos maior independência, como a possibilidade de indicar o chefe da instituição, a iniciativa legislativa, maiores garantias para os Defensores Públicos (foro especial em razão da função, vitaliciedade, etc.) e a legitimidade do Defensor Público-Geral para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Esta PEC, longe de empenar o sistema de equilíbrio entre os Poderes, vem fortalecê-lo, pois retirará, definitivamente, os órgãos da Defensoria Pública da tradicional e inconveniente sujeição ao Poder Executivo, situação que só interessa a governos tiranos (CUNHA JÚNIOR, 2018, pp. 1105-1.106).

Portanto, fica registrado que a Defensoria Pública se destaca tanto no assessoramento jurídico em caráter individual como difuso, sendo reconhecida legalmente como legitimada para a propositura de Ação Civil Pública¹¹⁸, inclusive na posição de *custos vulnerabilis* (OLIVEIRA, 2018), situação jurídica cada vez mais fortalecida.

Nada se faz com maestria sem atenção àqueles aos quais a Constituição é endereçada: o seu próprio povo. Este é o melhor modo de tornar a Lei Maior respeitada, praticada e compromissada com as mudanças sociais, evitando que a Constituição seja meramente aparente. Sendo assim, a Defensoria Pública é fundamental para assegurar a estabilidade da Constituição de 1988, fazendo da sua atividade a promoção da igualdade e da justiça social.

Como todas as pessoas têm o mesmo valor, a justiça consiste em manter a igualdade nos casos concretos. Não basta afirmar com palavras que todos são iguais, devendo-se ter uma ordem social em que todos ‘possam ser’ iguais (DALLARI, 2010, p. 104).

118 A Lei 7.3.47/85 disciplina em seu artigo 5º “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: II - a Defensoria Pública.

5. Considerações Finais

Consoante tudo o que fora apresentado neste breve estudo, passamos a aduzir as observações que são inerentes.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração, criados após atestar a impossibilidade de abstenção estatal face aos problemas da sociedade, ensejaram o Constitucionalismo Social.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 inaugurou o rol de direitos fundamentais sociais.

O caráter dirigente, noticiado pelo português Canotilho, destaca-se pela assunção de compromissos sociais pelo Estado na Constituição, visando compatibilizar o documento com os anseios da sociedade no presente e projetando obrigações para o futuro, com vistas a evitar a perda da força normativa constitucional.

O Constitucionalismo Social está diretamente ligado ao dirigismo constitucional.

A Constituição Cidadã é dirigente, possuindo um amplo rol de direitos fundamentais sociais e normas programáticas que direcionam o programa estatal brasileiro, característica fundamental em países em subdesenvolvimento, cuja desigualdade social é acentuada.

Atenta ao risco de frustração das normas constitucionais, a Constituição Federal de 1988 disciplinou meios de assegurar a eficácia delas, a exemplo do Mandado de Injunção, a propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Os direitos-deveres fundamentais sociais são normas de eficácia plena e de aplicabilidade direta e imediata. Cada direito fundamental social existente na Carta Cidadã gera um direito subjetivo público para a sociedade e, portanto, um dever fundamental social público a ser exercido e viabilizado pelo Estado para ser gozado pela sociedade brasileira. Raciocínio diverso, inclusive utilizando de modo equivocado o princípio da reserva do possível, patrocinaria condutas omissivas pelo Estado.

A Constituição de 1988 foi a primeira dentre as Constituições brasileiras a apresentar em seu texto dispositivo referente à Defensoria Pública.

A Defensoria Pública é o instrumento garantido pela Lei Maior para assegurar o Constitucionalismo Dirigente brasileiro.

A autarquia fortalece a busca pela efetivação das normas constitucionais sociais no plano material, resguardando a luta pelos direitos fundamentais sociais dos hipossuficientes contra a exclusão social, bem como pela vedação ao retrocesso social e pelo fornecimento do mínimo existencial aos mais necessitados.

O reconhecimento da atuação autárquica como *custos vulnerabilis* é um avanço, possibilitando o exercício da instituição de modo mais sólido e utilizando a própria Constituição brasileira para fundamentar esta ampliação funcional, com arrimo no princípio da máxima efetividade constitucional.

A Defensoria Pública é o meio pelo qual a Constituição Federal de 1988 tem a possibilidade de efetivar a constante luta pela justiça social, de modo que o princípio da isonomia não se limite ao texto constitucional.

A Emenda Constitucional nº 80, em atenção ao artigo 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é um alento para que a autarquia possa ser mais valorizada e qualificada para suprir a demanda de hipossuficientes que precisam de assessoramento jurídico no Brasil.

A Proposta de Emenda Constitucional n.º 487/2005, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, é fundamental para fortalecer a entidade na luta pelos direitos fundamentais e pelos direitos humanos, na medida em que projeta o Defensor Público-Geral como legitimado para propor Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Referências

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Número de defensores federais cresce, mas déficit da DPU ainda é de 72%**. [Http://www.dpu.def.br/noticias-institucional/29526-numero-de-defensores-federais-cresce-mas-deficit-da-dpu-ainda-e-de-72](http://www.dpu.def.br/noticias-institucional/29526-numero-de-defensores-federais-cresce-mas-deficit-da-dpu-ainda-e-de-72).

ABRANTES, Talita. **Como a Falta de defensores (também) explica a crise dos presídios**. [Https://exame.abril.com.br/brasil/como-a-falta-de-defensores-tambem-explica-a-crise-dos-presidios/](https://exame.abril.com.br/brasil/como-a-falta-de-defensores-tambem-explica-a-crise-dos-presidios/).

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

BRASIL. **Lei n.º 7.347**, de 24 de julho de 1985.

[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm).

BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional n.º 487/2005**. [Http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=143B65C9C73B29121628F2DDB92E0E69.proposicoesWebExterno1?codteor=362085&filename=PEC+487/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=143B65C9C73B29121628F2DDB92E0E69.proposicoesWebExterno1?codteor=362085&filename=PEC+487/2005).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MELLO FILHO, José Celso de. **O princípio da vedação do retrocesso social. ARE 639337 AgR**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125. [Http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **¿Revisar la/o romper con la Constitucion Dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo**. Revista Española de Derecho Constitucional, ISSN 0211-5743, año n.º 15, N.º 43, 1995, p. 9-23. Traducción por Francisco CAAMAÑO. [Https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79530](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79530).

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução por Ellen Gracie NORTHFLEET. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Romulo Luis Veloso de. **Defensoria Pública, crise econômica e a Emenda Constitucional 80**. [Https://www.conjur.com.br/2017-out-24/tribuna-defensoria-defensoria-publica-crise-economica-emenda-constitucional-80](https://www.conjur.com.br/2017-out-24/tribuna-defensoria-defensoria-publica-crise-economica-emenda-constitucional-80).

CAVALCANTE, Bruno Braga. **A atuação defensorial como custos vulnerabilis no processo penal**. [Https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/tribuna-defensoria-atuacao-defensorial-custos-vulnerabilis-processo-penal](https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/tribuna-defensoria-atuacao-defensorial-custos-vulnerabilis-processo-penal).

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 12ª Edição, 2018.

_____. **Efetividade dos Direitos Sociais e Reserva do Possível**. <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/407399082/efetividade-dos-direitos-sociais-e-a-reserva-do-possivel>.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, 2010.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil geral e processo de conhecimento**. 19ª Edição. Salvador: JusPODIVM.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: estudo da organização constitucional brasileira**. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-06102010-154809. Acesso em: 2018-04-27.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

IPEA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil: Déficit de Defensores Públicos no Brasil**. [Http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores](http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores).

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. **Introdução ao Estudo sobre os Deveres Fundamentais**. Salvador: JUSPODIVM, 1ª edição, 2011.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. **Revista Direito Mackenzie**, ano 3, nº 2, 2002, p. 9-30 Disponível em: <Http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246>.

_____. **Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre os Direitos e Deveres Fundamentais**. Editora Coimbra, 2007.

OLIVEIRA, Mariana. **Questão de Moradia: Juiz do DF permite atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* em ACP.** <https://www.conjur.com.br/2018-mai-21/juiz-permite-atuacao-defensoria-custos-vulnerabilis-acp>.

SILVA, José Afonso da. **Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais.** Artigo de ZÉFIRO, Gabriel.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010.

O DESAFIO DA GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE COMO DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES DO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO

Laisa Naiara Euzebio de Sá

Felipe Dutra Asensi

INTRODUÇÃO

A Saúde universal e pública no Brasil, hoje um direito constitucional desmembrada em serviços e ações foi uma conquista em meio a um processo de luta pela redemocratização do país e bandeira do movimento pela reforma sanitária. A partir de 1990 consagrou-se enquanto política, a partir da implementação do Sistema Único de Saúde (SUS). A saúde compreendida de modo amplo, estando contidos na política princípios e diretrizes. Contudo a conquista legal, por si só, não promove a concretização do direito a saúde, acesso aos diversos serviços dessa Política, sendo necessárias ações efetivas.

A partir da década de 1990 no Brasil, no campo das políticas sociais, houve um ataque aos direitos conquistados, uma redução, privatização e precarização dos serviços prestados, processo que se nomeou contrarreforma do Estado. No campo da saúde foram postos limites para a concretização dos princípios e diretrizes do SUS, passando a concorrer uma lógica outra, a da precarização e privatização. Esse contexto passou a ter como consequência inúmeras demandas de saúde da população não atendidas ou com respostas morosas, trazendo impactos negativos na saúde da população. Uma alternativa encontrada foi recorrer à justiça para resolução dessas questões.

Observa-se porém, que o aumento da judicialização da saúde não veio acompanhado em mesma medida de alternativas outras de prevenção. Há um grande número de ações individuais, cuja resolução possui a centralidade no juiz e as respostas são pontuais e imediatistas.

Pontua-se que não é ilegítima a democratização do acesso à justiça e a resolução de demandas individuais. Contudo, problematiza-se que as respostas do judiciário, em sua maioria, não tem promovido implicações universais, com o alargamento do acesso a todos de modo que se pudesse ao menos reduzir a necessidade de acionar o judiciário nessas demandas. Desse modo, buscou-se observar alternativas para além do processo judicial na garantia do direito a saúde. Apresentam-se atualmente possibilidades de ações e atuações extra-judiciais de diferentes órgãos, em que evita-se o processo judicial, mas discute-se na ótica do direito questões e demandas postas, buscando não somente concretizar o direito já existente, mas ainda a possibilidade de alargamento desses e implementação de novos, processo de juridicização.

1 - Saúde Pública Universal no Brasil: o processo de conquista e retrocessos

A partir de 1970, aumentou de forma relevante no país a produção teórica e a realização de encontros na área da saúde coletiva com utilização de referências e instrumental das ciências sociais. Nesse cenário ocorreu a organização e articulação de profissionais da saúde pública do setor progressista, a partir do departamento de Medicina Preventiva, processo esse ulteriormente intitulado movimento sanitário.

Pode-se dizer que:

[...] A preocupação central da proposta é assegurar que o Estado atue em função da sociedade, pautando-se na concepção de Estado democrático e de direito, responsável pelas políticas sociais e, por conseguinte, pela saúde.

Como fundamentos dessa concepção destacam-se: democratização do cesso, universalização das ações, descentralização, melhoria da qualidade dos serviços com adoção de um novo modelo assistencial pautado na integralidade e equidade das ações e a participação

popular através de mecanismos como os conselhos e as conferências de saúde. Sua premissa básica consiste na Saúde como direito de todos e dever do Estado (BRAVO, 2007, p. 12).

Paim (2007) entende a Reforma Sanitária enquanto *proposta*, a partir do momento em que se documenta e encaminha a proposta; enquanto *projeto*, ao reunir políticas articuladas; enquanto movimento ao espalhar-se para as áreas ideológicas, culturais e políticas no objetivo pela democratização da saúde e ainda enquanto *processo*, pois não tem um fim em si, é partícipe da totalidade social. A saúde assume nesse período uma dimensão política.

Nesse contexto de mudança da sociedade brasileira, foi promulgada a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), na qual estão postas as políticas da seguridade social: saúde, previdência social e assistência social. A seguridade social assume um caráter híbrido, ao passo que “conjuga direitos derivados e dependentes do trabalho (previdência) com direitos de caráter universal (saúde) e direitos seletivos (assistência)” (BOSCHETTI, 2009, p. 391).

Sobre a conquista constitucional, cabe pontuar que foi aprovada em uma conjuntura de lutas dos movimentos sociais e do processo de redemocratização do país. A saúde está posta nesta Carta Magna como direito de todos e dever do Estado, tendo incorporado o modelo de saúde presente no movimento da Reforma Sanitária, bem como grande parte das deliberações da VIII Conferência Nacional de Saúde.

O dever do Estado em garantir saúde pública e de qualidade extensiva a toda população brasileira previsto na Constituição Federal de 1988 é reforçado na Lei n. 8.080/1990, que instituiu o Sistema Único de Saúde¹¹⁹ e data desse mesmo ano a Lei 8.142, que trata da participação da população, a ser exercida por meio de conselhos e conferências, os quais: “para além do controle social, expressam a tentativa de construção de gestão participativa, bem como tentativa de transcender a cultura clientelista, patrimonialista e personalista da política brasileira” (NORONHA, LIMA E MAHADO, 2008). A concretização do SUS, contudo, depende também de processo de lutas e disputas em torno de um projeto societário de transformação social.

119 Para detalhamento dos princípios do SUS vide Noronha, Lima e Machado (2008).

Os anos 1990 marcaram o início de um movimento que reorientou a lógica das políticas públicas, contribuindo para não efetivação do SUS integralmente como previsto em lei.

O Brasil enfrentou em 1990 do século XX início de um contexto de mudanças nos âmbitos político, econômico, cultural e social com o avanço do neoliberalismo, que representou um ataque às políticas públicas, um desmonte do que fora conquistado, concretizando o processo de *contrarreforma* do Estado brasileiro.

Nesse contexto, o setor de saúde foi diretamente afetado, os autores afirmam que

[...] a agenda da reforma sanitária brasileira é construída na contra-corrente das tendências hegemônicas de reforma dos Estados nos anos 80, e sua implementação nos anos 90 se dá em uma conjuntura bastante adversa. Face ao novo cenário político nacional, a construção do SUS expressa essas tensões, sendo observados tanto avanços como dificuldades nos diversos âmbitos estratégicos para a implantação do SUS (LEVCOVTIZ, LIMA e MACHADO, 2001, p. 270)

Em relação à conjuntura política, econômica e social e práticas governamentais nesse período, a partir de PAIM, 2007 observou-se que no final do governo Sarney (1985-1990) havia um contexto ainda de cultura do clientelismo, crise fiscal, grande inflação, política recessiva, perda do poder aquisitivo dos trabalhadores da saúde e propagação do ideário neoliberal o que acabou gerando condições desfavoráveis para seguimento de implementação do projeto da Reforma Sanitária.

Posteriormente no governo Collor (1990-1992) a ideologia neoliberal espraia-se para todas as esferas e a conjuntura política e econômica seguia não favorável à implementação total das diretrizes orgânicas da Reforma Sanitária, mas foram possíveis algumas “negociações” (no sentido político e não pejorativo). Em que pese alguns artigos vetados, foi sancionada a lei Orgânica da Saúde, que há que ser considerada um conquista do movimento e da sociedade. E após seguimento da luta política, foi houve a complementação pela Lei 8.142 que trata da participação da sociedade no SUS. Contudo o contexto era de piora das condições de vida da popula-

ção, política de ajustes econômico, privatização e não comprometimento estatal com as políticas sociais.

Após o impeachment de Collor inicia Itamar Franco (1992-1995) e diante da questão anterior com financiamento, o Ministério Público passou a ser um aliado do movimento sanitário da defesa dessa questão legal. O então governo passou a atuar para descentralização da saúde, operando através das Normas Operacionais Básicas (NOBs). Avançou nessa atuação, mas não valorizou a integralidade. Foi criado no período desse governo o Programa de Saúde da Família (PSF) e iniciada a discussão sobre medicamentos genéricos e sobre a Reforma Psiquiátrica (PAIM, 2007).

Fernando Henrique Cardoso (FHC) (1995-2002) do PSDB, iniciou o processo de contrarreforma do Estado brasileiro, cuja bases estão contidas no Plano Diretor de Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), sob coordenação do então ministro Bresser Pereira. (REZENDE, 2008). Na área da saúde foram criadas as Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) que expressam o projeto privatizante do governo FHC e a tendência de enxugar o Estado, flexibilizar a força de trabalho e eliminar o controle social.

No governo sucessor de Luis Inácio Lula da Silva (2003-2010) do PT, em relação à saúde permaneceu o desfinanciamento; a focalização, precarização e terceirização dos recursos humanos. Quanto às inovações trazidas pelo governo Lula na saúde, foi criada a Secretaria de Gestão do Trabalho em Saúde, com o objetivo de formação de recursos humanos para saúde e regulamentação profissional e do mercado de trabalho nesta área. Em relação ao fortalecimento do controle social nesta área, criou-se a Secretaria de Gestão Participativa.

Após o fim do segundo mandato de Lula, é eleita Dilma Rousseff (PT). No que tange a iniciativas na área da saúde, em 2011, é criada a Rede Cegonha, responsável pela atenção à saúde de grávidas e puérperas, e o Programa Aqui Tem Farmácia Popular, com a oferta de medicamentos bem como a ampliação das Unidades de Pronto Atendimento (UPA's), as quais reforçam o modelo hospitalocêntrico (BRAVO; MENEZES, 2011). Houve seguimento ao projeto da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) pelo Projeto de Lei (PL) n. 1749/2011, que consiste em uma empresa pública de direito privado para reestruturação dos

Hospitais Universitários (HU's). Esse projeto está ligado não só a privatização da saúde, mas também da educação.

O sucessor foi Temer, o qual iniciou o mandato após processo de impeachment da presidenta anterior e que muitos autores nomearam de golpe perpetrado por ele. Durante o governo Temer houve um severo ataque aos direitos sociais e medidas que expressaram uma tentativa de desmonte do SUS, conforme é citado ocorre:

[...] a aceleração dos processos de contrarreforma e a continuidade do processo de privatização *não clássica* na saúde, adensados pelo congelamento de recursos orçamentários para as políticas sociais por vinte anos, a proposição dos chamados planos de saúde acessíveis, propostas de retrocessos na política de saúde mental e de mudanças na Política Nacional de Atenção Básica (PNAB); articulação efetiva com o setor privado através da Coalizão Saúde [...] Em síntese, o Governo Temer repete na saúde a sua tática para o conjunto da gestão, que consiste no aprofundamento das contrarreformas e na aceleração do desmonte das políticas públicas e universais. (BRAVO, PELAEZ e PINHEIRO, 2018, P. 13).

Nessa conjuntura neoliberal, destaca-se a despolitização da participação social bem como a oferta de serviços que se dá de forma fragmentada, segmentando os usuários. Percebe-se um esvaziamento da dimensão política, privilegiando-se a dimensão de gerência em detrimento à dimensão de gestão, a relação custo / efetividade em detrimento à eficácia social e a promoção, por parte do Estado brasileiro da desarticulação das dimensões econômica e social da política de saúde (COHN, 2009).

Em um contexto de privilegiamento dos lucros em detrimento da oferta de serviços de saúde há um movimento crescente, tendo por base a legislação, de busca-se a efetivação desse direito tão caro e essencial via justiça. Nesse sentido, no próximo capítulo serão trazidas algumas questões a despeito do processo de judicialização da saúde.

2 – JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Compreende-se que uma política que na lei é destinada a todos, não garante somente por esse fato acesso, sendo imprescindíveis condições ob-

jetivas para essa garantia. Pressupõe-se que a judicialização tem sido uma das formas de acesso à saúde na atualidade, quiçá, em alguns casos, a única *forma* de acesso.

Assis e Jesus (2012) apresentam a categoria *acesso* como multifacetada e multidimensional, dividida em quatro dimensões, quais sejam: política, econômico-social, organização da rede, técnica e simbólica e evidenciam ser fundamental considerar a discussão pautada nos princípios da universalidade e equidade. Entender a categoria *acesso* a partir dos princípios supracitados requer a problematização acerca da oferta de serviços disponibilizados e a real necessidade da população, considerando as particularidades dos grupos populacionais, condições de vida e trabalho, cultura, idade e necessidades específicas dadas por diferentes acometimentos de saúde. Considera-se fundamental a integralidade entre os serviços da política de saúde e entre as políticas sociais, de uma maneira geral.

Diante do sucateamento da saúde pública, a população usuária dos serviços de saúde não tem suas necessidades atendidas, enfrentando um contexto de falta de medicamentos e insumos básicos, dificuldade para atendimento em determinadas especialidades de saúde, etc.

Parte disso acredita-se que diz respeito ao embate, ou à dissonância, se assim preferir, entre o SUS previsto na lei *versus* os serviços de saúde pública oferecidos em contexto neoliberal. A exemplo do exposto, o SUS prevê acesso universal e igualitário as ações e serviços, o que há que se relacionar com a equidade e integralidade. Contudo, no contexto de privatização e focalização o acesso, da maneira supracitada, não se concretiza, pois seria necessária integralidade dentro da própria política de saúde e desta com as demais. Na atual conjuntura ao invés de integralidade observa-se uma focalização na pobreza (SUS pobre para os pobres), precarização dos níveis de atenção e quebra do sistema de referência e contrarreferência. Importante ressaltar que os princípios e diretrizes do SUS não são negados explicitamente, ou seja, não é assumida essa negação, havendo uma refuncionalização desses princípios. (SOARES, 2010).

No contexto dos movimentos contemporâneos, o processo de judicialização da saúde, aqui compreendido enquanto um desses, deve ser analisado e problematizado, visto que se trata da intervenção da justiça para promover acesso a uma política pública já garantida em lei, o que se entende como uma contradição.

Diante das várias definições e aspectos, faz-se necessário conceituar o termo *judicialização da saúde*. Gotijo (2010) define esse fenômeno, denominado judicialização da saúde, como inúmeras demandas judiciais nas quais são exigidos tratamentos, concessão de medicamentos ou acesso às tecnologias não incorporadas pelo Sistema Único de Saúde. Conforme esse autor, as demandas judiciais por questões de saúde são desencadeadas a partir da não satisfação das necessidades de saúde da população. Ramos (2015, p. 9) afirma que as inúmeras demandas da saúde que tramitam em processos judiciais fazem com que a judicialização da saúde seja

[...] uma expressão cada vez mais presente nos cenários de assistência à saúde materializada, principalmente, pelos mandatos judiciais para realização de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos, consultas, internações e dispensação de insumos médico-cirúrgicos.

Nesse contexto de judicialização da saúde, problematiza-se o grande quantitativo de ações individuais *versus* o parco número de ações coletivas. A hipótese perseguida nessa pesquisa é que as ações coletivas e iniciativas coletivas para além da focalização decisória no juiz, mas com rigor de discussão à luz do direito, teriam maior potencial para fomentar criação de políticas públicas, com vistas a atender a médio e longo prazo a maior parte da população. E nesse ponto elucidam Ajouz e Cavalcante (2015, p. 16-17) ao afirmarem que nas ações individuais *se negligencia a inata feição coletiva dos direitos sociais, de que fazem parte as prestações sanitárias*. Já no que tange as ações coletivas, apesar de se avaliar reducionista revela o poder que tais ações podem ter no sentido de força política, os autores pontuam ser

[...] uma possibilidade no que tange ao aperfeiçoamento da política pública, pois as ações coletivas proporcionam um debate amplo sobre a própria, permitindo assim uma discussão sobre o custo benefício da implementação de novos tratamentos. É sadio para extensão da democracia esse tipo de certame.

Importante mencionar brevemente a questão de financiamento e custos, posto que o recurso dispensado passa a prover de fonte diferenciada

devido a porta de entrada ter sido judicial e não como prevê a política de saúde. Sobre isso, sustenta a autora:

Outro apontamento interessante consiste na possibilidade de causar um impacto negativo no planejamento orçamentário e na organização das práticas dos serviços de saúde, uma vez que, para o cumprimento de uma sentença judicial, a licitação pública é dispensada mediante o caráter de emergência no atendimento do mandado judicial. Além disso, em muitas das vezes, desorganiza e desrespeita protocolos institucionais de atendimento e desconsidera a existência de outras pessoas na espera por determinado recurso, exames e leito de internação, como exemplos. (RAMOS, 2015, p. 19–20).

Seguem alguns dados estatísticos do Ministério da Saúde e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que revelam o número de ações na área da saúde e as demandas.

Figura 1 – Gastos com Judicialização da Saúde no Brasil no ano de 2014



Fonte: FARIELLO, 2017.

Segundo dados do Ministério da Saúde apresentados por FARIELLO, Em sete anos, foram destinados pela União R\$ 4,5 bilhões para atender a determinações judiciais de compra de medicamentos, além de depósitos judiciais, um aumento de 1.010%, entre 2010 e 2016. Em 2017, até agosto, a cifra já chega a R\$ 721,1 milhões. (FARIELLO, 2017).

Em relação aos processos judiciais relacionados à saúde no Rio de Janeiro, nos anos 2017 e 2018:

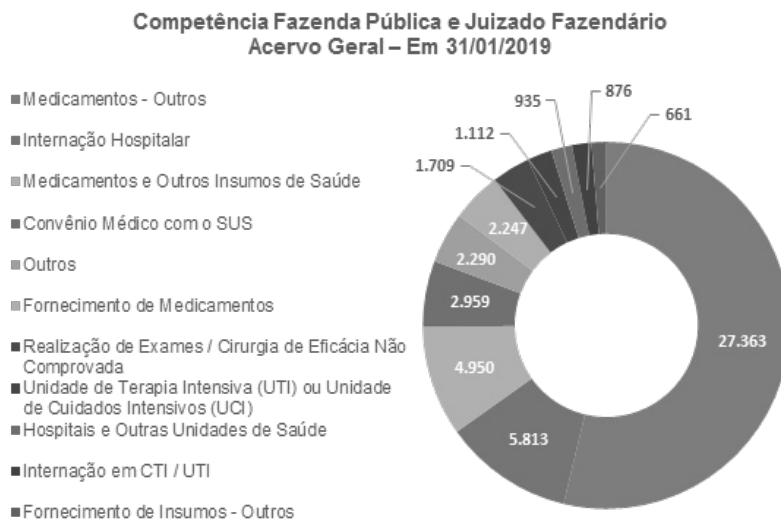
O Tribunal de Justiça do Rio recebeu, em 2017, 16.491 novas ações ligadas à área de saúde, como pedidos de fornecimento de medicamentos e de internações, além de processos contra planos de saúde, entre outros. O ano terminou com um acervo de 566.229 processos do segmento na Justiça fluminense. Somente em janeiro de 2018, outros 1.422 casos chegaram ao Judiciário do Rio (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2018b).

Figura 2 – Demandas Judicializadas na área da Saúde no Rio de Janeiro comparativo dos anos de 2013 à 2019

Competência Fazenda Pública e Juizado Fazendário – Acervo Geral								
Assuntos	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019*	%
Medicamentos - Outros	15.173	17.823	20.438	22.908	26.567	27.407	27.363	53,74%
Internação Hospitalar	2.433	3.664	4.634	4.862	5.294	5.773	5.813	11,42%
Medicamentos e Outros Insumos de Saúde	771	1.990	3.424	3.364	3.855	4.791	4.950	9,72%
Convênio Médico com o SUS	509	1.231	1.929	2.188	2.661	2.906	2.959	5,81%
Fornecimento de Medicamentos	4.650	4.089	3.345	2.840	2.533	2.276	2.247	4,41%
Realização de Exames / Cirurgia de Eficácia Não Comprovada	1.905	2.199	2.383	2.209	1.999	1.731	1.709	3,36%
Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou Unidade de Cuidados Intensivos (UCI)	148	286	472	746	1.046	1.126	1.112	2,18%
Hospitais e Outras Unidades de Saúde	141	281	378	625	814	934	935	1,84%
Internação em CTI / UTI	2.888	2.168	1.560	1.201	1.052	915	876	1,72%
Fornecimento de Insumos - Outros	601	765	836	749	720	666	661	1,30%
Outros	6.880	5.061	3.602	3.306	2.637	2.308	2.290	4,50%
Total	36.099	39.557	43.001	44.998	49.178	50.833	50.915	-

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

Figura 3 – Demandas Judicializadas na área da Saúde no Rio de Janeiro em 2019



Fonte: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

Ao analisar as demandas judicializadas por assunto e o quantitativo dessas, observa-se um grande número em relação aos pleitos por medicamentos, internações hospitalares e insumos de Saúde.

O processo de intervenção da justiça para o acesso à saúde atualmente é de interesse de diversos grupos, estudiosos, magistrados, profissionais, representantes dos usuários, conselheiros, etc. Diante do crescimento desse processo e da necessidade de melhor compreensão, organização, suporte técnico e ainda evitar determinadas ações, uma prevenção, se assim pode-se dizer, têm sido criadas algumas iniciativas por parte do poder público a partir de instituições tanto da política de Saúde quanto do judiciário.

Em 2010 foi instituído pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde com vistas à realização de estudos e normativas com fim de dar efetividade aos processos judiciais e evitar novos. Ainda a despeito do CNJ, cabe mencionar que em 2017 foi realizada por esse Órgão uma audiência pública de nível nacional, com vistas a discussão da jurisdição em processos na área da saúde, evento no qual houve grande número de inscritos para participação e tendo sido levados temas como subfinanciamento da saúde por parte do Estado; dificuldade de acesso à medicação; alegação de mudança do perfil epidemiológico e não acompanhamento do acesso aos serviços; confusão de responsabilização dos entes federados e impacto na questão financeira; regulamentação de tecnologias em saúde; alta carga da judicialização da saúde aos municípios; menção ao e-NatJus¹²⁰ enquanto núcleo de apoio técnico do judiciário; apontamento nos processos a demanda grande por medicamentos e internação hospitalar; falta de monitoramento dos processos de judicialização.

No âmbito do Ministério da Saúde, em 2017 foi criado o Núcleo de Judicialização¹²¹ sendo uma iniciativa da gestão com a finalidade de organizar e promover o atendimento das demandas judiciais. Faz parte

120 Pareceres, notas e informações técnicas, com vistas a conceder aos magistrados suporte técnico científico quanto a medicamentos para balizar decisões de concessão ou não.

121 Núcleo instituído pela PORTARIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE Nº 2.566, DE 4 DE OUTUBRO DE 2017.

da proposta a emissão de relatórios periódicos dos processos após análise, dando subsídio à consultoria jurídica.

A hipótese perseguida é de que as ações coletivas teriam maior potencial para fomentar criação de políticas públicas, com vistas a atender a médio e longo prazo a maior parte da população. Contudo, problematiza-se o grande quantitativo de ações individuais *versus* o parco número de ações coletivas. Esse fato foi observado em pesquisa do CNJ em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) desenvolvida entre 2013 e 2014:

a proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande, de modo que a maioria radical de demandas judiciais de saúde versem sobre ações individuais. Isso reforça a ideia de que a microlitigação é um dado em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde (ASENSI; PINHEIRO, 2015).

Avalia-se que na atual conjuntura de redução de direitos, precarização da saúde e despolitização, dentro da judicialização, a opção por ações coletivas é um desafio. Entende-se também que a referida opção demanda um entendimento da população dessa conjuntura e de opção política de associações de direitos (que por vezes orientam usuários e são autoras de tais processos), advogados e dos próprios magistrados.

Diante do exposto, considera-se importante o entendimento do processo de judicialização de forma ampliada, contemplando, conforme defendem Ventura et. al. (2010, p. 78), “os aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, que vão muito além de seu componente jurídico e de gestão de serviços públicos”.

Acredita-se que se por um lado o processo de judicialização efetiva o acesso a justiça de muitos cidadãos, por outro tem aumentado em proporções gigantescas inúmeras ações individuais e pontuais (com respostas também nessas características) não resultando em efetivações amplas que venham a causar impactos duradouros e universais à luz dos princípios e garantias do SUS. Com essa observação não desconsidera-se a legitimidade das demandas apresentadas e as ausências concretização do direito à saúde. Contudo observou-se pelos dados trazidos o aumento desses pro-

cessos judiciais, majoritariamente individuais, o que não tem resultado na ampliação ou alargamento do direito à saúde, de um modo geral. Desse modo coloca-se como fundamental examinar possibilidades para garantia do direito à saúde para além da judicialização.

Nesse contexto tem ganhado espaço possibilidades de resolução de demandas via diálogos institucionais, pactuações, mediações, por meio de órgãos judiciais, extrajudiciais e instituições da sociedade civil como Conselhos de Direitos.

Observa-se então esse movimento que busca resolver as demandas sem implementar um processo judicial, contudo analisando e discutindo as questões a partir da ótica do direito. Ocorrendo um maior protagonismo de instituições para além do judiciário, retirando a visão de resolução de conflitos apenas na centralidade da figura do juiz. Asensi (2010) caracteriza esse processo como *juridicização*, atuação tanto na garantia dos direitos já estabelecidos quanto na construção de novos.

A respeito de algumas características do processo de juridicização, o autor supracitado afirma que se preconiza a resolução a partir do diálogo, negociação e pactuação; estabelecimento de estratégia com tempo determinado para execução de políticas públicas; atuação de maior diversidade de atores e instituições, inclui-se aqui a sociedade civil; levando em consideração as particularidades e implicações de cada contexto

Observou-se que enquanto o judiciário é estático e tem ações condicionadas a uma provocação exógena, as demais instituições possuem uma maior dinamicidade e são propositivas e “preventivas”. O Ministério Público (MP) torna-se uma instituição importantíssima, considerando seu caráter independente dos demais três poderes, sua possibilidade de agir sem necessariamente ser provocado e defesa dos direitos da coletividade. Além desse podemos citar outras instituições como a Defensoria Pública e os conselhos.

O Ministério Público tem a possibilidade de implementar medidas e ações extrajudiciais tanto para sondar demandas, buscar subsídios para determinadas sustentações e temas como para promover a concretização do direito a saúde, a saber: audiência pública, recomendação, termo de ajustamento de conduta (TAC).

Entende-se que a juridicização na saúde, as ações e proposições de instituições diversas com vistas a garantia do direito à saúde é uma alter-

nativa importante frente a crescente judicialização nessa área e a permanência de demandas não concretizadas. Avalia-se que no estado do Rio de Janeiro poderia-se ter uma maior aproximação da temática, tanto na discussão quanto em ações, para que a efetividade dessa prática ocorra, com vistas a um processo mais democrático, universal e duradouro de garantia do direito à saúde.

CONCLUSÃO

A conquista da saúde pública e universal no Brasil foi fruto de um processo de luta em um momento de redemocratização do país. Foi posta enquanto política da Constituição Federal de 1988 e em 1990 criado o SUS. A contrarreforma do Estado brasileiro, a partir do ideário neoliberal que passou a reger as políticas sociais no país a partir de 1990, colocou limites à concretização do SUS e ao acesso da população aos serviços da política de saúde.

O processo de judicialização da saúde tem seu início, no Brasil, em um momento marcado, de modo geral, pela retração de direitos conquistados. As conquistas constitucionais são alardeadas pela lógica neoliberal que se instaurou no país na década de 1990. Tendo ações iniciais de judicialização apresentando com principais demandas a medicação e intervenções clínicas, por associações de patologias, movimentos de pessoas com HIV/Aids, bem como alguns profissionais envolvidos, o início do movimento, teve pois característica coletiva.

O então mencionado ataque aos direitos sociais passou a gerar uma infinidade de demandas não atendidas pelo Estado, não sendo diferente com a saúde pública. Há um desrespeito aos princípios e diretrizes do SUS e a população passa a ter inviabilizado o acesso aos diferentes serviços e insumos previstos pela política de saúde.

Observa-se uma crescente no processo de judicialização da saúde, mas com característica de demandas individuais e com resposta de judiciário de modo pontual e encerrando sua atuação aí. Desse modo as ações tendem a continuar crescendo, inflando o judiciário e não tendo impacto coletivo. Coloca-se então fundamental pensar e discutir outras alternativas para além da centralidade no juiz.

Apresentou-se a juridicização enquanto possibilidade de evitar o acúmulo de processos no judiciário, com respostas pontuais, individuais e

imediatistas, ir para além da resolução centrada na figura do juiz, e promover o debate à luz do direito. Engloba diversas instituições, buscando lançar mão de medidas extrajudiciais, promovendo o acesso à saúde, mas ao mesmo tempo, pensar e implementar medidas preventivas e possibilidade de alargamento de direitos. Entende-se que na conjuntura atual é uma alternativa interessante para garantia de acesso ao direito da Saúde, à luz dos princípios e diretrizes do SUS. Avalia-se, contudo, que esse processo, essa nova via deve ser alargada tal como proposta, no sentido democrático e de inclusão de espaços coletivizados nessa discussão e busca de solução conjunta para as demandas apresentadas e para as ausências que nem sempre são trazidas, com vistas a discussão a luz do direito sim, com buscas a solução, mas com maior participação da sociedade civil em um processo de construção democrática na defesa dos direitos na área da saúde. Avalia-se importante o aprofundamento do estudo teórico e prático dessa temática para subsidiar a avaliação do processo e de experiências de juridicização da saúde.

O direito a saúde é uma questão cara quando se discute processo democrático no Brasil. Importante o acúmulo teórico do que foi o processo de construção do SUS, como se configurava também a política de saúde antes do SUS, o contexto atual e onde e como a política de saúde tem se encontrado, bem como pensar e aprofundar os estudos sobre experiências atuais na defesa e garantia do direito à saúde no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

AJOUZ, Igor; CAVALCANTE, Carolina Moura. Parâmetros para o enfrentamento de demandas judiciais no âmbito da saúde: a ampliação teórica no caso *Soliris*. **Águila**: revista interdisciplinar da Universidade Veiga de Almeida v.6, n.12 Rio de Janeiro: Universidade Veiga de Almeida, jan./jun., 2015.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a04v20n1.pdf>>. acesso em 09 Abr. 2019.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

ASSIS, Marluce Maria Araújo; JESUS, Washington Luiz Abreu de. Acesso aos serviços de saúde: abordagens, conceitos, políticas e modelo de análise. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v.17,n.11,nov. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n11/v17n11a02.pdf>>. Acesso em: 25 Jul. 2019.

BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. In. **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais**, Brasília: CEFESS/ABEPSS/CEAD/UNB, 2009. P. 383-401.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 16 mar. 2019.

_____. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm >. Acesso em 16 mar. 2019.

_____. **Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm >. Acesso em 16 mar. 2019.

_____. *Conselho Nacional de Justiça. Resolução N° 107 de 06/04/2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em 26 Jul.2019.

_____. **Audiência Pública: Prestação da Jurisdição em processos relativos à saúde**. 2017 (vídeo). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>

eventos-campanhas/evento/486-audiencia-publica-sobre-prestacao-da-jurisdicao-em-processos-relativos-a-saude>. Acesso em 26 Jul.2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. PORTARIA Nº 2.566, DE 4 DE OUTUBRO DE 2017. Institui Núcleo de Judicialização. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt2566_05_10_2017.html>. Acesso em 26 Jul.2019.

BRAVO, Maria Inês de Souza. **Serviço Social e Reforma Sanitária: lutas sociais e práticas profissionais**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2007.

BRAVO, Maria Inês de Souza; MENEZES, Juliana Souza Bravo. A saúde nos governos Lula e Dilma: algumas reflexões. In: **Cadernos de Saúde**. Projeto Políticas de Saúde – UERJ/ Faculdade de Serviço Social. Setembro de 2011, p. 15- 28

BRAVO, Maria Inês Souza; PELAEZ, Elaine Junger; PINHEIRO, Wladimir Nunes. **As contrarreformas na política de saúde do governo Temer**. In: Argum. Vitória, v. 10, n. 1, p. 9-23, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/19139/13218>>. Acesso em 25 Jul. 2019.

COHN, Amélia. **A reforma sanitária brasileira após 20 anos do SUS: reflexões**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 25(7):1614-1619, jul, 2009.

Conselho Nacional de Justiça. Audiência Pública: Prestação da Jurisdição em processos relativos à saúde, Conselho Nacional de Justiça, 2017 (vídeo). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/486-audiencia-publica-sobre-prestacao-da-jurisdicao-em-processos-relativos-a-saude>>. Acesso em 27 Jul. 2019.

FARIELLO, Luiza. Agência CNJ de Notícias. **TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde**, 11/12/2017 - 16h22. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude>>. Acesso em 19 Jul. 2019.

GOTIJO, Guilherme Dias. A judicialização do direito à saúde. **Rev Med Minas Gerais**; 20(4): 606-611, 2010. Disponível em: <<file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/v20n4a18.pdf>>. Acesso em 03 Abr. 2019.

LEVCOVITZ, Eduardo; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. Política de saúde nos anos 90: relações intergovernamentais e o papel das Normas Operacionais Básicas. **Ciênc. saúde coletiva**, São Paulo , v. 6, n. 2, p. 269-291, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232001000200002&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 01 Mai. 2019.

NORONHA José Cavalcante, LIMA Luciana Dias, MACHADO Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: GIOVANELLA, ESCOREL, LOBATO, NORONHA, CARVALHO (Orgs.) **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fio-cruz, 2008, p. 435-472.

PAIM, Jairnilson Silva. **Reforma Sanitária Brasileira: Contribuição para a compreensão e crítica**. Tese (doutorado) Instituto de Saúde de Coletiva, Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2007.

_____. Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, p. 1723-1728, junho de 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018000601723&lng=en&nrm=iso>. acesso em 03 de maio de 2019.

RAMOS, Raquel de Souza. **As representações sociais da judicialização da saúde para os profissionais de saúde**. 2015. Tese (Doutorado). Faculdade de Enfermagem, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: < http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8601>. Acesso em: 03 Abr. 2019.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira. O modelo de gestão do SUS e as ameaças do projeto neoliberal. In: BRAVO, Maria Inês Souza et. al. (Org.) **Política de saúde na atual conjuntura: modelos de gestão e agenda para a saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rede Sirius/Adufrj-SSind, 2008, p. 25-35.

SOARES, Raquel Cavalcante. **A contrarreforma na Política de Saúde e o SUS hoje: impactos e demandas ao serviço social**. Recife, 2010. 209 f. Tese (Doutorado em Serviço Social)–Programa de Pós Graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Pernambuco, 2010.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Comitê Estadual de Saúde. **Dados Estatísticos**, 2018. Dados organizados pela Divisão de Coleta e Tratamento de Dados – DICOL do Departamento de Informações Gerenciais da Prestação Jurisdicional – DEIGE. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/comite-estadual-de-saude/dados-estatisticos>>. Acesso em 06 Abr. 2019.

_____. **Processos na área de saúde atingem no TJRJ a marca de mais de meio milhão em 2017**. Notícia publicada por Assessoria de Imprensa em 22/02/2018, 12:00hs. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5202774>>. Acesso em 06 Abr. 2019.

VENTURA, Miriam et.al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 20 [1]: 77-100, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

A SALA DE MÁQUINAS DAS CONSTITUIÇÕES LATINO- AMERICANAS: UM AVANÇO AO ATIVISMO JUDICIAL?

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

INTRODUÇÃO

Roberto Gargarella nasceu em Buenos Aires. Graduou-se em Direito, é Mestre em Ciências Políticas e Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Em 1994, se tornou Pós Doutor.

O autor é professor de Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires e é considerado como um dos principais expoentes do Constitucionalismo da América Latina.

Sua produção teórica é enorme e ocupa um lugar importante na academia jurídica da região. Trata-se de um investigador profissional e seus marcos teóricos advêm do liberalismo igualitário anglo-saxão.

Gargarella escreveu sua obra “A Sala de Máquinas da Constituição” em 2014 e, com certeza, é um dos livros mais ambiciosos e importantes do Direito Constitucional Contemporâneo.

A Sala de Máquinas da Constituição retrata dois séculos do Constitucionalismo Latino-Americano (1810-2010), do período da independência até os dias atuais, com ênfase no esforço para assegurar o multiculturalismo e os direitos humanos do final do século XIX e início do século XXI.

Gargarella examina o período fundacional do Constitucionalismo da América Latina, marcado por compromissos liberais e conservadores. Mais adiante, ele discute a incorporação dos direitos sociais, bem como as reformas, que introduziram um aumento da proteção dos direitos humanos na última metade do século XX e início do século XXI.

O autor argentino faz, ainda, uma crítica contundente à estrutura de poder centralizada e verticalizada. E afirma que os direitos adicionais nas Constituições Latino-Americanas restam aniquilados pela falha na reorganização das estruturas de poder.

Roberto Gargarella defende que o Poder Judiciário pode cumprir um importante papel na efetivação dos direitos, mas reitera que os cidadãos devem ser protagonistas das decisões.

Desta forma, o objetivo deste trabalho é analisar o papel do judiciário na efetivação dos direitos sociais nas Constituições da América Latina. Além disso, busca-se perquirir se o Poder Judiciário pode ser considerado como um meio alternativo para se adentrar à Sala de Máquinas da Constituição.

Para tanto, no primeiro capítulo deste trabalho, será analisada a biografia de Roberto Gargarella, os principais aspectos de sua obra “A Sala de Máquinas da Constituição”, bem como os principais aspectos do Constitucionalismo do México, Venezuela e Equador. No segundo capítulo, será analisada o caso da Sala IV. Em seguida, o papel do juiz na Sala de Máquinas da Constituição. Por fim, será analisada a Teoria do Constitucionalismo Democrático e o papel do Poder Judiciário à luz de Reva Siegel e Robert Post.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em revisão bibliográfica.

2. DO AUTOR E DA OBRA A SALA DE MÁQUINAS DA CONSTITUIÇÃO

Roberto Gargarella nasceu em 1964, em Buenos Aires. Graduou-se em Direito no ano de 1985 e em Sociologia em 1987 pela Universidade de Buenos Aires. É mestre em Ciências Políticas pela Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais e Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Em 1994, se tornou Pós Doutor.

O autor é professor de Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires. Como pesquisador, tem a democracia, em sua vertente dialógica, conforme concepção do filósofo alemão Habermas e o constitucionalismo latino-americano como seus principais temas de interesse.

Pode-se afirmar que a formação acadêmica-profissional do autor foi, sobretudo, com Carlos Nino, na Argentina, com quem trabalha há mais de dez anos. Sua carreira possui uma forte influência da ideia de democracia deliberativa, de uma ideia de autonomia individual e, por outro lado, possui um viés mais republicano, socialista, com uma forte ideia de autogoverno.

Gargarella é considerado como um dos principais expoentes do constitucionalismo latino-americano e o seu livro “A Sala de Máquinas da Constituição” é, sem dúvida, um dos livros contemporâneos mais importantes para o Direito Constitucional. Trata-se de um clássico, uma obra de maturidade.

O autor, no seu livro “A Sala de Máquinas da Constituição”, analisou dois séculos de Constitucionalismo Latino Americano, por meio de um estudo acerca do modelo constitucional que vigora na América Latina, amparando-se em argumentos históricos, filosóficos e sociológicos. Fez, ainda, uma contundente crítica à estrutura de poder centralizada e verticalizada das Constituições da América Latina.

Gargarella, em seu estudo, aponta as similaridades existentes entre os Modelos Constitucionais vigentes na América Latina, propondo haver uma contradição entre as reformas constitucionais no tocante à conquista de direitos, principalmente àqueles de participação, contudo aliados à manutenção ou aumento da concentração do poder político do executivo.

O direito constitucional latino americano, em meados do século XIX, se distinguiu em dois períodos extremamente diferentes. Um, que se iniciou em 1810, e foi concluído com a guerra de sua independência contra a Espanha, e outro que data esta época e termina nos dias atuais.

Segundo Gargarella

O que ele queria era pensar qual deveria ser o espírito do novo direito constitucional da América Latina, já que o direito constitucional vigente parecia ser expressão das necessidades americanas de

outro tempo e, como tal, alheio às necessidades atuais da América. Necessidades que em outro tempo eram acessórias, hoje, elas são dominantes. (GARGARELLA, 2010, p. 347).

O autor, com um propósito meramente descritivo, faz, também, um estudo do constitucionalismo regional do ponto de vista da igualdade, tanto no que diz respeito a um governo coletivo, quanto à autonomia individual.

Neste cenário, caracterizava a estrutura constitucional latino-americana com o termo hiperpresidencialismo, no qual o presidente concentra amplos poderes de decisão, por meio de um poder centralizado e verticalizado. De outro lado, ele faz referência a uma vasta gama de direitos sociais, mas que a participação popular resta aniquilada. Consequência disso é que os direitos sociais não conseguem ser, efetivamente, concretizados.

Gargarella conclui, assim, que o novo constitucionalismo da América Latina passou a incorporar cláusulas socialmente mais fortes e politicamente mais amplas. No entanto, há a preservação de uma organização de poder centralizada e verticalizada. Desta forma, o autor denuncia que existe um centralismo autoritário, que é sempre preservado na seção relativa à organização do poder, que acaba por impedir as necessárias reformas sociais.

2.1 O Constitucionalismo do México, Equador e Venezuela

A busca do bem-estar social é uma característica marcante das Constituições Latino Americanas. No entanto, esse é um traço incompatível com a concentração do poder, especialidade comum das constituições desta região.

O motivo de tal incompatibilidade é que o poder concentrado permanece em tensão com aquelas demandas por mais direitos e essas duas partes da Constituição passam a trabalhar uma contra a outra. É esse o problema que dá título à obra de Roberto Gargarella, haja vista que as Constituições da região falham ao deixar fechadas a sala de máquinas da Constituição.

As recentes reformas constitucionais adotadas na América Latina foram notáveis, mas reveladoras de uma estrutura complexa, devido à contradição existente: aumento de poder presidencial versus aumento dos compromissos sociais. Exemplos disso são as Constituições do Equador, México e Venezuela.

Na última reforma constitucional, o Equador tornou ainda maior o poder do Presidente, que já era excessivo. Além disso, diminuiu os poderes do Poder Legislativo.

Na nova Constituição do Equador restou evidente o hiperpresidencialismo, expressão tão usada por Gargarella em sua obra “A Sala de Máquinas da Constituição”, havendo, assim, uma alta concentração do poder nas mãos do presidente.

O Poder Executivo foi tão fortalecido que o Presidente passou a concentrar funções especiais em matéria judicial e o Banco Central, instituição autônoma, perdeu a capacidade de estabelecer sua política cambiária, função, neste momento, da Presidência.

Em matéria legislativa, houve a concentração de funções na figura do Presidente, que antes pertenciam a ambos os poderes.

A Venezuela também possui esta estrutura contraditória, com um texto que propunha uma ampla participação popular e, ao mesmo tempo, decretando extensos poderes ao Executivo. A Constituição de 1999 ampliou o mandato presidencial de cinco para seis anos, além de permitir sua reeleição imediata. Aumentou, ainda, a margem de ação do Poder Executivo, haja vista que na Constituição de 1961, o Presidente só podia emitir decretos em matéria econômica e financeira.

O México possui um hiperpresidencialismo ainda mais marcante, com um forte caráter vertical e centralizado. Havia um acordo com propostas de reformas inclusivas, que não foram implementadas.

Tal pacto tinha como promessa central a inclusão de direitos políticos de grupos indígenas, que foi sabotado por uma matriz institucional pronta para resistir ao ingresso de demandas que almejavam a democratização, através de participações populares.

Desta forma, podemos concluir que a sala de máquinas das constituições da Venezuela, México, Equador e dos outros países latino americanos

estão fechadas para a participação popular, o que acaba desencadeando um sistema de autoridade centralizada.

Para Gargarella, a solução para se romper com este sistema não é outra senão buscar romper a sala de máquinas, permitindo que os excluídos controlem as tomadas de decisões.

3. A SALA DE MÁQUINAS DAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS E O ATIVISMO JUDICIAL

3.1 O caso da Sala IV: Uma forma de se adentrar à “Sala de Máquinas” das Constituições da América Latina?

As reformas constitucionais realizadas no México, Equador, Venezuela e nos demais países latino-americanos não conseguiram alterar o acesso ao poder e a população continuou sem força.

Gargarella, citando o exemplo da Argentina, aduz que

A Constituição Argentina de 1949 incorporou um forte compromisso social, com uma larga e inovadora lista de direitos sociais, mas a omissão da Constituição acabou por feri-la de morte: não abrir a “sala de máquinas” para adequar a organização do poder ao novo caráter social que se queria imprimir ao texto. A organização do poder é o “calcanhar de Aquiles” da reforma institucional que se pretende. (GARGARELLA, 2010, p. 324).

No entanto, a Sala IV foi considerada um avanço, um comportamento ativo, consciente e desafiante. Um dos motivos para que isso ocorresse foi a ampliação da legitimidade para atuar perante a Corte, no qual qualquer pessoa poderia abrir um caso perante a Sala IV.

Se nos últimos 50 anos o Tribunal só havia recebido 155 casos de conteúdo constitucional, só no primeiro ano de funcionamento da Sala IV ele recebeu 2000, e esse número cresceu de maneira exponencial: 6000 em 1996, 13.000 em 2002, chegando a mais de 17.000 em 2008. A criação de um novo organismo judicial não

gerou preocupações nem resistências, e o tribunal acabou demonstrando uma vocação social e ativismo surpreendente. O autor revela que, de fato, houve uma abertura máxima, dificilmente superável, em termos de acesso ao tribunal. (GARGARELLA, 2010, p. 337-338)

Segundo Gargarella, reformas sigilosas e bem dirigidas são capazes de realizar mudanças de peso na “sala de máquinas”, pois determinadas reformas alteram a relação entre indivíduo e o Poder Judiciário, que demonstra um abertura maior para demandas que vinculam direitos econômicos e sociais. (GARGARELLA, 2010, p. 311).

Contudo, esse tipo de reforma não é a única forma de acesso ao poder, haja vista que pequenas reformas podem conduzir mudanças expressivas.

Roberto Gargarella afirma que muito pode ser feito por meio do Poder Judiciário, mas insiste no problema da ausência de estrutura, que favorece um diálogo democrático.

As constituições latinas têm uma “estrutura esquizofrênica”, pois a “sala de máquinas” desencadeia um sistema de autoridade concentrada, e ela segue concentrada. Assim, a saída mais efetiva não se dá pelo fortalecimento do judiciário, mas pelo fortalecimento da autoridade dos cidadãos, recuperando a voz daqueles excluídos e dos grupos marginalizados¹²².

Assim, o autor defende que uma brecha para se adentrar à Sala de Máquinas da Constituição foi encontrada no Poder Judiciário, a exemplo da Sala IV. Contudo, a participação protagonista dos cidadãos é fundamental.

2.2 O Ativismo Judicial e a Sala de Máquinas

As constituições da América Latina possuem um sistema organizacional de poder concentrado e verticalizado. Mas existe também uma reação a essa centralização com o escopo de repactuar o sistema.

122 La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010.

Desta forma, uma “brecha” para se adentrar na “sala de máquinas da constituição” foi encontrada no Poder Judiciário, como visto acima, no caso da Sala IV. No entanto, esta estrutura denuncia um mal estar no sistema institucional, resultando em intensas mobilizações e protestos sociais, que advêm das inúmeras tentativas dos grupos excluídos de acessar direitos.

De acordo com Roberto Gargarella¹²³

A presença desse tipo de conflito ressalta a ausência de voz por parte de amplos setores da sociedade, pois os protestos revelam nada mais do que a necessidade de expor os seus questionamentos, muitas vezes ignorados, para o cenário público. Essa voz, que muitas vezes expressa violações de direitos, mesmo não ocupando uma posição no poder organizacional, passa ocupar o lugar central no conflito regional.

Diante deste cenário, o Poder Judiciário poderia ser considerado como a voz dos mais pobres? Gargarella entende que o Judiciário pode contribuir muito, temos exemplos práticos que demonstram que se pode avançar, sendo o Poder Judiciário parte desta transformação.

Contudo, algumas questões estruturais relacionadas à formação, parcialidade, poderes e origem social dos juízes, faz com que esta capacidade de transformação se torne pouco interessante.

Gargarella, assim, admite a possibilidade das Constituições Latino Americanas andarem em outro sentido, mas insiste no problema estrutural de fundo, isto é, os incentivos constitucionais, hoje existentes, estão direcionados para uma má direção, haja vista que não temos estruturas favoráveis ao diálogo democrático.

Destarte, o poder judiciário, na visão do autor argentino, tem um importante papel, mas que é preciso romper com os espaços de poder limitados a certos grupos, a fim de realizar as reformas políticas necessárias, de forma que o Legislativo e o Executivo sejam democratizados, por meio de mecanismos que ampliem a participação popular.

123 La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010.

3.3 Teoria do Constitucionalismo democrático: O papel do Poder Judiciário à luz de Reva Siegel e Robert Post

Os professores Siegel e Post foram os mentores da Teoria do Constitucionalismo Democrático, que tem como finalidade a interpretação constitucional, a partir da ideia de que minorias excluídas e movimentos sociais são capazes de pressionar o Poder Judiciário a fim de que ele realize uma interpretação constitucional sensível às pretensões das minorias.

Existem ferramentas que possibilitam uma troca de sentidos do texto constitucional entre cidadãos e governo. Os cidadãos usam essas ferramentas para fazerem reivindicações sobre a interpretação da Constituição e o governo responde a isso. Essa interpretação tem como característica um retorno da legitimidade constitucional por meio da participação ativa da sociedade no projeto constitucional. Para a interpretação ser legítima, a corte deve interpretar a Constituição e decidir a controvérsia de modo conectado a esse debate, caso contrário ela acaba por transformar o texto ilegítimo e pode causar uma ruptura da população com a autoridade do texto vigente.¹²⁴

A Teoria do Constitucionalismo Democrático pressupõe a confiança da comunidade na Constituição como instrumento indispensável à democracia. No entanto, isso só é possível se a sociedade tiver a oportunidade de debater constantemente acerca da Constituição.

No que diz respeito à interpretação constitucional, se os tribunais tomarem decisões que sejam capazes de divergir das crenças do povo norte-americano, e que não se respeite o debate instaurado até então, o povo encontra formas de demonstrar sua insatisfação e resistir às decisões judiciais. Há que se estabelecer que esse pro-

124 SIEGEL, Reva B. *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA* (2006). Faculty Scholarship Series. Paper 1097, p. 1323. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1097. Acesso em: 20/07/2018.

cesso de representação do direito constitucional tem como finalidade explicar o modo como os juízes, também cidadãos inseridos em uma comunidade, são influenciados pelos partidos políticos, movimentos sociais e grupos de pressão em suas interpretações da Constituição. Não se trata de uma teoria moralmente neutra, pois a sua ideia é esclarecer como podem ser construídas interpretações constitucionais legítimas na relação existente entre os tribunais e os atores políticos¹²⁵.

Assim, o constitucionalismo democrático valoriza a participação popular, haja vista que ela legitima as práticas do controle judicial. E ao mesmo tempo que afirma a importância do governo representativo e da mobilização dos cidadãos na garantia constitucional, ele defende o papel das Cortes na interpretação da Constituição.

O conceito de constitucionalismo democrático de Siegel e Post estabelece o direito constitucional como interdependente do direito e da política. A opção por determinada forma de interpretação da Constituição dependerá da relação entre constitucionalismo e democracia, direito e política, juízes e povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Roberto Gargarella examina dois séculos do Constitucionalismo Latino-Americano (1810-2010). Mais adiante, ele discute a incorporação dos direitos sociais, bem como as reformas, que introduziram um aumento da proteção dos direitos humanos na última metade do século XX e início do século XXI.

O autor argentino faz, ainda, uma crítica contundente à estrutura de poder centralizada e verticalizada. E afirma que os direitos adicionais nas Constituições Latino-Americanas restam aniquilados pela falha na reorganização das estruturas de poder.

125 SIEGEL, Reva B. *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA* (2006). Faculty Scholarship Series. Paper 1097. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1097. Acesso em: 20/07/2018.

Assim, as “Salas de Máquinas das Constituições” permanecem trancadas em virtude desta centralização e verticalização do poder.

Gargarella afirma que o Poder Judiciário, nas Constituições da América Latina, é forte e essencial na efetivação dos direitos.

Desta forma, este trabalho buscou analisar o papel do Judiciário na efetivação dos direitos, analisando a Teoria do Constitucionalismo Democrático de Reva Siegel e Robert Post, fazendo um paralelo com o entendimento de Roberto Gargarella.

A Teoria do Constitucionalismo Democrático versa sobre a possibilidade de interpretação conjunta da constituição entre povo e instituições, analisando o papel dos movimentos sociais na mudança constitucional. Esses grupos têm o povo como protagonistas.

A crise da América Latina enseja intensas mobilizações e protestos sociais e, assim, podemos afirmar que o constrangimento dos juízes pela população é importante para revelar a perspectiva do cidadão.

A Teoria do Constitucionalismo Democrático pode se revelar como um importante meio alternativo para se adentrar à Sala de Máquinas das Constituições Latino-Americanas, cuja porta está fechada.

Neste contexto, resta nítido o papel fundamental do Judiciário, que pode protagonizar uma maior concretização de direitos.

Já o ilustre autor argentino Roberto Gargarella tem resistência à imposição de uma decisão pela Suprema Corte, bem como de um Tribunal Internacional que o faça.

O autor defende a importância do Poder Judiciário na efetivação dos direitos. Mas acredita que a população deva ser protagonista nas tomadas de decisões. Para ele, o ideal é o inverso, isto é, que a comunidade ganhe autoridade.

Por fim, a Teoria do Constitucionalismo Democrático aduz que os movimentos sociais são capazes de pressionar a Corte para que ela decida de acordo com a maioria excluída. E, assim, esta maioria, talvez, consiga a efetivação dos direitos presentes na Carta Constitucional, mesmo que a “Sala de Máquinas” permaneça fechada à população. Neste caso, por meio do Poder Judiciário, mas sem que a comunidade perca sua autonomia e o seu protagonismo social.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Henrique Napoleão. **Considerações acerca da importância histórica da Constituição do México de 1917**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9324/consideracoes-acerca-da-importancia-historica-da-constituicao-do-mexico-de-1917> Acesso em: 22/07/2018.
- BRASIL. **Constituição Federal**. 33^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOSA, Maria Lúcia; Teixeira, João Paulo Allain. **Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1113.pdf> Acesso em: 15/07/2018.
- BASTOS, Thiago Guerreiro; VAL, Eduardo Manuel. **Federalismo Fiscal na América Latina: Os Casos de México, Argentina e Brasil**. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/69/121>. Acesso em 20/07/2018.
- BERNAL, Andrés Botero. **Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina**. Revista Sequência, 2009.
- CASTRO, Ricardo Silveira. **“Clausura da Sala de Máquinas” e Jurisdição Constitucional: A ADPF 153**. Disponível em: [file:///C:/Users/Thaysa/Downloads/14658-10423-1-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Thaysa/Downloads/14658-10423-1-PB%20(3).pdf) Acesso em 25/07/2018.
- DUARTE, Larissa. **Constitucionalismo Latino-Americano e a Democracia Deliberativa**. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2014/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Larissa%20Duarte.pdf Acesso em: 22/07/2018.
- GARGARELLA, Roberto. **Justiça Dialógica e Constitucionalismo latino-americano**. Niterói: Revista Culturas Jurídicas, 2015.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810 – 2010)**. Buenos Aires: 2010.

LEGALE, Siddharta. **Resenha do Livro “A Sala de Máquinas da Constituição” de Roberto Gargarella**. Disponível em: <https://nidh.com.br/resenha-do-livro-a-sala-de-maquinas-da-constituicao-de-roberto-gargarella/> Acesso em: 18/07/2018.

SIEGEL, Reva; POST, Robert. **Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The case of the facta Era**. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1097. Acesso em 20/07/2018.

VAL, Eduardo Manuel; Bello, Enzo. **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: Educs, 2014.

O DESCOMPASSO ENTRE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A ESCASSEZ ORÇAMENTÁRIA: UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO E SEUS NOVOS DESAFIOS EM 2019

Juliana Araujo Pinto

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde foi reconhecido no âmbito jurídico a partir da percepção de que ter saúde é essencial para que o indivíduo possa viver dignamente. No Brasil, a efetivação desse direito passa pela formulação e execução de políticas sociais e econômicas capazes de assegurar de modo universal o acesso às ações e serviços públicos voltados a promoção, prevenção e recuperação da saúde, conforme preceitua o art. 196 da Constituição Federal.

Apesar de tal previsão constitucional, a proteção à saúde encontra uma série de obstáculos ligados à ausência de um sistema público eficiente, ao despreparo na incorporação de novas tecnologias de saúde, o envelhecimento populacional. Desse modo, observa-se uma intensa mobilização do cidadão em efetivar seu direito à saúde, através das vias judiciais. Esse fenômeno ficou conhecido como judicialização da saúde, que envolve uma disputa estrutural por recursos.

Nesse sentido, o estudo propõe avaliar o crescimento exponencial da judicialização e o impacto que a concessão de medicamentos, tratamentos e novas tecnologias de saúde pelo Poder Judiciário traz aos gestores públi-

cos em todas as esferas da federação, diante do cenário limitado das verbas orçamentárias no país.

A metodologia de pesquisa adotada foi documental e bibliográfica, por meio de uma análise da literatura jurídica especializada, tendo por base a Constituição Federal e demais legislações infraconstitucionais e documentos internacionais acerca do tema, bem como exames de dados estatísticos obtidos pelo Relatório “Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de soluções” elaborado pelo Insper para o Conselho Nacional de Justiça, divulgado em maio de 2019.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

2.1 O direito à saúde e a legislação brasileira

O conceito de saúde foi desenvolvido ao longo do tempo com diferentes conotações, seja como um estado de ausência de doenças, seja num quadro de boa disposição física e psíquica. Contudo, não havia uma definição universalmente aceita.

Somente a partir da Segunda Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), chegou-se a um consenso acerca do significado da saúde. Conforme define a OMS, a saúde é “um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de afecções e enfermidades”.

O direito à saúde foi reconhecido como direito social inerente à condição de cidadania, apresentado como um valor coletivo, bem destinado a todos, sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição socioeconômica (MORAES, 2012).

Ademais, a ONU reforça esse conceito, elencando as quatro condições mínimas para um Estado assegurar o direito à saúde, quais sejam: a acessibilidade, a disponibilidade financeira do ente, a aceitabilidade e a qualidade do serviço do serviço de saúde pública.

No contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, estabeleceu a saúde como um direito social fundamental e fixou as competências dos entes federativos em matéria de proteção e defesa da saúde.

Assim dispõe o art. 23, II, da CRFB/88:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Da mesma forma, a Carta Magna previu no título que versa sobre a Ordem Social:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (...) Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade. (...)

A institucionalização do Sistema Único de Saúde (SUS) foi uma grande conquista democrática. Antes disso, não havia atividades universais de atendimento, apenas campanhas de vacinação e controle de endemias, posto que a prestação de serviços de saúde era restrita aos contribuintes da Previdência Social (CASTRO, 2012).

Nesse sentido, a Lei 8.080/1990, que regulamenta o Sistema Único de Saúde, trouxe diretrizes e princípios que norteiam a prestação de serviços públicos no Brasil, baseando-se em três princípios: a universalidade, consubstanciado na garantia de acesso a qualquer serviço público para quaisquer cidadãos; a equidade, como garantia de acesso isonômica, sem distinções ou privilégios; e a integralidade, evidenciada por uma política de saúde articulada, capaz de prestar assistência integral em todos os níveis de complexidade.

Além do conjunto normativo responsável pelo reconhecimento e proteção do direito fundamental à saúde, o setor passou a ser supervi-

sionado por duas agências reguladoras, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) criadas respectivamente nos anos 1999 e 2000.

A primeira, tem como função basilar a promoção e proteção à saúde da população, por meio do controle e monitoramento de produtos, substâncias e serviços ligados à saúde. Enquanto a segunda, atua no setor privado, estabelecendo regras e controlando e fiscalizando empresas privadas que ofertam serviços de saúde. Ambas agências reguladoras estão vinculadas ao Ministério da Saúde e atuam de acordo com os poderes previstos no Congresso Nacional.

Impende ressaltar que além do arcabouço expressivo de leis e dispositivos constitucionais, no exercício do Poder Legislativo, o direito à saúde é consolidado em sua grande maioria por normas infralegais editadas pelo próprio Poder Executivo, no âmbito do seu poder regulamentar, através de Decretos, Resoluções e Portarias.

2.2 O crescente fenômeno da judicialização da saúde e o acesso à justiça

Apesar de a abrangência da saúde ser uma prerrogativa de inclusão social e democrática, o seu propósito em atender toda a população brasileira não tem sido alcançado com eficiência. O número crescente de filas em hospitais e postos de atendimento, as listas de espera por cirurgias e medicamentos, demonstram a amplitude do tema, que envolve frequentes conflitos políticos e judiciais.

Isso porque a prestação de saúde abarca uma distribuição de recursos escassos, numa sociedade altamente complexa e inserida em um país de dimensão continental. Tal insuficiência do Estado em suprir necessidades essenciais de saúde impulsionou a busca por direitos básicos pela população brasileira.

Essa expansão do poder judicial resultou na chamada “judicialização da saúde”, evidenciada pelas decisões judiciais que obrigam o poder público a fornecer bens e serviços de saúde. Conforme dados do Relatório do Insuper, o número de processos judiciais relativos ao tema aumentou 198% entre os anos de 2009 a 2017. Só no ano de 2017, aproximadamente 95.700 demandas acerca de saúde tramitaram no Judiciário brasileiro.

O fenômeno ocorre não somente na esfera pública, como também no setor privado, afetando direta ou indiretamente 50 milhões de beneficiários de planos de saúde, prestadores de serviços de saúde e operadoras. Corroborando a afirmação, o Conselho Nacional de Justiça aponta como um dos principais assuntos discutidos no Judiciário os “Planos de Saúde”, com 30% dos casos; e “Seguros”, com 28%, demonstrando, assim, a relevância da litigância em esfera suplementar.

Enquanto que, os assuntos classificados como “Saúde”, voltados para disputas no setor público, representam 11,8% dos casos, ocupando o 3º lugar no pódio. Tratamentos médico-hospitalares e/ou fornecimento de Medicamentos completam o ranking. Contudo, é este o segmento de maior impacto no país, tornando a judicialização uma prática rotineira no SUS.

De um lado, especialistas da área de saúde pública (CHIEFF, 2017) reconhecem que a integralidade do SUS está aquém do necessário e que não é possível atender todas as demandas médicas da população, principalmente inserida numa sociedade em contração orçamentária.

Por outro lado, as ações judiciais que versam sobre a temática, tem como fundamentação jurídica o direito constitucional à saúde, gratuito e universal, que em um contexto de recursos públicos limitados, não é absoluto. Todavia, a maioria das decisões exaradas colocam a escassez orçamentária em segundo plano.

Nesse diapasão, a intervenção do Poder Judiciário torna-se uma iniquidade, uma vez que não só subtrai as rotinas de fixação de prioridades como também resulta em privilégios a alguns, em detrimento de grande maioria da população, que não tem acesso à Justiça (WEICHERT, 2010).

Destarte, o Judiciário, por meio da judicialização da saúde, impele o atendimento a uma parcela da população, beneficiando especialmente àquela que possui mais acesso à justiça, em detrimento das pessoas com menos recursos e menos acesso a esse tipo de demanda judicial.

Com isso, através das ações judiciais, o SUS se transformou de “política pública universal e igualitária em perpetuador e contribuinte do já elevado déficit de equidade em saúde do país” (PINHEIRO, 2016).

3. O CARÁTER FINITO DOS RECURSOS PÚBLICOS X O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

3.1 A desarmonia entre políticas públicas e as decisões exaradas

O descompasso entre a limitação orçamentária do Estado e os pedidos judiciais de pacientes, que querem fazer valer seu direito fundamental à saúde é apenas um dos fatores do impacto da judicialização da saúde no Brasil, que custou 1,3 bilhões de reais à União em 2016 (INSPER, 2019), a qual aloca recursos de outros setores para cobrir as demandas decorrentes dos processos de judicialização.

Na tentativa de fornecer uma nova base para a racionalização jurídica na temática da saúde, principalmente no que tange à falta de conhecimento técnico de magistrados em lidar com demandas que envolvem fornecimento de medicamentos, cobertura de tratamentos, solicitação de exames, procedimentos e serviços hospitalares, o Conselho Nacional de Justiça promoveu uma série de audiências públicas, jornadas e seminários, que resultaram na edição da Resolução n° 107.

A referida norma institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Dentre as atribuições, destacam-se a elaboração estudos e proposição de medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos, bem como a possibilidade de firmar termos de cooperação com órgãos ou entidades públicas e privadas para o fiel cumprimento de suas funções.

Após o advento dessa Recomendação, os tribunais desenvolveram mecanismos internos de análise técnica para o embasamento de demandas judiciais no tocante a casos de pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos e afins. Os denominados Núcleos de Avaliação de Tecnologia da Saúde (NAT) têm como finalidade subsidiar os magistrados em ações judiciais na área da saúde.

Com o objetivo de fortalecer o diálogo entre o Judiciário e a Saúde, a Resolução n° 238 do CNJ criou os Comitês Estaduais de Saúde, implantando a plataforma do NAT-Jus, que disponibiliza um apoio técnico composto por médicos, farmacêuticos e demais profissionais da área.

Dessa forma, o juiz, ao receber um pedido de concessão de tratamento ou fornecimento de medicamento, encaminha a demanda ao NAT-Jus para avaliação. Emitida a nota ou o parecer técnico, o material produzido é enviado ao CNJ para integrar um banco de dados nacional, no qual ficará à disposição dos magistrados de todo o país para consultas.

Ademais, outros instrumentos de formulação de políticas públicas foram criados para auxiliar o Judiciário. A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS (CONITEC) é responsável por indicar ao Ministério da saúde as relações entre as tecnologias de saúde e seu uso. Além disso, as listas públicas são fundamentais para estratégia de acesso a tecnologias, das quais ressaltam-se: RENAME (Relação Nacional de medicamentos Essenciais); RENASE (Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde) e a REMUNE (relações municipais de medicamentos).

Embora sejam fornecidos mecanismos de políticas públicas para auxiliar os magistrados, verificou-se com o Relatório do Insuper a baixa utilização do NAT e CONITEC para fundamentar ou endossar as decisões, sendo poucos os juízes que fazem menção aos órgãos especializados e às listas públicas (RENAME, RENASES e REMUNE). Com base nas estatísticas, apenas 0,29% dos acórdãos citam os NAT's. Já o CONITEC é mencionado em 0,51% dos casos, enquanto que os protocolos são citados em 5,83% das ações.

3.2 Os reflexos dos gastos com Judicialização

De acordo com o Ministério da Saúde, a União desembolsou aproximadamente 4,5 bilhões de reais com ações judiciais entre os anos de 2010 e 2016. Somando os gastos da União, Estados e Municípios, o valor chega ao patamar de 7 bilhões de reais. Infelizmente, muitas vezes os recursos são deslocados de outros segmentos e programas do governo federal para atender as custas judiciais, desestruturando o planejamento orçamentário.

Inicialmente, cumpre salientar que, em se tratando de direito à saúde, deve-se garantir o mínimo existencial, tomando como base as diretrizes da Organização Mundial da Saúde que orienta as políticas sanitárias e coordena os níveis básicos de saúde em todo o globo (SARLET, 2012). Entende-se por mínimo existencial a garantia da vida humana em sua fundamentalidade, na condição de sobrevivência digna.

Inserido nesse contexto, o Estado não poderia negar recursos materiais mínimos ao indivíduo, sob pena de condená-lo à morte em caso de negativa. E é justamente essa ideia que o mínimo existencial tenta evitar, assegurando condições básicas aos mais necessitados para evitar que algo mais trágico aconteça (SARLET, 2018).

Ocorre que, embora as necessidades de saúde sejam praticamente infinitas, os recursos financeiros para atendê-las não são. E o problema não se limita apenas na questão do financiamento, como também na logística ao cumprimento das sentenças. Não há planejamento nem controle dos gastos públicos em virtude da imprevisibilidade das decisões judiciais.

O cotejamento da realidade orçamentária no Brasil, com essa concepção de integralidade abrangente do SUS, no qual tudo deve ser ofertado para todos os cidadãos contribuiu expressivamente para o crescente custo de itens judicializados, principalmente com medicamentos.

Como resultado da desorganização e omissão do Estado em prover atendimento clínico e hospitalar e fornecer medicamentos e tratamentos terapêuticos e/ou farmacêuticos, agrava-se a saúde da população, elevando, assim, o número de demandas judiciais. Tal medida encarece os procedimentos, posto que compras em grupo de remédios e serviços padronizados custam mais barato do que adquiri-los individualmente em cada processo.

Com efeito, o prejuízo é imensurável, visto que um medicamento acaba saindo com um valor de balcão de farmácia para o Estado custear, ao invés de adquirir por um preço mais justo em processo licitatório. Dessa maneira, não há recursos para financiar o que é concedido, nem pessoal para analisar e efetuar a compra e tampouco tempo hábil para cumprir as determinações judiciais.

O debate a respeito da análise de custo-efetividade dos tratamentos de saúde é politicamente sensível, uma vez que envolve fortes interesses econômicos, diversas vezes conflitantes, seja com os provedores de assistência de saúde, seja com fornecedores de tecnologias e insumos, formuladores e implementadores de políticas de saúde, e principalmente com grupos de pacientes, afinal, para eles são decisões de vida ou morte.

A rigor, a Lei 8.080/90 já determina uma avaliação de custo-efetividade dos medicamentos e terapias fornecidos pelo SUS, bem como análise de segurança e eficácia nas diferentes fases de evolução da doença.

Todavia, o Projeto de Lei nº 415, de 2105, de autoria do Senador Cássio Cunha Lima, em trâmite no Senado Federal, prevê uma definição mais clara e transparente dos parâmetros a partir dos quais sejam determinados se remédios ou tratamentos são custo-efetivo.

Neste cenário, os técnicos escolhem o melhor método, dependendo do tipo de tecnologia e tratamento a ser avaliado, para quantificar o benefício clínico. Podem ser considerados o custo-minimização, que compara duas tecnologias equivalentes; o custo-benefício, menos utilizado; o citado custo-efetividade, que quantifica benefícios clínicos por ano de vida ou percentual de cura; e o custo-utilidade, cujo parâmetro é a qualidade de vida.

Além disso, o projeto propõe que os processos de incorporação de novas tecnologias sejam distribuídos de forma mais ágeis, evitando-se a intensa judicialização no setor. Contudo, segundo especialistas do CONITEC, tomar decisões com base exclusivamente na avaliação de custo-efetividade significa abrir mão de quaisquer outras informações importantes e necessárias para o julgamento e melhor decisão de saúde, principalmente no caso de doenças raras.

Por isso, é fundamental avaliar, caso a caso, o quadro clínico do paciente tendo o necessário cuidado para que o cidadão seja bem atendido e que a distribuição dos recursos públicos seja feita de forma justa. Afinal, apesar de a saúde ser um direito fundamental social, ela não é o único bem que a sociedade tem interesse de usufruir.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como evidenciado ao longo da pesquisa, o crescente fenômeno da judicialização da saúde é bastante complexo, pois a disputa judicial sobre a concessão de medicamento ou tratamento médico e/ou hospitalar a um indivíduo caracteriza uma verdadeira luta à efetivação de direitos fundamentais.

Entretanto, ao ampliar o foco e observar a sociedade como um todo, o intenso número de pedidos de ações judiciais usadas como via para obtenção de tratamentos, produtos e insumos farmacêuticos se transformou em um problema macrojurídico. Isso se deve ao fato de que, ao debater a alocação de verbas orçamentárias para o pleno respeito de certos direitos

fundamentais, a judicialização da saúde não atinge apenas o interesse individual, mas toda a coletividade.

Diante da complexidade do tema, a judicialização expõe os principais problemas do sistema, demonstrando desde a falha na prestação de serviços até as dificuldades que os cidadãos têm de compreender os caminhos institucionais do SUS. Diferentemente, o imenso volume de demandas judiciais não repercutiu de forma positiva em benefícios para políticas públicas do setor.

Apesar dos esforços do governo em criar mecanismos de políticas públicas, tais como NAT, CONITEC e as listas públicas, a fim de auxiliar o Poder Judiciário nas demandas destinadas à saúde, as decisões pouco recorrem aos parâmetros técnicos fornecidos pelos órgãos citados.

Nessa perspectiva, diversos desenhos de políticas judiciais voltados ao tema estão sendo colocados em pauta, como por exemplo, a possibilidade de capacitação técnica dos magistrados, o incentivo a soluções extrajudiciais de conflitos, através de uma política de articulação entre os atores que movimentam a judicialização, o estímulo ao desenvolvimento de varas especializadas e a facilitação do acesso à legislação sanitária e às informações essenciais sobre políticas de saúde pública.

Assim, o Judiciário possui uma função estratégica ao aproximar a capacidade do Estado em suprir as necessidades básicas de saúde, que em tempos de contração orçamentária, deve fixar o mínimo constitucionalmente estabelecido como garantia fundamental para maximizar a eficácia desse direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 ago. 2019.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 08 ago. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 414 de 2015. Acompanhamento de tramitação. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122071>>. Acesso em 09 ago. 2019.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à Saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** Tese (Doutorado) – São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2012.

CHIEFF, Ana Luiza. **Análise das demandas judiciais de medicamentos junto a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo à luz da política de assistência farmacêutica.** Tese (Doutorado) – São Paulo: Faculdade de Medicina da USP, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n° 107, 06 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n° 238, 06 de setembro de 2016. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara da Fazenda Pública.

INSPER – Instituto de Pesquisa e Ensino. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de soluções.** Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em 08 ago. 2019.

INSPER CONHECIMENTO – Instituto de Pesquisa e Ensino. Direito. **A judicialização da saúde no Brasil dispara e já custa 1,3 bi à União.** Disponível em: < <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>>. Acesso em 09 ago. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Plataforma E-NATJUS. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/novembro/21/CNJ-Funcionamento-NATJUS.pdf>>. Acesso em 09 ago. 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Disponível em:
< <https://nacoesunidas.org/acao/saude/>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição de 1946.
Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

PINHEIRO, Mariana Carvalho. Núcleos de Assessoramento Técnico: estratégia à judicialização da saúde? Monografia (Especialização em Gestão Pública) – Brasília: Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. atual. e ampl. 3ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. In SANTOS, L, organizadora. *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010

AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Carla Faria de Souza

William Greg Nedel

1) introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, observou-se um rápido crescimento de ações ajuizadas, enquanto o Poder Judiciário não cresceu na mesma proporção, seja quantitativamente, com a criação de novas varas e a nomeação de mais juízes e serventuários da justiça, seja qualitativamente, com a criação e capacitação dos servidores para atenderem de forma satisfatória as demandas cada vez mais complexas. Tal movimento, em conjunto com outros fatores de ordem econômica e social, ocasionou um congestionamento na esfera judicial com um número cada vez maior de processos em trâmite sem solução final.

O presente trabalho visa analisar de que forma os meios alternativos de solução de conflitos colaboram com o desafogamento do Poder Judiciário, com ênfase nas competências atribuídas às Serventias Extrajudiciais, em crescente movimento de desjudicialização.

Inicialmente, abordaremos o princípio do acesso à justiça, sua interpretação moderna e de que forma encontra-se positivado em nosso ordenamento jurídico.

Em seguida, será analisada a questão do abarrotamento do Poder Judiciário com ênfase em dados empíricos, elencando algumas alternativas

propostas pela doutrina no sentido de auxiliar no problema dos gargalos do Poder Judiciário.

Passa-se então à exposição das medidas tomadas pelo legislador buscando desafogar o Poder Judiciário, desjudicializando atribuições antes exclusivas da jurisdição estatal, positivando e regulamentando meios alternativos de resolução de conflitos.

Por fim, adentra-se na questão cerne específica do presente ensaio, fazendo a análise das inovações legislativas que atribuíram competência às Serventias Extrajudiciais, bem como de que forma facilitaram a efetivação de direitos e contribuíram com o desafogamento do poder judiciário.

2) Acesso à justiça

Métodos alternativos de solução de conflitos se desenvolveram e ganharam maior relevância no cenário jurídico nos últimos anos, sendo cada vez maior o incentivo à composição do conflito por iniciativa das próprias partes, através de formas alternativas à atividade jurisdicional substitutiva (CARNEIRO, 1997).

Desse modo, em consonância com essa nova tendência do processo civil, o acesso à justiça não se resumiria ao exercício da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário. A garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça teria alcance muito maior, devendo alcançar a ordem jurídica justa, havendo uma releitura dos princípios do acesso à justiça e inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Tradicionalmente, entendia-se Jurisdição diante de uma perspectiva mais tradicional, interpretada como mero exercício do Poder Judiciário Estatal, no qual o acesso à justiça era adornado de qualificativos como “indeclinabilidade”, “inafastabilidade”, tendo a judicialização como única e melhor forma de acesso à ordem jurídica justa.

Assim, em virtude da judicialização excessiva e da incapacidade do Judiciário em solucionar os conflitos de forma adequada, nasce uma segunda interpretação da Jurisdição e do acesso à justiça, sustentando que esse acesso não deveria ser exclusivamente realizado pelo Estado, pois muitos foram os meios credenciados a prevenir ou resolver conflitos (GRECO, 2015).

Como visto, não é uma tarefa simples conceituar o que seria o “Acesso à Justiça” nos tempos modernos. Tal expressão sofreu modificações

tanto de forma quanto de conteúdo, foi se alargando cada vez mais na medida em que a sociedade e os estudiosos do Direito identificavam a sua abrangência.

No Brasil, o “acesso à justiça” começou a ser tratado como instituto meramente de direito processual civil, destinado ao processo, garantindo meramente o acesso aos Tribunais. Com o florescer do constitucionalismo moderno e a Constituição Federal de 1988, consolidou-se o primeiro dispositivo para a garantia ao acesso, o Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais e prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A partir do marco constitucional, o acesso à justiça passou a ser visto não apenas como o direito de pleitear em juízo, mas também como garantia de acesso à ordem jurídica justa. Ele não se compõe simplesmente de acesso à Jurisdição processual, mas também a um complexo de formas e maneiras que visam dar efetividade às soluções dos conflitos, incluindo a garantia de igualdade de oportunidades e a formas extrajudiciais de solução ou prevenção de litígios (MOTA, 2010).

Como soluções práticas para os problemas do acesso à justiça, surgiram, quase em ordem cronológica, três posições básicas oriundas do Projeto Florença, o que se pode denominar de ondas renovatórias de acesso à justiça.

A terceira onda renovatória traz um “novo enfoque de acesso à justiça”, com um alcance muito mais amplo, incluindo a atividade judicial e extrajudicial, cerne do presente estudo. Esse novo enfoque busca não apenas soluções dentro das instituições jurídicas tradicionais, mas vai além, voltando-se para mecanismos e instituições, pessoas e procedimentos utilizados para processar ou mesmo prevenir disputas na sociedade.

Esse novo enfoque proposto desencadeou uma série de pesquisas e estudos sob novas formas de acesso à justiça – como é o caso das formas extrajudiciais – tem alcance muito mais amplo, ou seja, vai além da solução de conflitos de interesses promovida perante o Judiciário, alcançando inclusive a tutela extrajudicial, seja preventiva ou de composição de litígios.

Feita uma releitura atualizada e contextualizada da questão do acesso à justiça e da inafastabilidade da prestação jurisdicional, chega-se a conclusão de que as formas extrajudiciais são instrumentos imprescindíveis à

justa composição de interesses e devem ser utilizados de forma conjunta com a máquina judiciária estatal, na medida em que compõem uma importante peça do quebra cabeça da engrenagem do acesso à justiça.

Esse entendimento passa a ser respaldado também pelo artigo 3º do Novo Código de Processo Civil, dispondo que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão ao direito”, referindo-se à apreciação jurisdicional e não especificamente ao Poder Judiciário, o que abre portas para o fenômeno da desjudicialização, fenômeno este que será melhor abordado oportunamente neste ensaio.

Ainda em seus parágrafos, o mesmo art. 3º traz uma expressa releitura do princípio da garantia do acesso à justiça, incentivando a promoção e estimulando o uso das soluções consensuais de conflitos, como a mediação e outros métodos privados de solução consensual de conflitos.

3) Abarrotamento do poder judiciário

O congestionamento do Poder Judiciário é um problema que há décadas vem sendo debatida nos bancos acadêmicos e gerado discussões e estudos na doutrina acerca das possíveis soluções. A morosidade na prestação jurisdicional atinge diretamente o princípio da celeridade, que em 2004 ganhou status constitucional com a denominada Reforma do Judiciário instituída pela EC nº 45, que inseriu LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Embora só consagrado o princípio da celeridade em 2004, a preocupação com a morosidade da prestação jurisdicional ocupa o legislador com a criação de reformas processuais pontuais desde 1994, quando da instituição da tutela antecipada. Cabe ressaltar que tal preocupação não é exclusiva do legislador pátrio, até mesmo as nações mais desenvolvidas da Europa se deparam com o mesmo problema e não estão satisfeitas com a qualidade da prestação jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2005).

Dados concretos do CNJ, do relatório denominado “Justiça em Números”, demonstram a crescente procura pela prestação jurisdicional e a incapacidade do Poder Judiciário de atender a demanda, existindo um acúmulo exponencial de demandas no nosso ordenamento jurídico (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018). Podemos ilustrar o panorama atual com os seguintes dados contidos no relatório:

- Em 2017, somente na Justiça Estadual, foram ajuizados 20.207.585 novos casos. Somados estes casos aos que já estavam tramitando, chega-se ao surpreendente número de 63.482.535 casos pendentes ao final do ano, somente na esfera da Justiça Estadual.
- No mesmo ano, no mesmo âmbito da Justiça Estadual, há uma taxa de congestionamento de 75%. Taxa de congestionamento é o indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou.
- O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva.
- Em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.519 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2017.

Diversos fatores podem ser elencados como influentes na determinação de tal contexto. O ensino jurídico no Brasil é tradicionalmente focado nos instrumentos de tutela de direitos individuais cujo objeto poderia ser analisado através de ações coletivas. Some-se a isto, há diversos fatores processuais, como o amplo acesso à justiça em nosso sistema processual resultante da gratuidade de custas e isenção de ônus de sucumbência, a criação de Juizados Especiais Cíveis e a assistência judiciária para os hipossuficientes.

Além disto, existem fatores de natureza não processual, o Estado dá causa ao ajuizamento excessivo de ações deixando de atender de forma satisfatória a população através da implementação e execução de políticas públicas, bem como ao instituir tributos manifestamente inconstitucionais, desenvolver planos econômicos calamitosos, dentre outros fatores diversos, como o incremento tecnológico e o aumento de renda das classes menos abastadas, que passaram a ter acesso a serviços antes acessíveis somente as classes mais altas (CALDO, 2016).

Some-se ao exposto a pouca utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, bem como a cultura de ter o ajuizamento de uma ação como primeira alternativa, sem que haja, por exemplo, qualquer tipo de tentativa diálogo prévio, tal como a emissão de uma carta ou e-mail, uma prévia reunião entre as possíveis partes de um processo ou seus representantes, uma ligação ao *call center* de uma empresa feita por parte do consumidor (PINHO, 2014).

Inúmeras foram as tentativas de solucionar o problema da falta de celeridade e do abarrotamento do Poder Judiciário através de reformas processuais, o que acabou culminando com a edição de um Novo Código de Processo Civil. Não obstante, o problema persiste e não parece haver uma possibilidade de melhora significativa do hodierno quadro de falta de efetivação satisfatória de direitos frente ao atual aparato legislativo processual e ao panorama cultural de excessiva judicialização de conflitos.

Tendo em vista o exposto na sessão anterior em relação à interpretação que se deva dar ao acesso à justiça, embora seja deveras complexo desvincular a jurisdição do Estado, devemos pensar no efetivo exercício dessa função por parte de outros órgãos do Estado ou até mesmo por parte de agentes privados (NALINI, 2000). Neste sentido, Cappelletti sustenta a ideia de uma justiça coexistencial, sem a regulamentação e influência do Estado, por ser a justiça estatal por vezes excessivamente lenta, formal, rígida, e burocraticamente opressiva (CAPPELLETTI, 1992).

Dado este contexto, podemos tomar o fenômeno da desjudicialização como possível alternativa às reformas processuais para desafogar o Poder Judiciário. Segundo Pedroso (2002), a desjudicialização poderá ser classificada em três ramos:

- deslegalização;
- informalização da justiça (onde se enquadra os meios alternativos de solução de conflitos);
- a desjudicialização propriamente dita, que poderá se dar através da utilização de meios não formais e recursos a não juristas nos processos em tribunais, da mudança de competência de resolução de litígios para instâncias não judiciais e também através da transferência de resolução de litígios para velhas e novas profissões conforme sua terminologia, onde podemos encaixar os Notários e Registradores, titulares das Serventias Extrajudiciais.

Neste ensaio apoia-se o entendimento do jurista Humberto Dalla (2018), que sustenta a posição no sentido da expressão desjudicializar não ser somente retirar algo do Poder Judiciário, tratando-se verdadeiramente de jurisdição fora do judiciário, um meio alternativo de solução de conflitos, tornando possível a atribuição de competência antes exclusivas do Poder Judiciário às Serventias Extrajudiciais, que dotam seus atos dos atri-

butos da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia, conforme o teor do Artigo 1º Lei 8.935/1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro.

4) Consagração legislativa do uso dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos

Tramita no Congresso Nacional a PEC nº 108, de 2015, de autoria do Senador Vicentinho Alves. Referida PEC visa elevar ao status de direito fundamental - mais precisamente à categoria de norma constitucional de conteúdo principiológico - o acesso aos métodos extrajudiciais de solução de conflitos ao prever que o Estado tem o dever de promover e estimular a utilização destes meios alternativos de solução de conflitos. Atualmente a PEC encontra-se em trâmite legislativo na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, tendo obtido parecer favorável do relator.

Na justificação da proposição, o autor do projeto sustenta que o crescimento vertiginoso de conflitos judiciais ocorre pela cultura da sociedade brasileira de culto ao litígio em face da falta de espaços institucionais voltados à comunicação de pessoas em conflito.

Ainda na justificação, o autor da PEC demonstra sua inspiração no direito comparado, exaltando a ideia de criação do Sistema Multiportas (Multi-door Courthouse System), que teve a primeira referência nos Estados Unidos em 1976 em uma conferência proferida pelo professor Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard, inspirado na insuficiência do Poder Judiciário americano em atender ao crescente número de demandas.

O Sistema Multiportas é um sistema que disponibiliza várias opções, ou seja, várias “portas” de solução de conflitos, não sendo necessariamente discutidos todos os conflitos através de uma única via de acesso à justiça – o processo judicial – passando as partes preliminarmente por uma espécie de triagem para que, considerando as peculiaridades de cada caso, seja escolhido o melhor método para resolução do litígio apresentado (GABBAY, 2013).

No plano infraconstitucional, em consonância com o ideal de amplo acesso à justiça, foi sancionada a Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 especificamente para melhor regulamentar o instituto da arbitragem, embora tenha sido introduzida no Brasil por meio das Ordenações Filipinas

quando da colonização portuguesa, tendo sido adotado pela Constituição do Império de 1824, ganhado destaque no Código Comercial de 1850 e também com dispositivos no Código Civil de 1916, bem como no Código de Processo Civil de 1939 e também no de 1979 (BULOS e FURTADO, 1997).

Abalizada doutrina sustenta que a arbitragem não é meramente um equivalente jurisdicional, mas sim se trata propriamente de uma jurisdição privada, tendo como único aspecto diferente da jurisdição estatal a escolha do árbitro pelos próprios ligantes (DIDIER, 2007).

O instituto da arbitragem tem se demonstrado eficaz na solução de determinadas controvérsias e dados empíricos ilustram o crescimento da solução de conflitos pela via arbitral. Em 2010, foram registrados 128 procedimentos nas seis maiores câmaras de arbitragem do Brasil, e nas disputas foi envolvido valores por volta de R\$ 2,8 bilhões. No ano de 2016, o número havia aumentado consideravelmente para 249 novos casos, superando a quantia de R\$ 24 bilhões em disputa. Já em 2017, o número de procedimentos foi majorado para 275 e os valores envolvidos subiram para R\$ 26,3 bilhões (LEMES, 2018).

Em decorrência do uso e da importância do instituto, foi sancionada a Lei 13.129 de 26 de maio de 2015, alterando dispositivos da mencionada Lei 9.307/1996 e atribuindo nova roupagem e força, ampliando o alcance do instituto (KULESZA e CARRETEIRO, 2015). A referida novidade legislativa traz contribuições e inovações, como a possibilidade do uso da arbitragem por entes da Administração Pública e a possibilidade concessão de medidas cautelares e urgentes.

Outro marco importante na consagração legislativa dos métodos alternativos de solução de conflitos foi a regulamentação da mediação na legislação pátria. O Conselho Nacional de Justiça, órgão previsto na Constituição Federal como responsável pela estruturação da política judiciária nacional, editou a Resolução n. 125/2010, que trouxe diretrizes para o desenvolvimento da mediação no país, dispondo inclusive acerca das câmaras privadas de mediação.

Uma das mais significantes previsões da Resolução foi a determinação de criação, pelos Tribunais dos Estados, de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) em locais com até quatro Juízos, Juizados ou Varas cíveis, fazendárias, previdenciárias ou de famí-

lia. No entanto, apesar da obrigatoriedade estabelecida pela Resolução na criação dos CEJUSC, não foi incorporada por todos os Tribunais (COELHO, 2015).

Em 16 de março de 2015 houve a publicação do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, a Lei 13.105, regulamentando as diretrizes e o procedimento de mediação no âmbito judicial; posteriormente, na data de 29 de junho de 2015, foi publicada a Lei n. 13.140, a Lei de Mediação brasileira, dispendo sobre o desenvolvimento da mediação no Brasil.

O já citado parágrafo 3º do artigo 3º do Novo Código de Processo Civil, de forma similar ao texto proposto na PEC/108 analisada no início desta sessão, consagrou o incentivo à utilização de meios adequados de solução de conflitos extrajudiciais, de acordo com a antes analisada abordagem do acesso à justiça segundo o projeto Florença, difundido por Mauro Cappelletti, não restringindo o acesso à justiça aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal, mas sim compreendendo o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Não obstante tenha havido estas inovações legislativas no campo da arbitragem e da mediação, o legislador em evidente movimento de desjudicialização conforme a abordagem analisada na sessão anterior atribuiu competências antes exclusivas da jurisdição estatal as competências das Serventias Extrajudiciais, o que alguns juristas convencionalmente chamam de Jurisdição Voluntária Extrajudicial (GRECO, 2003). Não adentraremos aqui na discussão doutrinária acerca da nomenclatura “jurisdição voluntária” por não estar ligado ao cerne do presente trabalho, mas cabe salientar que o Novo Código de Processo Civil manteve a nomenclatura.

Dada a amplitude e a especificidade do assunto sobre as novas atribuições das Serventias Extrajudiciais, abordaremos a temática na próxima sessão para fins metodológicos.

5) Atribuições das serventias extrajudiciais na efetivação de direitos

Com o precípua fim de descongestionar o Poder Judiciário, as Serventias Extrajudiciais foram acumulando novas competências ao longo

dos últimos anos, devido a celeridade, a capilaridade e os menores custos dos serviços cartoriais em relação aos custos de um processo judicial.

Dentre estas inovações e alterações legislativas que buscam desafogar o Poder Judiciário eliminando a participação do Juiz em atos próprios dos Serviços Extrajudiciais, a de maior relevância foi a alteração no Artigo 212 da lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973 – mais conhecida como Lei dos Registros Públicos – promovida pela lei 10.931 de 02 de agosto de 2004. Tal inovação legislativa inseriu em nosso ordenamento jurídico o instituto da retificação administrativa, que inspirou a posterior regulamentação acerca da usucapião extrajudicial.

Através do instituto da retificação administrativa, permite-se que sejam sanados alguns vícios constantes de registros e averbações nas matrículas dos Offícios de Registro de Imóveis sem a necessidade de ação judicial ou qualquer espécie de anuência do Poder Judiciário, o que não era permitido antes da alteração legislativa. Para a retificação administrativa bastará mero requerimento dirigido ao oficial registrador responsável, que poderá inclusive proceder à correção de ofício dos registros em determinadas hipóteses, como na correção de erros evidentes oriundos da transposição de dados para o registro, desde que contidos em documentos oficiais ou arquivados na serventia.

Posteriormente, foi sancionada a lei nº 11.441 de 4 de janeiro 2007, que inseriu dispositivos no Código de Processo Civil de 1973, atribuindo grande responsabilidade aos Notários ao facultar aos interessados a opção pela via extrajudicial sem qualquer participação do Poder Judiciário no que tange aos procedimentos de separação, divórcio, inventário e partilha de bens decorrente destes institutos e também decorrente de sucessão *causa mortis*, formalizando-se tais atos através de escritura pública.

Para a opção pela via extrajudicial, basta o consenso entre as partes quanto às disposições, que os interessados sejam todos capazes e que não exista nascituro, sendo resguardada a competência do Poder Judiciário no que tange aos procedimentos que envolvam interesse público, como é o caso de causas que porventura afetem incapazes.

Posteriormente à vigência da Lei 11.441/2007, foi editada a Resolução 35 de 24 de abril de 2007, do Conselho Nacional de Justiça, visando disciplinar a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de

registro. Cabe salientar que o instituto foi previsto expressamente pelo Código de Processo Civil vigente¹²⁶.

Esta atribuição de competência às Serventias Extrajudiciais foi a mais perceptível à comunidade jurídica e à sociedade, resultando na economia de tempo e dinheiro público ao evitar o ajuizamento de milhões de ações judiciais e facilitando e desonerando a todos interessados a mudança do estado civil. Levantamento feito em agosto de 2018, utilizando dados da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - entidade que centraliza e recebe informações acerca dos atos praticados nos Tabelionatos de Notas de todo o país – demonstra que, desde o advento da lei em comento, foram lavradas mais de 2 milhões de escrituras públicas de separação e divórcio consensuais, ou seja, deixaram de ser ajuizadas mais de 2 milhões de ações dessa natureza nesse interregno de tempo, excluindo-se ainda deste número as escrituras de inventário e partilha decorrentes de sucessão *causa mortis* (MIGALHAS, 2018).

Cumprе salientar que o legislador, na redação da Lei 11.441/07, em consonância com o ideal de acesso à justiça, previu que a escritura de inventário, partilha, separação e divórcio extrajudiciais, é gratuita para os declaradamente pobres ainda que tenham advogado constituído. Tal previsão foi repetida na Resolução 35/2007 do CNJ, entretanto não está contida expressamente no atual Código de Processo Civil.

Devido à omissão, paira a dúvida se ainda existe a gratuidade de tais atos notariais. Loureiro (2018) sustenta que ainda persiste a hipótese de gratuidade, pois a Lei 11.441/2007 não foi revogada pelo Código de Processo Civil, também não ocorreu a revogação tácita desta lei, pois não regulamentou integralmente a matéria prevista na regra anterior.

Outro instituto que tem colaborado com o desobstrução do Poder Judiciário é o protesto de títulos de crédito e outros documentos de dívida, disciplinado pela Lei 9.492 de 10 de setembro de 1997.

Importante alteração legislativa, introduzida pela Lei de 27 de dezembro de 2012, esclareceu acerca do alcance da expressão “documentos de dívida”, prevista no artigo 1º da lei de regência do protesto, e incluiu

126 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

parágrafo único no referido artigo para prever que esta expressão engloba as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas, tornando aptos a protesto tais documentos.

Dados empíricos demonstram que o protesto tem sido muito mais eficaz - além de ser mais célere - na recuperação dos créditos públicos escritos em dívida ativa no comparativo com a recuperação de créditos advindos da execução fiscal, que é considerado o maior gargalo do abarrotamento do Poder Judiciário, segundo o relatório do CNJ “Justiça em Números” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018). Conforme dados levantados pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, o protesto de CDAs possui taxa de recuperação de créditos de 19%, frente ao baixíssimo índice de 1% de recuperação oriunda do processo de execução fiscal (D’AMBROSIO, 2016).

Especificamente no estado de Minas Gerais, entre os anos 2011 e 2016, foi reduzido o acervo de 584,4 mil execuções fiscais municipais para 470 mil. Outro dado surpreendente, referente ao mesmo período, demonstra que o número de processos da mesma espécie distribuídos por ano diminuiu consideravelmente, em 2011 ingressaram 126 mil execuções, enquanto que, em 2016, foram 26 mil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). Tal redução se deu em razão do projeto “Execução fiscal eficiente”, de iniciativa do próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que consiste no envio das dívidas ativas para protesto previamente ao ajuizamento da execução fiscal.

Corroborando com a importância do instituto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do instituto no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade 5135, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, não acatando o fundamento do pedido que sustentava que o protesto seria indevida sanção política pelo não pagamento da dívida tributária. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em 28 de novembro de 2018, fixou tese repetitiva em julgamento pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça reafirmando a legalidade do protesto de CDAs pela Fazenda Pública em razão do cenário atual de sonegação fiscal, em que os grandes sonegadores não pagam suas dívidas porque não querem, ao passo que os pequenos e vulneráveis não pagam pela incapacidade de pagar (COELHO, 2018).

Nesse diapasão, não é temeroso afirmar que o protesto é importante instrumento de desjudicialização e apto a melhorar a eficácia do Poder Judiciário, já que o sucesso na recuperação de créditos via protesto evita que milhares de ações sejam interpostas, resultando na diminuição do número de processos em tramitação e em uma natural melhora na prestação jurisdicional.

Também possui grande potencial para efetivar o direito à propriedade e auxiliar no desafogo das instâncias judiciais a novidade inserida na Lei 6015/1973, através da previsão contida no artigo 1.071 do Código de Processo Civil, que permitiu aos interessados a faculdade de realizar o procedimento da usucapião todo de forma extrajudicial, perante os Tabelionatos de Notas e Ofícios de Registro de Imóveis.

A redação original dos artigos que regulamentam o procedimento tornava dificultosa a aplicação prática do instituto, pois era necessário o consentimento expresso de todos os confrontantes do imóvel usucapiendo e o silêncio destes era interpretado como recusa, sendo remetido o procedimento à via judicial nestes casos. Visando tornar mais acessível o instituto para efetivar o direito à propriedade de forma mais célere e menos onerosa nas Serventias Extrajudiciais, o legislador pátrio, através da Lei 13.465 de 11 de julho de 2017, alterou em parte dispositivos da Lei 6.015/1973, para que na aludida hipótese de não manifestação dos confrontantes o silêncio destes seja interpretado como anuência ao procedimento, tendo seguimento na via extrajudicial quando estes permanecerem silentes. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 65 de 14 de dezembro de 2017, dando contornos e regulamentando de maneira mais precisa o processamento do pedido de usucapião na esfera extrajudicial.

Cabe ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça vem exercendo importante papel no fomento ao acesso à justiça no sentido atribuído por Cappelletti, emanando diversos atos normativos visando regulamentar diversos procedimentos. Pode ser questionado se o referido conselho não tem usurpado funções do poder legislativo, mas tal discussão foge ao cerne do presente artigo, merecendo mais aprofundada discussão em ensaio exclusivo para o assunto.

Neste sentido, em consonância ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e visando a efetivação do direito constitucional à dignidade

(art. 1º, III, da CF/88), à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem (art. 5º, X, da CF/88), à igualdade (art. 5º, caput, da CF/88), à identidade ou expressão de gênero sem discriminações, bem como direitos correlatos em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, editou o provimento 73 de 28 de junho de 2018, dispondo sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais, possibilitando que esta alteração seja feito diretamente perante o Oficial de Registro sem qualquer participação do Poder Judiciário, em significativo movimento de desjudicialização.

Também no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, após ter sido vedado o exercício de mediação nas Serventias Extrajudiciais pelo mesmo órgão nos autos do Pedido de Providências 0005163-92.2017.2.00.0000, foi editado o Provimento 67 de 28 de março de 2018, regulamentando a atividade de mediação e conciliação nas Serventias Extrajudiciais, de acordo com os ditames do Código de Processo Civil e da Lei 13.140/2015.

Por ter sido recentemente editado o provimento e depender ainda de prévio curso de capacitação dos notários e registradores, além de ser necessária a prévia previsão de cobrança nas tabelas de emolumentos estaduais concernentes aos serviços extrajudiciais, em poucas serventias estão sendo realizadas sessões de conciliação e mediação. Entretanto, dada a capilaridade das Serventias Extrajudiciais, presentes em todos municípios brasileiros, e a qualificação dos notários e registradores, que são profissionais do direito previamente aprovados em concorridos concursos públicos, abre-se a possibilidade de que ao longo do tempo seja facilitado amplamente o acesso a este tipo de meio alternativo de solução de conflitos, pois em diversas localidades distantes e de pequena população não existirão câmaras privadas de mediação ou não serão instalados Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, ao passo que poderá existir no local um tabelião ou registrador apto a realizar a mediação, pois o mesmo utilizará da estrutura já existente em sua serventia.

6) Conclusões

Com toda a exposição supra, pretendeu-se demonstrar que para desafogar o poder judiciário é necessário partir da adequada compreensão do

acesso à justiça, envolvendo o acesso aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

As reformas processuais iniciadas em 1994, que atingiram o ápice com a edição do Novo Código de Processo Civil, não se demonstraram suficientes para atender à crescente busca de efetivação de direitos e solução de conflitos. Paralelamente, no mesmo espaço de tempo, medidas de desjudicialização foram sendo tomadas e vem ganhando destaque no tocante à efetivação de direitos e resolução de conflitos, a exemplo do crescimento da arbitragem e da popularidade da separação, divórcio, partilha e inventário de bens diretamente nas Serventias Extrajudiciais.

Conclui-se, com base na análise da utilização e crescimento de meios alternativos de resolução de conflitos, de efetivação extrajudicial de direitos em geral e no número de processos evitados em razão da utilização destes meios, que inovações e alterações legislativas no sentido de atribuir competências antes exclusivas ao Poder Judiciário para outros entes estatais ou até para pessoas e órgãos privados têm demonstrado resultado satisfatório, devendo ser implementadas legislativamente e incentivadas para a formação de uma cultura de resolução extrajudicial de conflitos, sem excluir a opção pela via judicial para efetivação destes direitos, seja pela vontade das partes, seja quando existir interesse público na solução da demanda exigir.

7) Referências

BULOS, Uadi Lammêgo e FURTADO, Paulo. **Lei da arbitragem comentada:** breves comentários à Lei n. 9.307, de 23-9-1996. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas.** Revista de Processo. n. 65, jan/mar 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Aspectos Processuais da Nova Lei de Arbitragem,** in Revista Forense, v. 339, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

- COELHO, Eleonora. **Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Uma urgência para o Brasil.** In ROCHA, Caio Cesar Vieira; Salomão, Luis Felipe (Cords.). Arbitragem e Mediação – a reforma da Legislação Brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.
- COELHO, Gabriela. **STJ fixa tese sobre legalidade de protesto de CDA pela Fazenda Pública.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-28/stj-fixa-tese-legalidade-protesto-cda-fazenda>>. Acesso em 06. Dez. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018.** Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 02 dez. 2018.
- CALDO, Diego Santiago Y. **O veto ao incidente de coletivização e a chance perdida para solucionar o fenômeno das ações individuais repetitivas.** Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 965/2016. Mar. 2016.
- D'AMBROSIO, Renata Gontijo. **Protesto de CDAs possui taxa de recuperação de 19%.** Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/2016/protesto-de-cdas-possui-taxa-de-recuperacao-de-19>>. Acesso em 06. Dez. 2018.
- DALLA, Humberto. PAUMGARTTEN, Michele. **Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>>. Acesso em: 06. Dez. 2018.
- DIDIER, Fredie Júnior. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 1. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2007
- GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna.** São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, Vol. I, 5ª edição.
Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KULESZA, Gustavo Santos; CARRETEIRO, Mateus Aimoré. **Tutelas de urgência na Lei de Arbitragem reformada**. In: HOLANDA, Flávia; SALLA, Ricardo Medina (coords.). *A nova Lei da arbitragem brasileira*. São Paulo: Sage, 2015.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos**

Período de 2010 (jan./dez) a 2017 (jan./dez.). Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em 05. Dez. 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: Teoria e prática**. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2018.

MIGALHAS, **Cartórios retiraram dois milhões de processos da Justiça desde 2007, aponta estudo**. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI284918,41046-Cartorios+retiraram+dois+milhoes+de+processos+da+Justica+desde+2007>>. Acesso em 06. Dez. 2018.

MOTA, Júlia Cláudia Rodrigues da Cunha. **As serventias extrajudiciais e as novas formas de acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2000.

PEDROSO, João. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial. **Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa**, Coimbra, v. 171, p.1-43, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 03. Dez. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil.** Disponível no endereço eletrônico: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em 02 dez. 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.** Revista de Processo, São Paulo, n. 125, jul. 2005.

ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESTAÇÃO

Andréa Neiva Coelho de Medeiros

1. INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico pátrio, veda-se ao particular fazer justiça com as próprias mãos. Por isso, cumpre ao Estado atuar para garantir a solução dos conflitos existentes. Nesse contexto, o Poder Judiciário deve ser aberto para que todos possam ali buscar a composição das lides que se envolvam.

De fato, de nada serviria o direito se ele não for justo e acessível a todos. Sendo assim, o direito fundamental de acesso à justiça ganha relevo como o meio eficaz a corrigir e evitar que a sociedade descumpra o ordenamento jurídico.

Apesar do direito de acesso à justiça ter surgido no contexto liberal clássico, servindo apenas como um direito de defesa para garantir que o Estado não dificultasse o acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário – a desigualdade social e a ausência de justiça nos casos concretos escancarava que esse direito fundamental era apenas formalmente assegurado.

Com a dificuldade de acesso à justiça pelos desfavorecidos economicamente, o direito fundamental de acesso à justiça sofre uma modificação de percepção: deixa de ser visto como mero acesso aos Tribunais e passa a ser visto como direito de acesso a uma ordem jurídica justa e com resultados eficazes seja social, como individualmente.

Aliado a isso, novas correntes de interpretação constitucional buscam incumbir o Estado de atuar positivamente a fim de trazer para a realidade

o direito fundamental aventado formalmente na lei. Desta forma, o Estado passa a ser não só o responsável por abster-se, mas como garantidor de liberdades.

Partindo dessa premissa, o direito fundamental de acesso à justiça ganha ares de direito prestacional, uma vez que Poder Público deve ser exigido positivamente a fornecer assistência jurídica de qualidade e a custear as despesas judiciais dos hipossuficientes.

Desta maneira, percebe-se a importância do estudo da passagem do direito fundamental de acesso à justiça de direito de defesa para direito prestacional.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história dos direitos fundamentais está intrinsecamente ligada a evolução da sociedade e o enfrentamento dos problemas surgidos em cada época histórica, não é a toa que uma das características marcantes dos direitos fundamentais é seu historicismo, demonstrando que tais direitos são resultados de anos de avanços galgados no desenvolvimento do Estado e o aparecimento de interesses, problemas sociais ou novos fatores reais de poder.

De fato, os direitos fundamentais são produtos da história e seus avanços e retrocessos constituem uma revolução contínua, seja esta advinda de modificações legislativas, seja resultado de alterações hermenêuticas. Em seu nascedouro, ergueram-se com o intuito de concretizar os ideais da liberdade, igualdade e fraternidade.

A partir do contexto em que despontaram, podem demonstrar as necessidades que buscaram sanar. Assim, no modelo liberal clássico, os direitos fundamentais possuem, como a finalidade principal, a limitação dos poderes e desmandos estatais. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41). Já na situação pós-guerra, busca-se reparar a pobreza crescente e o aumento da desigualdade social.

De fato, as constituições liberais privilegiam os direitos individuais – os quais representam principalmente a ideia do estado abstencionista e positivista – a fim de combater os excessos do absolutismo estatal e os desmandos dos seus governadores. Essa idealização de Estado Mínimo está diretamente atrelada ao fortalecimento do capitalismo: ao Estado caberia

apenas garantir ordem e segurança, o restante seria regulado pela “mão invisível do mercado”. Observa-se que os direitos fundamentais consagrados nessa época traduzem o interesse da burguesia: liberdade e propriedade (MEDEIROS, 2016, p. 8).

Contudo, o cenário pós-guerra apresentou novos problemas a serem combatidos pela sociedade: a ausência de igualdade material entre os cidadãos, a precariedade dos empregos e a pobreza da população. Decerto, a liberdade individual e a igualdade formal buscadas na Revolução Francesa não foram capazes de resolver plenamente os problemas e as necessidades sociais anteriores, bem como, aquelas surgidas com a Primeira Guerra Mundial e com o exercício do livre comércio – regulado apenas pela lei do “*laissez-faire*”.

Impulsionado por essa realidade, o constitucionalismo moderno tenta implementar a igualdade material no seio da sociedade exigindo do Estado “lídimas prestações positivas” (BULOS, 2009) através de uma nova gama de direitos fundamentais: os sociais. Nessa conjuntura, tais direitos ganham importante espaço constitucional, restando evidente a necessidade de uma conduta proativa de prestações materiais na tentativa de superar a lacuna social existente.

Desta forma, o Estado passa a assumir na área da saúde, educação, moradia e trabalho o caráter de provedor – aglutinando-se tais encargos às suas funções anteriores (ordem e segurança). O mesmo ocorreu com os direitos fundamentais: os direitos sociais foram incorporados ao seu rol sem excluir os já conquistados direitos individuais. Nesse momento, verifica-se o aumento dos direitos titularizados pelo cidadão para exigir do Estado uma atuação, seja positiva ou negativa.

Segundo Peréz Luño (1991, p. 205–206), a ocorrência dessa mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, dá ensejo ao surgimento de gerações de direitos, sendo assim, o contexto de seu nascimento confere a carga genética ideológica ao direito criado. De maneira didática, os direitos de primeira geração são aqueles referentes à liberdade do indivíduo – os quais requerem uma autolimitação e a não ingerência do poder público, enquanto os de segunda geração são os que exigem uma política ativa do Estado, quais sejam, os econômicos, sociais e culturais. Já a terceira geração de direitos é apresentada como uma resposta ao comprometimento das liberdades pelo uso de tecnologia.

Paulo Bonavides (2004, p. 570-571) complementa o rol com os direitos fundamentais de quarta e quinta geração. Segundo seus ensinamentos, aqueles consubstanciam-se no direito à democracia, ao pluralismo e à informação, consequência da globalização e do neoliberalismo. Já ao tratar dos direitos de quinta geração, relaciona-os ao direito à paz, considerada condição essencial ao progresso de todas as nações (BONAVIDES, 2008).

3. A TEORIA DO STATUS E A CLASSIFICAÇÃO TRIALISTA – GEORG JELLINEK

A classificação trialista formulada por Georg Jellinek ainda tem grande relevo jurídico ao contrastar a posição do particular à conduta a ser exigida em face do Estado. Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 109) ressalta sua importância e resume o ângulo sob o qual foi fundamentada, em suas palavras: “essa teoria [dos quatro *status*], cuja citação tem sido quase obrigatória pela doutrina dedicada ao tema, situa a posição do indivíduo em relação ao Estado em função do seu vínculo com a comunidade estatal”.

Georg Jellinek desenvolveu a Teoria do *status* com base na posição ocupada pelo indivíduo em sua relação jurídica com o Estado. Em seus estudos, identificou quatro situações, quais sejam: o *status subjectionis* (ou passivo), o *status libertatis* (ou negativo), o *status civitatis* (ou positivo) e o *status activus* (cidadania ativa) (ALEXY, 2008, p. 254-255). O *status* é um conceito extraído da interação entre a esfera estatal e o espaço individual particular (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 50). Jellinek (*apud* ALEXY, 2008, p. 254-255) o descreve como “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”.

A partir dessa análise, Jellinek formula uma classificação trialista dos direitos fundamentais: direitos de defesa (*status* negativo), prestacionais (*status* positivo) ou de participação (*status* ativo).

Hans J. Wolff (*apud* ALEXY, 2008, p. 257) relaciona o conceito *status* apresentado por Jellinek com a existência de “direitos e deveres potenciais”. De fato, cada diferente posição ocupada pelo particular em face ao Estado possui o condão de evidenciar uma nova categoria de direitos fundamentais (ou deveres) com características específicas atreladas à conduta estatal.

Alerta-se para o fato de que o *status subjectionis* é caracterizada pela sujeição do indivíduo ao Estado, possibilitando a imposição de determi-

nadas obrigações individuais. Nesse caso, a esfera ocupada pelo cidadão é passiva, onde o sujeito se posiciona abaixo do Estado para o cumprimento de deveres a ele incumbidos (ALEXY, 2008). Portanto, nesse âmbito, não há o que se falar em direitos fundamentais, mas deveres, uma vez que o Estado possui uma área de competência para implementar regras a serem observadas pelos seus regidos (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 54).

O *status libertatis* corresponde às situações em que o Estado não pode interferir na seara particular do indivíduo, ocorrendo a indevida atuação estatal, o sujeito pode repeli-la através de mecanismos oferecidos pelo ordenamento jurídico. Por tal motivo, são considerados direitos de defesa, ou seja, direitos de resistir a uma pretensão estatal injusta. Evidencia-se, então, a área em que o poder do Estado está limitado pela liberdade de agir conferida ao cidadão (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 50).

Em síntese, os direitos de defesa estão relacionados aos direitos de primeira geração: atrelados à liberdade e à igualdade formal, são titularizados pelo indivíduo e exercidos em face do Estado para proteger a faculdade do particular de fazer e não-fazer algo. Por esse motivo, são conhecidos como direitos individuais e retratam os direitos fundamentais clássicos formulados para limitar o poderio estatal. Em regra, possuem caráter negativo e exigem do Estado uma abstenção e não uma atitude positiva.

Concernente ao *status civitatis* (positivo), Georg Jellinek o coloca em lado oposto ao *status libertatis* (negativo), pois, enquanto este garante ao particular o direito ao não-embaraço de sua conduta, aquele permite exigir do Estado uma ação estatal específica (ALEXY, 2008, p. 263 e 266). O status positivo “reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais” (JELLINEK *apud* ALEXY, 2008, p. 264).

Jellinek afirma ainda que esse status cívico garante (1) pretensões às atividades estatais e (2) a criação de mecanismos e caminhos jurídicos para a concretização dessa finalidade (pretensões jurídicas positivas formais). Para caracterizar tal situação, exige-se duas condições: o direito titularizado pelo indivíduo e a competência do Estado em relação ao seu cumprimento (ALEXY, 2008, p. 264). De fato, o Estado não pode ser obrigado a agir se ausente sua capacidade para tanto.

Da caracterização desse status, extrai-se o conceito de direitos fundamentais de prestação. Decerto, o próprio nome já exprime a natureza

positiva de tais direitos, uma vez que, para efetivá-los, o Estado não pode estar inerte, deve agir para conceder as prestações garantidas. Assim, enquanto os direitos de defesa foram idealizados para colocar o indivíduo a salvo de indevida ingerência do Estado, os direitos prestacionais o colocam, sob sua proteção.

Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2014, p. 51) afirmam que as prestações estatais podem ser de caráter normativo – ou seja, o dever do Estado consiste em legislar, produzir normas que protejam os interesses individuais garantidos constitucionalmente, por exemplo, os direitos trabalhistas –, bem como, tais prestações podem ser de ordem material – compreendendo o fornecimento de bens ou serviços públicos de circulação privada permitida (alimentação, educação, medicamentos, entre outros) ou de serviços exercidos exclusivamente pelo Estado (segurança pública).

Por fim, o *status activus* está relacionado com a possível participação do cidadão na formação da vontade estatal. No caso, a intervenção parte do indivíduo para o Estado, por exemplo, com o direito de escolher seus representantes políticos ou de participar diretamente da democracia (leis de iniciativa popular, referendo e plebiscito). Do *status activus* decorrem os direitos políticos e de participação (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 53-54).

Em resumo, dos quatro *status* apontados por Georg Jellinek (passivo, negativo, positivo e ativo), surge uma classificação tripartida: direitos de defesa, direitos de prestação e direitos de participação.

4. DUPLO CARÁTER DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIMENSÃO SUBJETIVA E DIMENSÃO OBJETIVA.

Ao observar o histórico dos direitos fundamentais, observa-se que eles surgiram como mandamentos de agir ou não agir direcionados ao Estado, podendo o cidadão exigir a conduta estatal necessária – seja positiva, seja negativa – para o implemento do seu direito. Em termos didáticos, os direitos fundamentais são direitos titularizados pelos indivíduos. Desta forma, o rol de direitos elencados na Carta Magna não tem efeito meramente decorativo, mas, ao menos em tese, configuram direitos subjetivos garantidos aos cidadãos (MEDEIROS, 2016).

Nas lições de Daniel Sarmento (2010), o constitucionalismo liberal privilegiava apenas a vertente jurídica subjetiva dos direitos fundamentais, uma vez que limitava-se a identificar as pretensões exigíveis pelos cidadãos em detrimento do Estado. De fato, os direitos fundamentais foram idealizados primeiramente como instrumentos de defesa do indivíduo em face do Poder Estatal, é natural que a vertente subjetiva apareça de forma mais evidente.

Sarlet (2012, p. 152) descreve o caráter subjetivo do direito como a possibilidade do indivíduo impor judicialmente seus interesses individuais tutelados pelo ordenamento jurídico em face do destinatário desse direito, ou seja, ao titular do direito fundamental subjetivo é facultado exigir ao Estado (através do próprio Estado – corporificado, na maioria das vezes, pelo Poder Judiciário) a prestação/omissão devida.

Destaca-se, assim, a triangulação formada na relação jurídica subjetiva de um direito (seja fundamental, ou não): o seu titular, o seu objeto e o seu destinatário. Realmente, não se pode considerar um direito subjetivo sem tais elementos: uma pessoa que o detenha; uma pretensão a ser exigida; e o destinatário que possua o dever jurídico de implementá-lo. Essa relação tríplice é característica essencial à subjetividade do direito.

Ressalte-se que, em uma análise superficial, tendo em vista a perspectiva subjetiva advir de uma concepção liberal de constitucionalismo, pode-se (equivocadamente) pensar que esse caráter subjetivo dos direitos fundamentais aplicam-se apenas quando identificado *status* negativo. A verdade é que, ao realizar um enfrentamento da classificação trialista de Georg Jellinek (já explanada) e a dimensão subjetiva, pode-se afirmar que esta não é característica pertencente exclusivamente aos direitos de defesa, mas também relaciona-se aos direitos prestacionais e de participação política (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 116-117).

Com a evolução da hermenêutica constitucional, houve uma ampliação da percepção sobre o conceito de direito fundamental. Enquanto o constitucionalismo liberal os assimilava exclusivamente pela óptica subjetiva – uma vez que só reconhecia possíveis pretensões exigíveis pelo cidadão –, a visão moderna inseriu um caráter valorativo a tais direitos, entendendo que eles consistem nos valores essenciais pertencentes à comunidade política. Essa nova compreensão recebeu o nome de dimensão objetiva dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2010).

De fato, a hermenêutica constitucional passou a encarar os direitos fundamentais também através de um prisma objetivo: como valores orientadores da atuação do Estado em todas as suas esferas e Poderes. Sem deixar de lado a sua função anterior, os direitos fundamentais começaram a ser considerados como preceitos e princípios que orientam a produção, a interpretação e aplicação da norma jurídica infraconstitucional, e toda a atuação estatal – independentemente de suposta violação a direito individual específico (SARLET, 2012, p. 143).

Em poucas palavras, pode-se afirmar que a perspectiva subjetiva, como a própria etimologia da palavra induz a pensar, parte de um olhar individual, focado no sujeito de direitos. Ao passo que a dimensão objetiva abandona esse prisma egoístico e inclui toda a sociedade sob o olhar normativo dos direitos fundamentais, que passam a valer juridicamente também do ponto de vista de toda a comunidade como valores e fins a serem buscados e alcançados na atuação estatal (SARLET, 2012, p. 145).

Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 107) ressalta que a diferença entre os prismas subjetivo e objetivo está em observância com a visão de quem o encara: o sujeito de direitos, titular do direito fundamental; ou a ordem jurídica estatal, que deve garantir, implementar e concretizar os direitos fundamentais em todas as suas esferas e funções.

Bonifácio (2010, p. 107-108) prossegue o raciocínio sobre a dimensão subjetiva mencionando que ela se refere à possibilidade do particular exigir o exercício e a observância de determinado direito fundamental em face do Estado e do particular, portanto, consistiria em “interesses, vontades e faculdades do indivíduo” concernentes a disposições constitucionais.

Segundo Daniel Sarmento (2010), com a constatação de que direitos fundamentais são também valores e fins sociais, eles não podem ser encarados como meros limites do poder estatal, devendo irradiar para todo o ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação de todos os Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo). Assim, deixa de ser um simples limite de exercício do poder estatal e converte-se em norte da sua atuação.

É inequívoco que essa inovação interpretativa trouxe consequências positivas para a aplicação dos direitos fundamentais. Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2014, p. 118-120) citam quatro aspectos derivados

da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: normas de competência negativa; critérios de interpretação infraconstitucional; limitações dos direitos fundamentais no interesse da comunidade; e o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais.

Em princípio, cumpre observar que não há norma constitucional desprovida de eficácia, elas são dotadas, pelo menos, de uma força paralisante (de não recepcionar legislação anterior que a contrarie) e de uma força impeditiva (para considerar inconstitucional quaisquer leis futuras que a viole), além de servirem de fonte hermenêutica para a aplicação do direito (CHIMENTI, 2005; CRISAFULLI, 1952).

Desta forma, não poderia ser diferente com os dispositivos relacionados aos direitos fundamentais, eles também são considerados normas de competência negativa, uma vez que toda liberdade concedida pelo constituinte ao indivíduo significa a diminuição da discricionariedade do Estado em relação ao tema, ou seja, haverá a subtração de determinada fatia de competência da esfera pública independente do sujeito ir a juízo questionar a observância ao seu direito subjetivo (DIMOULIS, MARTINS, 2014, p. 118-120).

Sarlet (2012, p. 145) corrobora o entendimento acima, afirmando que o poder do Estado é juridicamente constituído, de origem determinada e limitado, de tal maneira que este só poderá ser exercido se respeitar a área delimitada de atribuições colocada à sua disposição. Assim, a liberdade e a igualdade concedidas aos cidadãos é equitativamente retirada da esfera de competência do Estado.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 118-119) relacionam a competência negativa ao dever estatal de realizar o autocontrole de suas funções e limites constitucionais, bem como, à possibilidade dos legalmente legitimados iniciarem uma ação de controle de constitucionalidade abstrato – não por acaso, classifica-o também como processo objetivo de controle.

O segundo aspecto comentado por Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2014, p. 118-119) é a utilização das normas de direitos fundamentais como critérios de interpretação e configuração do direito infraconstitucional. A Teoria da Eficácia Mínima revelam a faceta hermenêutica inerente a todas as normas constitucionais.

Ainda que de forma crítica, Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2014, p. 119-120) apontam a limitação dos direitos fundamentais como

derivada da sua dimensão objetiva. A limitação do direito seria embasada na justificativa de proteção do próprio titular do direito.

Ingo Sarlet (2012) explica que os direitos fundamentais devem ser sempre valorados não apenas pela perspectiva individual, pois é necessária também uma análise sob o ângulo da sociedade, uma vez que eles consistem em valores e fins almejados por todos. Esse ponto de vista tem o condão de legitimar restrições aos direitos fundamentais com base no interesse público prevalente, limitando o seu conteúdo e alcance.

Por essa perspectiva, pode-se inclusive afirmar que todos direitos fundamentais são também transindividuais e estão sujeitos (inclusive os individuais) ao reconhecimento social, devendo haver, nas palavras de Vieira de Andrade (1976, p. 146) , uma “responsabilidade comunitária dos indivíduos”.

Por fim, Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2014, p. 118-119) apontam o quarto desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: a Teoria do Dever Estatal de Tutela. O Estado deve não apenas respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também protegê-los contra ameaça ou violação de origem não estatal. De fato, o Poder Público não é o único capaz de desrespeitar os direitos fundamentais, a coação pode vir de terceiros – sejam esses particulares ou algum Estado estrangeiro – e também do próprio titular do direito subjetivo.

Sarlet (2014, p. 148-149) aborda essa importante função do dever proteção como uma consequência da existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado. Sendo este obrigado a atuar positivamente (de diversas formas) no intuito de salvaguardar o exercício dos direitos fundamentais. Ademais, o dever de proteção também está vinculado ao monopólio estatal do exercício da força.

Com efeito, ao particular é proibido o exercício das próprias razões (conduta punível inclusive na seara penal). Portanto, o Estado tomou para si o dever de zelar pela paz social e segurança, devendo exercer a proteção também sobre os direitos individuais através de medidas proativas (criando proibições, autorizações, leis penais ou de ordem pública). Marino ni (2008, p. 73) menciona que a proteção estatal pode ocorrer mediante prestações normativas e fáticas.

Sarlet (2012, p. 149) ressalta outra importante característica derivada da força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, o que a

doutrina alemã nomeou de eficácia irradiante. Os direitos fundamentais fornecem estímulos e diretrizes também para a aplicação da legislação infraconstitucional, devendo contaminar todo seu processo de formação e influenciar também a sua hermenêutica.

Decerto, os direitos fundamentais não podem ser encarados como meros limites do poder estatal, devendo irradiar para todo o ordenamento jurídico, norteando e estimulando os atos do Poder Público em todas as suas fases: criação, interpretação e aplicação do direito, bem como no exercício das funções administrativas, legislativas e judiciárias (SARMENTO, 2010).

Desta feita, observa-se que a dimensão bifronte dos direitos fundamentais não é mera criação doutrinária e é reconhecida inclusive pela Suprema Corte do Brasil. Ademais, são importantes balizadores da aplicação do direito e da fundamentação jurídica decisional.

Cumprе ressaltar que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não toma o espaço já alcançado pela sua dimensão subjetiva, não há concorrência entre elas, apenas oferecem consequências distintas a partir de uma análise doutrinária realizada de diferentes ângulos. Além disso, o olhar objetivo sobre os direitos fundamentais é capaz de produzir novos direitos de natureza jurídica subjetiva.

Como bem lembra Artur Bonifácio Cortez (2008, p. 108), as dimensões objetiva e subjetiva não são estanques entre si, há um intercâmbio de influência, conexões e interpenetrações, evidenciando-se, inclusive, o caráter multifuncional dos direitos fundamentais a partir dessa dupla perspectiva.

5. ACESSO A JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESTAÇÃO

Sintetizando a teoria de Georg Jellinek, os direitos de defesa são aqueles titularizados pelo indivíduo em face do estado. São os direitos fundamentais clássicos, ligados à liberdade: os direitos individuais. Em regra, possuem caráter negativo, pois exigem do estado uma abstenção e não uma atitude positiva. Já os direitos prestacionais são aqueles que exigem do estado atos materiais. O próprio nome já exprime a natureza positiva de tais direitos, uma vez que o estado para efetivá-los não pode estar iner-

te, deve agir para conceder as prestações garantidas. Enquanto os direitos de participação garantem a presença do cidadão na formação da vontade política do Estado.

No contexto liberal clássico, o direito do acesso à justiça nasce com base na igualdade formal entre os cidadãos. Sendo assim, seu conteúdo era restrito a proibir o Estado de atuar criando empecilhos para que o cidadão pudesse comparecer em juízo para propor ou contestar uma ação.

Desta forma, ao Estado caberia permanecer inerte, sem embarçar o acesso do cidadão ao Judiciário. Sob esse prisma, não se fazia necessário ao Poder Público preocupar-se com a desigualdade fática e nem a paridade de armas dos litigantes – assim, evidenciava-se o caráter de direito de defesa desse direito fundamental (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Com tal percepção, a justiça só era efetivamente buscada e exercida por aqueles que possuíam capacidade financeira para arcar com seus custos. Portanto, em que pese o Estado ser proibido de embarçar o acesso à justiça, as relações fáticas se ocupavam de fazê-lo.

Ocorre que, além do fortalecimento do Welfare State, algumas teorias constitucionais foram desenvolvidas a fim de ampliar a área de abrangência dos direitos fundamentais e exigir uma atuação positiva estatal mesmo em alguns casos antes identificados como direitos de defesa.

Artur Cortez Bonifácio (2008, p. 111) defende a compreensão constitucional contemporânea que ampliou o entendimento acerca dos direitos fundamentais de liberdade: o Estado abstencionista dá espaço ao Estado assegurador da liberdade. Em outras palavras, o poder público também tem o dever de agir para propiciar ao particular o exercício da sua liberdade.

Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2014, p. 118-119) abordam a Teoria do Dever Estatal de Tutela e a relaciona como consequência de um aprofundamento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Segundo eles, para essa teoria, o Estado deve não apenas respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também protegê-los contra ameaça ou violação de origem não estatal.

Desta forma, entende que, além de aplicar ao Estado a proibição do excesso, há também uma vedação à proteção insuficiente, cumprindo à Administração Pública atuar quando necessário para tutelar os direitos fundamentais dos seus cidadãos e resguardar-se quando o seu agir possa violar alguma liberdade constitucional (SARMENTO, 2010).

Quando se fala em acesso à justiça, não se pode permitir o reducionismo de sua acepção à mera permissão de ida ao judiciário. Faz-se necessário garantir também que haja um tratamento igualitário (materialmente falando) entre os litigantes, fala-se, inclusive, em paridade de armas.

Como afirmam Cappelletti e Garth (1998, p.8), “a expressão ‘acesso à Justiça’ (...) serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico (...). Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. Complementam (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 12) ainda:

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 pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Diante da disparidade social, do alto valor das custas judiciais, da ausência de assistência jurídica àqueles que não podiam pagar – o Estado passa a ser requisitado a atuar positivamente a fim de implementar a igualdade material entre as partes e assegurar não só juridicamente, mas faticamente que todos os cidadãos conseguissem buscar a solução dos seus conflitos na justiça com qualidade.

Desta forma, passa-se a extrair do direito de acesso à justiça um caráter prestacional, exigindo-se do Estado conduta proativa e políticas públicas que permitissem aos desfavorecidos economicamente não apenas o mero acesso aos tribunais, mas também uma assistência jurídica de qualidade, e o direito a um desfecho justo, independente de pagamento (aos que, comprovadamente não tenham condições de fazê-lo).

7. CONCLUSÃO

O historicismo dos direitos fundamentais é fundamental para analisar as necessidades da época do surgimento dos direitos fundamentais, bem como, justificam a forma como cada direito fundamental se apresenta à sociedade: seja para garantir uma liberdade individual, uma igualdade material ou uma participação efetiva na vida política do país.

Em um primeiro momento (liberal clássico), cobrou-se do Estado abstenção de ofensas às liberdades. A burguesia precisava frear os desmandos estatais e, por isso, a solução foi proibir a sua interferência na seara privada. Nesse momento, ao Estado cabia a inércia.

Em seguida, com o aumento da desigualdade social, passa-se a exigir do Estado conduta ativa para sanar os problemas advindos da pobreza extrema. Nesse caso, requer-se prestações do Estado para garantir a igualdade material entre os cidadãos.

Já com base na posição ocupada pelo indivíduo em sua relação jurídica com o Estado, Georg Jellinek desenvolveu uma classificação tripartida dos direitos fundamentais: direitos de defesa; direitos de prestação e direitos de participação.

Os direitos de defesa destinam-se, a princípio, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado.

Já os direitos a uma ação positiva do Estado, pertencem ao status positivo, em que o particular titulariza um direito de cobrar uma determinada prestação do Estado (seja moradia, saúde, lazer).

O direito de acesso à justiça nasce como um direito de defesa de natureza liberal clássica. Ocorre que, diante da realidade fática, o acesso à justiça não estava sendo garantido apenas com a conduta estatal de não embaraçar ou dificultar ao cidadão o acesso aos Tribunais.

Aliado a isso, a interpretação contemporânea da constituição ampliou o entendimento acerca dos direitos fundamentais de liberdade: o Estado abstencionista dá espaço ao Estado assegurador da liberdade. Em outras palavras, o poder público também tem o dever de agir para propiciar ao particular o exercício da sua liberdade.

Outrossim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe a esses a condição de valores do ordenamento jurídico orientadores da atuação do Estado em todas as suas esferas e Poderes. Assim, começaram a ser considerados como preceitos e princípios que orientam a produção, a interpretação e aplicação da norma jurídica infraconstitucional, e toda a atuação estatal.

Como se não bastasse, a Teoria do Dever Estatal de Tutela além de aplicar ao Estado a proibição do excesso, há também a vedação à proteção insuficiente. Ou seja, à Administração Pública incumbe também atuar

quando necessário para tutelar os direitos fundamentais dos seus cidadãos quando possa haver a interferência de outro particular.

Enfim, não basta mais à Administração não atrapalhar o acesso à justiça, mas também permitir que o cidadão possua uma assistência jurídica de qualidade, direito a uma sentença justa e que, mesmo hipossuficiente, tenha direito à paridade de armas com o seu litigante.

Nesse contexto surge a criação de defensorias públicas, a lei de assistência judiciária, de justiça gratuita, justiça volante, dentre outras condutas positivas do Estado que implementam o direito fundamental de acesso à justiça – o que lhe impõe um caráter também de direito prestacional, abandonando-se a visão restrita de mero direito de defesa.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 3, p.82-93, 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-geração-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. O Direito Constitucional Internacional e a Proteção dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Método, 2008. – (Coleção Professor Gilmar Mendes)

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional – 3. rev. e atual.– São Paulo: Saraiva, 2009.

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

- CHIMENTI, Ricardo Cunha, [et. al.], *Curso de Direito Constitucional*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005.
- CRISAFULLI, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.
- DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais – 5 ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014.*
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do processo. – 3. ed. rev e atual. 2. tir. – São Paulo:: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Curso de processo civil; v. 1).*
- MEDEIROS, Andréa Neiva Coelho de. (Des)constitucionalização dos direitos sociais: a flexibilização trabalhista. – Olinda: Livro Rápido, 2016.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Las generaciones de derechos humanos. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, [S. 1.], n. 10, p. 203-217. 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050933>>. Acesso em: 11 jun. 2018.*
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional/ Ingo Wolfgang Sarlet.** 11. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ARTIGOS ADVOCACIA PÚBLICA

A ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA NAS DEMANDAS DE MASSA: MICROSSISTEMAS DE JULGAMENTO DAS DEMANDAS REPETITIVAS E A EFICÁCIA ADMINISTRATIVA DOS PRECEDENTES NORMATIVOS NO CPC/15

Vicente Ferrer de Albuquerque Júnior

INTRODUÇÃO

Este artigo trata sobre a aplicação, perante a Fazenda Pública, da sistemática do julgamento das demandas de massa, gerência dos casos repetitivos e a formação de precedentes obrigatórios, através do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

A Fazenda Pública engloba todas as pessoas jurídicas de direito público interno, sendo elas, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias e as fundações de direito público. Nesse viés, restaram excluídas deste conceito as sociedades de economia mista e empresas públicas, por serem pessoas jurídicas de direito privado, tratadas sem as prerrogativas de ente público.

De proêmio, interessante a situação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que, mesmo sendo empresa pública, estabelecida em lei,

porém, segundo entendimento do STF¹²⁷, tem estendida todas as prerrogativas concedidas a Fazenda Pública, por se tratar de empresa pública que não exerce atividade econômica em regime de concorrência e realiza serviço público de competência da União.

A Administração Pública, quando vai a juízo ou é demandada, recebe a denominação de Fazenda Pública, pois o erário irá suportar os encargos patrimoniais da demanda (MEIRELLES, 1998, p. 590), representando a personificação do Estado na defesa em juízo dos seus interesses.

Atualmente, os litígios de massa estão numa ascendente, tendo em vista a crescente complexidade das relações jurídicas, difusão de conhecimento, melhoria do sentimento de cidadania, busca de consolidação de direitos sociais e demanda judicial para que o Estado cumpra suas obrigações constitucionais. O regime jurídico aplicado às demandas coletivas não conseguiu abranger estas novas demandas repetitivas, veiculando nestas demandas de massa situações jurídicas resultantes de atividades reiteradas, que são realizadas também pela Administração Pública.

A legitimidade restrita para interpor as ações coletivas, a não admissão em alguns casos e o regime da coisa julgada coletiva, não conseguem abranger as exigências das demandas repetitivas. Nessa toada, foram criados dois incidentes processuais, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos, com força vinculante, para o julgamento das questões repetitivas no foro, de direito material ou processual.

A Fazenda Pública é considerada um litigante habitual, sendo parte em várias demandas de massa, que exigem uma solução racional e iso-

127 “2. Analisando a referida norma, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 220.906/DF (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14.11.2002), consagrou entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o disposto no art. 12 do Decreto-Lei 509/69, **o qual estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT – as prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, entre as quais os concernentes a foro, prazos e custas processuais**; portanto, é tempestivo o recurso interposto dentro do prazo em dobro para recorrer previsto no art. 188 do CPC. Precedentes desta Corte: ACO 765 QO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2005, DJe- 07-11-2008; AI 243250 AgR, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 23-04-2004; AI 525921 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 29/11/2007, DJe- 14/12/2007.” (STF – AI 796252 AgR / SC - Relator(a): Min. LUIZ FUX; Julgamento: 12/03/2012)

nômica, com segurança jurídica, sendo conferidas pelo Novo CPC duas técnicas de julgamento, o IRDR e o recurso especial e extraordinário repetitivo. Estes procedimentos possuem dupla finalidade: (i) decidir casos repetitivos; e (ii) formar precedentes obrigatórios.

Portanto, este artigo irá tratar da Fazenda Pública como parte sensível no microsistema de julgamento de casos repetitivos, por ser litigante habitual e possuir interesse público na pacificação dos conflitos, com isonomia e segurança jurídica.

Nesse passo, o problema a ser respondido com este artigo é como se dará a eficácia administrativa, perante a Fazenda Pública, dos precedentes formados no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas e ao julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos?

A partir disto, o estudo está estruturado em três seções, com a apresentação do conceito de Fazenda pública, sua caracterização como litigante habitual e a submissão ao microsistema de casos repetitivos; em segundo lugar, será disposto o IRDR e a atuação da Fazenda Pública neste incidente; e, por fim, será apresentado o rito do julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

1. A Fazenda Pública como litigante habitual e sua atuação no julgamento das demandas repetitivas.

Por exercer a função de organizar o convívio em sociedade, a Fazenda Pública está constantemente sendo parte de demandas de massa, aquelas em que a matéria de direito é repetida incontáveis vezes, para diferentes partes. A ideia de ações coletivas não é algo novo, remontando a ação popular ainda no direito romano e no período medieval. Todavia, surgiu a necessidade de amparar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, de forma que foi dispensada disciplina legal própria para a ação civil pública, a popular, a de improbidade administrativa e o mandado de segurança coletivo.

Apesar de auxiliar na pacificação de demandas de massa, as ações coletivas mostraram-se insuficientes para prover a solução de todos os casos repetitivos, pois, conforme apontado por CUNHA (2017, p. 205/207), há algumas deficiências na utilização das ações coletivas: (i) insuficiente número de associações legitimadas, com restrição de atuação; (ii) veda-

ção das ações coletivas versarem sobre algumas matérias; (iii) o regime da coisa julgada coletiva, que restringe sua eficácia subjetiva, como a limitação territorial estabelecida pelo art. 16 da Lei 7.347/85 e pelo art. 2º-A da Lei 9.494/97; e (iv) o regime jurídico das ações coletivas serve para a tutela jurídica dos direitos individuais homogêneos, não se adequando as questões repetitivas.

A sentença coletiva faz coisa julgada *secundum eventum litis*, ou seja, a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* dependerá do resultado do julgamento da causa. Julgado procedente ou improcedente, após ampla instrução probatória fará coisa julgada para os legitimados coletivos, cabendo ainda a proposição de ações individuais para execução do julgado. Na hipótese de improcedência por insuficiência de prova, não haverá coisa julgada material, podendo repropor a ação coletiva, desta vez instruída com as provas necessárias.

Dessa forma, enquanto o objetivo da ação coletiva é propiciar o surgimento da coisa julgada, nos julgamentos de casos repetitivos busca-se a produção de um precedente obrigatório a disciplinar todas as questões que se enquadrem naquela situação, sendo um incidente processual de caráter coletivo, desenvolvido para solucionar os casos de litigância de massa.

A Fazenda Pública pode ser considerada um litigante habitual, já que demandas volumosas envolvendo o ente público são bastante comuns, por isso a necessidade de criar regras próprias de julgamento e pacificação dos entendimentos em casos repetitivos, conforme ZANFERDINI e GOMES (2014, p. 191), o processo civil deve ser adaptado as circunstâncias dos litígios de massa, com um método de solução em bloco, proferindo decisão no *leading case* para aplicar a tese jurídica, com eficácia vinculativa, as demais ações repetitivas, com isonomia e segurança jurídica.

Demandas de massa são ações em série, praticamente idênticas, que demandam uma solução em comum, para resolver litígios idênticos, reduzindo a quantidade de processos e a litigância intensa (CABRAL, 2015, p. 1.415).

No novo CPC a disciplina de julgamento dos casos repetitivos passou por inovações, com vistas à formação de precedentes vinculantes e redução da litigiosidade, resolvendo questões de direito material ou processual¹²⁸,

128 Enunciado 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual.

nos termos do art. 928. Nessa toada, o IRDR e o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos possuem dois objetivos básicos: gerir casos repetitivos e formar precedentes obrigatórios, que, caso não seja adotada a tese, caberá reclamação. A dupla função encontra fundamento legal no art. 985 e nos incisos I e III do art. 1.040, ambos do CPC/15.

Na resolução das demandas repetitivas, podem ser utilizado dois modelos: o da causa-piloto e o da causa-modelo. No primeiro, o órgão jurisdicional selecionará um caso específico para julgar, formando a tese a ser aplicada aos demais; no segundo, o incidente é instaurado com o único propósito de fixar a tese a ser seguida. Para o julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos utilizamos o modelo da causa-piloto, afetando um recurso, como representativo da controvérsia, para ser decidido e aplicada sua tese aos demais processos, formando um precedente obrigatório.

Da mesma forma, quando tratamos do incidente de resolução de demandas repetitivas, também será aplicado o modelo da causa-piloto, sendo obrigatória para sua instauração a existência de causa pendente de julgamento¹²⁹.

Não obstante, caso haja desistência ou abandono da causa piloto, mesmo assim, prosseguirá o exame de mérito e formação do precedente, conforme art. 976, § 1º e art. 998, § Ú, ambos do CPC/15. Nestas hipóteses, excepcionalmente, teremos a aplicação da causa-modelo, pois haverá a criação de um procedimento incidental, ao lado do processo originário ou recurso, com o objetivo de fixar uma tese vinculante, decidindo a demanda repetitiva. A seleção do caso para julgamento inaugura um novo procedimento, que não se confunde com o originário ou recursal, para julgamento e fixação da tese a ser seguida pelos demais órgãos jurisdicionais, repercutindo nas decisões dos processos sobrestados, num procedimento de feição objetiva, conforme CUNHA (2017, p. 218/219).

Enunciado 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento.

129 Enunciado 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.

Com isso, na hipótese de desistência, o julgamento do IRDR ou do recurso repetitivo será realizado pelo sistema da causa-modelo, prosseguindo o julgamento exclusivamente para a fixação da tese a ser utilizada nas demais demandas (MARINONI, 2015, p. 132), sem que haja o julgamento do caso concreto, cabendo ao Ministério Público assumir a titularidade em caso de desistência ou abandono da parte.

Por ter adotado a teoria da causa-piloto, com sua dupla finalidade de fixar o precedente e julgar a causa escolhida como paradigma, dúvida não resta que desta decisão caberá recurso. Na hipótese de desistência ou abandono, em que o Tribunal limita-se a fixar a tese jurídica, apesar das divergências, há uma corrente sustentando a recorribilidade também destas decisões, com vistas a rediscutir a questão jurídica fixada.

2. O Incidente de resolução de demandas repetitivas aplicado as demandas fazendárias.

O IRDR é uma técnica processual criada para diminuir litígios seriados, tendo por objetivos garantir o tratamento isonômico a casos similares, a uniformidade das decisões judiciais e a prestação jurisdicional em tempo razoável (MENDES E TEMER, 2015, p. 289). Ainda, será aplicada a premissões isomórficas, aquelas de direito material que apresentam elemento de fato ou de direito comuns (CABRAL, 2015, p. 1420).

A doutrina majoritária foi fundamentada a impossibilidade de propositura do IRDR em caráter preventivo (DIDIER e CUNHA, 2016, p. 626). Como pressupostos de admissibilidade, o art. 976 do CPC/15 vincula o cabimento do incidente à efetiva repetição de processos já em curso e o risco de ofensa a isonomia e à segurança jurídica. A repetição de demandas não está vinculada a um número determinado de processos, mas a efetiva repetição, consideradas uma relação modelo, com soluções padrões, quando o pedido e a causa de pedir (elementos objetivos) se assemelham.

Com vistas a eficiência na prestação jurisdicional, a gerência e a decisão de casos repetitivos passaram a ser uma ferramenta de uso obrigatório no combate a decisões conflitantes e a insegurança jurídica, assegurando que casos iguais recebam o mesmo tratamento, conforme CÂMARA (2017, p. 485), podendo ser instaurado nos Tribunais de Segunda instân-

cia, para decidir com eficácia vinculante para aplicação a casos idênticos, dentro dos limites da sua competência territorial, assegurando isonomia e segurança jurídica, criando uma previsibilidade no resultado do processo.

Importa destacar ainda que o IRDR é aplicável não somente no processo civil, mas também no trabalhista¹³⁰. Por ser um incidente, é necessário que haja um processo tramitando no tribunal, não sendo possível ao legislador ordinário criar competência originária para tribunal, matéria reservada à seara constitucional. Tendo isto em vista, o legislador ordinário criou incidentes processuais para causas originárias e recursais que já tramitem no Tribunal, razão pela qual não se admite a instauração do IRDR caso não haja causa tramitando no tribunal. Há transferência da competência interna para outro órgão, sendo este o competente para fixar a tese jurídica e julgar os casos que lhe deram origem, solucionando as controvérsias de acordo com o entendimento vinculante formado.

Para o cabimento do IRDR é necessário o preenchimento de alguns requisitos cumulativos de admissibilidade, definidos no art. 976 do CPC/15, quais sejam: a) efetiva repetição de processos; b) questão unicamente de direito; c) risco de ofensa à isonomia e a segurança jurídica; e d) houver causa pendente de julgamento pelo Tribunal.

Pelas características apresentadas, não caberá IRDR preventivo, visto que se exige efetivo risco de ofensa a isonomia e a segurança jurídica, devendo ser uma questão de direito controvertida, ainda não pacificada, exigindo sentenças antagônicas, que impliquem divergência na análise do assunto. Não é necessária a existência de um número determinado de processos, basta que esteja comprovada sua repetição efetiva¹³¹, em processos individuais ou coletivos, não versando necessariamente sobre direitos individuais homogêneos.

130 Enunciado 347 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de resolução de demandas repetitivas, devendo ser instaurado quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito.

131 Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

Conforme apresentado, o IRDR tem vocação para a formação de precedentes. Basta atentar que o Tribunal estará no julgamento de recurso, inclusive remessa necessária, ou de processo originário que digam respeito a sentenças julgadas em sentidos divergentes ou controvérsias sobre questões de direito, pondo em risco a isonomia e a segurança jurídica.

Importa ressaltar também um requisito negativo, qual seja a inexistência de recurso representativo da controvérsia, afetado por tribunal superior, submetido a julgamento no rito dos recursos repetitivos, para definir a tese sobre questão de direito material ou processual, conforme estabelece o art. 976, § 4º do CPC/15. Do mesmo modo, não será cabível instaurar o IRDR em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal quando já houver sido instaurado em Tribunal Superior sobre a mesma questão jurídica, em face da preferência pela uniformização nacional da jurisprudência.

A simples instauração do IRDR deve ser divulgada e publicada, mesmo antes de proferida a decisão pela admissibilidade do incidente, nos termos do art. 979 do CPC/15, possibilitando a todos os interessados acompanharem o julgamento da aceitação do incidente e posteriormente o exame do mérito. Entende-se cabível até mesmo a sustentação oral para formar o juízo de convencimento dos julgadores quanto a necessidade de instaurar o IRDR e formar um precedente seguro para ser aplicado a casos pendentes e futuros.

O juízo de admissibilidade foi reservado ao órgão colegiado, vedada sua análise pelo relator monocraticamente¹³². Desta decisão que admite ou rejeita não caberá recurso, exceto os embargos de declaração nas hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material¹³³. Mesmo com o juízo negativo de admissibilidade, caberá a parte uma nova propositura do incidente, desta vez sanado o requisito ausente.

A competência para julgamento do IRDR será do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, sendo que nos juizados especiais fede-

132 Enunciado 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática.

133 Enunciado 556 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: É irrecorrível a decisão do órgão colegiado que, em sede de juízo de admissibilidade, rejeita a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, salvo o cabimento de embargos de declaração.

rais e da fazenda pública não é cabível, admitindo-se apenas o pedido de uniformização da lei federal. Quando da sua instauração nos Tribunais Superiores, como STJ e STF, não obstante possuírem procedimento de julgamento para demandas repetitivas, o texto normativo não impede o IRDR instaurado nos Tribunais Superiores, nas causas de competência originária ou quando interposto recursos extraordinários.

Também, caso o órgão responsável pelo julgamento do IRDR se depare com uma análise de inconstitucionalidade de norma, deverá suscitar o incidente para o plenário ou corte especial, a fim de respeitar a cláusula de reserva de plenário e garantir o julgamento da questão constitucional para depois julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Quanto à legitimidade, o IRDR pode ser suscitado, de ofício, pelo relator no Tribunal onde o processo se encontre ou pelo juiz de uma das demandas repetitivas. Ainda, poderá ser realizado pela Defensoria e Ministério Público, além das partes de qualquer processo que preencha os requisitos e esteja pendente de julgamento, mesmo que tramite nos juizados especiais¹³⁴.

Quando suscitados de ofício, pelo juiz ou relator, será por ofício dirigido ao presidente do Tribunal, ou por petição, quando o pedido partir das partes, Defensoria ou Ministério Público, sendo necessário, em ambos os casos, a instrução com prova documental suficiente para demonstrar a necessidade de instauração do incidente.

Não há prazo nem custas para a instauração do IRDR, que poderá ser feito em processo de conhecimento ou de execução, no procedimento comum ou especial, bem como na tramitação de um agravo de instrumento, onde poderá ser decidida aquela questão posta para análise do Tribunal, sendo vedado, contudo, a análise do mérito naquele momento.

Realizado o juízo de admissibilidade positivo do IRDR, haverá a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, em que se discuta a mesma questão jurídica posta, limitando-se aqueles em trâmite no âmbito da competência territorial do Tribunal. Para a suspensão não é necessária a concessão da tutela de urgência, basta a admissão do

134 Enunciado 605 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Os juízes e as partes com processos no Juizado Especial podem suscitar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

IRDR¹³⁵, estendendo seus efeitos inclusive sobre as demandas propostas nos juizados especiais¹³⁶. As partes dos processos repetitivos atingidos pelo incidente deveram ser intimadas da admissão do IRDR, com a automática suspensão de seus processos, utilizando o art. 1.037, § 8º do CPC/15, que trata do microsistema de gestão e julgamento dos recursos repetitivos.

Especificamente, quando houver na demanda cumulação de pedidos simples¹³⁷, aqueles independentes entre si, não prejudiciais a análise em separado, haverá a suspensão parcial do processo, apenas na parte da matéria afetada a formação do precedente em IRDR, prosseguindo em relação aos demais pedidos independentes. O sobrestamento das ações também não ocorrerá quando for necessária a instrução probatória para repercutir em todos os pedidos, hipótese na qual será necessária a instrução probatória, dando continuidade ao rito processual iniciado¹³⁸.

Os processos repetitivos que versem sobre a matéria do IRDR com juízo de admissibilidade positivo ficarão suspensos até seu julgamento final ou por um ano, podendo ser prorrogado por decisão fundamentada do relator. O prazo suspensivo inicia com a publicação da decisão de admissibilidade, com duração de 1 (um) ano, exceto quando for estendido por decisão do relator.

Proferido o julgamento, caberá recurso especial ou extraordinário, ao STJ ou STF, respectivamente, tendo efeito suspensivo automático, nos termos do art. 987, § 1º do CPC/15, quando a tese jurídica formada pelo Tribunal Superior será utilizada e aplicada em todos os processos que

135 Enunciado 92 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência.

136 Enunciado 93 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versarem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região.

137 Enunciado 205 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, § 1º e § 3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas.

138 Enunciado 364 do Fórum de Processualistas Civis segue nessa linha: O sobrestamento da causa em primeira instância não ocorrerá caso se mostre necessária a produção de provas para efeito de distinção de precedentes.

tramitem no território nacional com questões idênticas. Ainda, caberá a tutela provisória para conferir uma interpretação provisória da questão de direito processual, lógica semelhante a tutela de urgência concedida nos processos de controle concentrado.

Contra a matéria decidida em IRDR não caberá ação rescisória, por não haver formação de coisa julgada, podendo, a qualquer momento, efetuar a revisão dos entendimentos firmados. Contudo, pela adoção do sistema da causa-piloto, caberá ação rescisória contra a parcela da decisão que resolva a causa afetada ou escolhida para exame e decisão, por resolver o caso concreto e formar a coisa julgada.

O precedente formado no julgamento do IRDR será aplicado também aos processos em curso nos juizados especiais, cabendo reclamação nos casos em que não for observada a tese firmada no incidente na aplicação ao caso concreto.

3. O julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos e a atuação da Fazenda Pública.

Por fazer parte do microsistema de gestão e julgamento de causas repetitivas, boa parte das disposições sobre o IRDR se aplicam ao julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, apesar de suas especificidades.

O presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, ao receber o recurso especial ou extraordinário, tem quatro atitudes possíveis: i) admitir e determinar a remessa ao tribunal superior; ii) não admitir, cabendo agravo em recurso especial ou extraordinário, nos termos do art. 1.042 do CPC/15; iii) selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhar ao tribunal superior competente para realizar a afetação, com a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, em andamento na jurisdição do respectivo tribunal; e iv) negar seguimento ao recurso sobrestado na origem quando o acórdão estiver em conformidade com o julgado na sistemática dos recursos especiais e extraordinários repetitivos ou a repercussão geral não for reconhecida.

Nos dois últimos casos, teremos uma decisão submetida ao julgamento pelo rito dos recursos representativos da controvérsia, irradiando, por

seu caráter vinculante, aplicação aos demais casos que tratem da mesma questão jurídica.

Na análise pelo Tribunal *a quo*, o Presidente ou Vice-presidente poderão negar seguimento aos recursos: i) extraordinário que o Supremo tenha declarado a ausência de repercussão geral; ii) extraordinário contra acórdão proferido de acordo com julgado do STF em regime de repercussão geral; iii) especial ou extraordinário interposto contra acórdão que julgou de acordo com entendimento firmado pelo STJ ou STF em julgamento sob o regime de recursos repetitivos.

Da decisão monocrática que negar seguimento ao recurso excepcional por um destes três fundamentos, caberá agravo interno, com o objetivo de o recorrente demonstrar a distinção entre o caso concreto e aquele precedente aplicado. Não provido o agravo interno, ao recorrente caberá interpor reclamação, no prazo de cinco dias, para evitar o trânsito em julgado da decisão, utilizando o mesmo prazo facultado a interposição de embargos de declaração, dirigida ao STF ou ao STJ, conforme o caso, por ter exaurido as instâncias ordinárias de impugnação.

Caso o recurso verse sobre tese submetida ao julgamento no rito dos recursos repetitivos, caberá ao Tribunal *a quo* sobrestá-lo, não analisando sua admissibilidade, tampouco encaminha-lo ao Tribunal Superior. Caso a matéria não tenha sido submetida ainda ao rito de julgamento dos recursos repetitivos, apenas os representativos da controvérsia terão prosseguimento, sendo sobrestados os demais.

Quando o acórdão estiver em discordância com a matéria decidida no rito dos recursos repetitivos ou do julgamento da repercussão geral, caberá ao Tribunal *a quo*, ao invés de remeter o processo ao Tribunal Superior, encaminhar ao órgão prolator para que proceda ao juízo de retratação.

No que toca à legitimidade, o Presidente ou Vice-presidente do Tribunal *a quo*, de ofício, deverão afetar dois ou mais recursos representativos da controvérsia, em atenção ao contraditório e ao amplo debate, sobrestando os demais processos referentes ao tema. Caberá ao interessado, requerendo por petição, conforme art. 1.036 do CPC/15, que exclua o sobrestamento e inadmita o recurso interposto intempestivamente.

De tal modo, entende-se pela ampliação da legitimidade para propor o julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, podendo ser requerido pelas partes, terceiros, Ministério Público ou Defensoria, vez que

admite-se o seu início de ofício, por seu relator, no Tribunal Superior, sendo cabível também agir por provocação (CUNHA, 2017, p. 284).

Questão de direito material ou processual, individual ou coletivo, todas elas podem ser objeto de julgamento na sistemática dos recursos repetitivos. Ocorre que, pela sistemática própria dos recursos especial e extraordinário, somente matéria constitucional para este ou matéria de direito infraconstitucional federal para aquele, podem ser submetidas à sistemática do julgamento e formação de precedentes em recurso repetitivo, sendo a matéria de direito bem mais restrita que aquela do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Ao instaurar o incidente de julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo, afetando os recursos escolhidos como representativos da controvérsia, ao relator caberá identificar a questão submetida a julgamento fixando o objeto litigioso e determinar, por decisão monocrática, quando admitir e instaurar o incidente, a suspensão do processamento de todos os processos pendentes que versem sobre a questão, nos moldes do art. 1.037 do CPC/15.

Caberá ainda a intervenção de *amicus curiae*, audiências públicas, manifestação do Ministério Público e solicitação de informações dos tribunais inferiores, tudo relacionado à formação do conhecimento a respeito da questão trazida ao debate, ampliando o contraditório e a legitimidade para o julgamento vinculante a ser proferido.

Publicado o acórdão em julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo, se o paradigma estiver em desconformidade com a orientação do Tribunal Superior, o órgão recorrido reexaminará o processo de sua competência originária, reexame necessário ou recurso, para, em juízo de retratação, reconsiderar sua decisão e adequá-la ao julgamento do recurso especial ou extraordinário repetitivo.

Feito o juízo de retratação, adequando ao decidido em sede vinculante, decidirá também as demais questões que estavam prejudicadas pelo sobrestamento, na disposição do art. 1.041 do CPC/15. Havendo retratação, caso não considere a distinção entre a questão discutida no processo e aquela que fundamentou o acórdão paradigma, admite-se ação rescisória conforme art. 996, § 5º do CPC/15, sendo cabível o recurso especial ou extraordinário quando não houver juízo de retratação.

CONCLUSÃO

Na forma legal como está instituído o microsistema de resolução de demandas repetitivas, como visto ao longo deste texto, é possível verificar a necessidade de aplicação nas causas que envolvam a Fazenda Pública, desde que respeitadas as prerrogativas processuais a ela inerentes.

Com a função de gerir os casos repetitivos e formar precedentes vinculantes, o microsistema de julgamento de demandas repetitivas foi construído no bojo da isonomia e da segurança jurídica, sendo do interesse da Administração Pública a pacificação das demandas de massa.

Decerto, a pacificação da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas e do julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos as demandas envolvendo a Fazenda Pública é importante para o julgamento das demandas de massa. A teoria processual contemporânea deve considerar a função dos precedentes (ALEXY, 2001, p. 264), por isso as relações jurídicas administrativas devem ter correlação com os precedentes formados em referência ao Poder Público.

Nesse aspecto, para o cabimento do IRDR será necessário: (a) efetiva repetição de processos, com controvérsia de direito material ou processual; (b) risco a isonomia e a segurança jurídica; e (c) haver causa pendente no Tribunal. Para o julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos aplicam-se os conceitos aqui delineados, com a escolha de uma causa com representatividade adequada, para ser selecionada a posta como causa-piloto, para julgamento.

Quando julgada a causa repetitiva relacionada a prestação de serviço público concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão ou ente competente para a fiscalização de sua aplicação, para cumprimento da tese adotada, estimulando o diálogo institucional no combate a litigiosidade de massa, em reforço ao alcance externo do julgamento de casos repetitivos.

Daí se justifica ser necessária a utilização do microsistema de resolução de demandas repetitivas para as atividades relacionadas a Administração Pública. Nesse aspecto, dada a vinculação constitucional desta atividade, os precedentes normativos enquadram-se como fonte primária do direito, com capacidade normativa para atuar na juridicidade administrativa, vinculando a atuação futura do Poder Público.

De tal modo, o IRDR e a decisão proferida no julgamento de recursos repetitivos produziriam precedentes com força, inicialmente, meramente persuasiva para a Administração Pública. Contudo, dada a busca da efetividade dos direitos fundamentais e a coerência normativa proporcionada pelo sistema dos precedentes, cabe ao interprete administrativo respeitar a resolução dada pelo Poder Judiciário ao microsistema das demandas repetitivas.

Enquanto parte, não restam dúvidas de que a Administração Pública estará vinculada a força do precedente nos casos análogos e futuros. Ademais, os resultados alcançados na análise aqui realizada revelam que o precedente é normativo e agrega a ordem jurídica, produzido com a participação do poder público, através da relação dialética de formação da decisão.

Resta, portanto, concluído que a Fazenda Pública em juízo sempre estará vinculada ao precedente, devendo vincular-se também quando atua na seara administrativa, pois os precedentes normativos formalmente vinculantes, formados no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e no julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos, terão uma substancial carga persuasiva, orientando a atuação do Poder Público também fora do juízo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*, Brasília, DF.
- CABRAL, Antônio do Passo. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017.
- CAMPOS, Rogério. *Novo Código de Processo Civil Comentado na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária e querrela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução e demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar*. Revista dos Tribunais, v. 962, ano 104, São Paulo, RT, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. *O incidente de resolução de demandas repetitivas*. Revista de Processo, v. 243, ano 40, São Paulo, RT, 2015.

ZANFERDINI, Flávia; GOMES, Alexandre. *Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau*. Revista de Processo, São Paulo: RT, 2014.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E ADVOCACIA PÚBLICA: NOTAS SOBRE A ADI 6165-TO

Francisco Bertino de Carvalho

1. Introdução.

A PGR ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 6165) contra o art. 39, caput e parágrafo único da Lei Complementar Estadual nº 20/99 (Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Tocantins), valendo-se de diversos argumentos para sustentar a inconstitucionalidade da legislação estadual que ratifica o direito dos procuradores à percepção de honorários sucumbenciais. O objetivo é elencar as alegações postas na ação direta e apresentar, sucintamente, razões da sua inconsistência fática e jurídica.

2. A ADI.

A ADI sustenta que os honorários judiciais teriam índole remuneratória e integrariam a receita pública, sendo incompatíveis com o regime de subsídio e com o teto remuneratório, violando os princípios da isonomia, moralidade, supremacia do interesse público e da razoabilidade.

A previsão do pagamento de honorários aos advogados públicos existente no §19º do art. 85 do CPC também seria objeto de ADI, a autuada sob nº 6.053/DF na qual análogos argumentos são expostos pela PGR para sustentar a inconstitucionalidade do §19 do art. 85 do CPC, do artigo 23

do Estatuto da Advocacia e dos artigos 27 e 29 a 36 da Lei 13.327/2016 (que dispõem sobre a percepção de honorários sucumbenciais pelos advogados da União, autarquias e fundações).

Alega a ADI, em equívoco, que os honorários sucumbenciais: **a)** na origem, destinavam-se a ressarcir a parte vencedora (fls. 4); **b)** receberam tratamento equivalente aos vencimentos e subsídios (fls. 5); **c)** teriam natureza *sui generis*, sendo pública mesmo que paga por particulares, pois “ingressariam” nos “*cofres do Estado*” e decorreriam de vínculo estatutário entre a Administração Pública e seus advogados (fls. 5-6); **d)** pertenceriam à União, segundo Decreto-Lei 1.025/69 (fls. 6); **e)** deveriam ser classificados como renúncia tácita de receita, não como verba privada (fls. 6); **f)** seriam encargos legais acrescidos à dívida ativa da União; integrando seu conjunto de receitas (fls. 6); **g)** não teriam sua natureza de verba privada reconhecida pela lei 13.327/2016 (fls. 6); **h)** teriam “*nítido caráter remuneratório e de contraprestação pelos serviços prestados no curso do processo*” daí não poderem ser classificados como de “*índole privada*” (fls. 7); **i)** ofenderiam ao regime de subsídios (fls. 7); **j)** romperiam o teto constitucional por ser pública (fls. 13); **k)** implicariam em conflito de interesse particulares e públicos (fls. 13); **l)** violariam os princípios da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade (fls. 14); **m)** prejudicariam o sistema orçamentário (fls. 14).

3. Discrepâncias e esclarecimentos fáticos.

Não obstante consista em um erro sustentar a incompatibilidade do regime de subsídio com a percepção de honorários de sucumbência, como será abordado oportunamente, o fato é que tal regime não se aplica a todos os patronos judiciais dos entes federados, dados os limites impostos pela própria CF/88, uma vez que seu art. 135, ao reportar-se ao art. 132, alcançaria a AGU e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, sendo certo que entes federados são, por diversas vezes, representados judicialmente por profissionais liberais privados especificamente contratados, advogados empregados públicos vinculados ao regime da CLT, assim como Advogados e Procuradores dos Municípios que não percebem subsídios, sendo remunerados pela municipalidade com base na legislação municipal própria. Na União, Estados e maiores Municípios, ordinaria-

mente, são representados por procuradores concursados, com mandato legal (PEREIRA, 2003, p. 82).

A regra prevalente, por sua vez, é que os entes federados limitam ao teto constitucional os pagamentos feitos aos servidores da Administração com recursos do erário.

Os honorários de sucumbência (aqueles fixados pelo Juízo, a serem pagos pelos vencidos em favor dos advogados dos vencedores nas demandas judiciais), subdividem-se em duas situações distintas: **a)** quando o ente federado é condenado, hipótese na qual são pagos nos respectivos processos judiciais aos patronos da causa nos exatos valores determinados pela decisão, sem observância de teto constitucional, respeitada a sua natureza alimentar (STF, Súmula Vinculante 47) mediante inscrição em precatório ou pagamento de pequeno valor, a depender do montante, como disciplina no art. 23 do EOAB; **b)** quando a condenação recai sobre a parte contrária, sendo a mesma a devedora e os patronos do ente federado (inclusive quando procuradores de carreira) os credores, tais valores são pagos pelos vencidos, não constituindo, nem receita, nem despesa do erário.

Aclarando mais a segunda hipótese, a condenação pelo Poder Judiciário da parte adversária no pagamento de honorários sucumbenciais aos patronos do ente federado, não afeta o patrimônio jurídico do próprio ente, não lhe constituindo um crédito contra a parte contrária, muito menos um débito (a lhe onerar) a favor dos seus patronos, servidores públicos ou não.

Caso não ocorra adimplemento espontâneo, os patronos, titulares dos créditos em face dos vencidos, devem executar (em conjunto com o ente federado ou isoladamente – art. 23 da Lei 8.906/94) seu crédito contra o patrimônio do devedor (único a garantir a satisfação da dívida).

4. Fundamentos jurídicos.

A inicial está ancorada em equívocos históricos e jurídicos. No plano histórico, não reproduz corretamente a evolução dos honorários advocatícios, saltando séculos da Lei Cíncia para o CPC brasileiro de 1973 e ignorando, ainda no século XX, a Lei 8.906/94. A percepção de remuneração pelos serviços advocatícios já foi vedada pela Lei Cíncia, mas, ainda

no império romano, passou a ser admitida e para remunerar o patrono da causa, paga pelo seu contratante.

Já teve diversas naturezas e, na história recente do Brasil, Colônia e Independente: **a)** de emolumentos; **b)** de sanção (pela litigância de má-fé) no código de processo civil de 1939; **c)** de indenização (para ressarcir o vencedor, integrando a sucumbência) no CPC/73. Desde 1994, com o Estatuto da Advocacia, prevalente o entendimento da responsabilidade (DINIZ, 2004, p. 29), passou à titularidade do advogado, ou seja, ao contrário do que afirma a inicial, o §19 do art. 85 não é disciplina recente, como se extrai da leitura do Estatuto da Advocacia (Arts. 3º, §1º, 22, 23 e 24, seus incisos e parágrafos, todos da Lei 8.906/94). Assim, durante 21 anos de 22 séculos (menos de 1% da história) o pagamento de sucumbência teve o caráter indenizatório alegado pela PGR, e, faz 25 anos, que, por opção legal, tem natureza de verba alimentar de titularidade do advogado vencedor.

Em decorrência da obrigação jurídica envolver, de um lado, como sujeito passivo, o vencido, e, de outro lado, como sujeito ativo, o patrono do vencedor, sem, em momento algum, ter a participação do ente público representado judicialmente, decorrem diversas consequências jurídicas: **a)** a natureza da obrigação é privada, envolve e afeta apenas o patrimônio jurídico e econômico do condenado e dos advogados credores; **b)** o crédito não caracteriza receita pública, como se infere do art. 11 da Lei 4.320/64; **c)** a débito não caracteriza despesa pública, como se extrai do art. 12 da Lei 4.320/64; **d)** sendo pagamento de verbas remuneratórias alimentares realizados diretamente pelos devedores (vencidos), estão sujeitos à incidência de IRRF a ser recolhido aos cofres da União (como já respondido pelo fisco em Consulta especificamente feita para esta finalidade), não aos cofres do ente federado (no caso dos Estados e Municípios) como nos casos de outros pagamentos feitos com recursos do tesouro aos seus próprios servidores (CF, 157, I e 158, I); **e)** por serem pagamentos realizados por terceiros particulares de verbas de natureza privada, dissociadas da remuneração, **não** integram para qualquer efeito a remuneração de servidores, empregados ou contratados, não servido de base de cálculo para qualquer vantagem dos servidores ou empregados, tais como férias, décimo-terceiro, gratificações, etc.; **f)** pelas mesmas razões das letras anteriores, não sofrem retenção de contribuições previdenciárias do regime próprio, uma

vez que não poderão fazer parte dos proventos de aposentadoria; **g**) os valores de honorários não ingressam nos cofres públicos do ente federado, que, em momento algum os titulariza jurídica, econômica ou financeiramente; **h**) de igual modo, os valores não saem do tesouro para o patrimônio dos próprios patronos, pois tal pagamento jamais é (ou será) obrigação dos cofres públicos; **i**) quando qualquer valor a título de honorário, por força de execução conjunta com créditos de titularidade do ente federado, é depositado na conta do mesmo, é contabilmente classificado como recursos de terceiros em trânsito pelas contas pública, exatamente para evitar as consequências jurídicas, fiscais e administrativas de se considerar, por engano, que o trânsito do numerário teve conotações jurídicas ou patrimoniais que afetassem as contas públicas.

Em função deste último aspecto jurídico, deve ser ressaltado que a equivocada concepção sustentada pela PGR (da condenação em honorários sucumbenciais ter natureza de verba pública) implicaria, acaso fundada, na contabilização dos valores no orçamento público como receitas (com consequente impacto nos percentuais máximos de gastos com pessoal e mínimos com saúde e educação) e como despesa, passando a integrar a remuneração, com repercussões sobre consectários e sobre a aposentadoria, sem, contudo, a correspondente fonte de custeio. Isso sem desenvolver a inconsistência do orçamento no qual se incluiriam valores incertos quanto à própria existência, valor e liquidação.

O STF (1ª T, RE217.585-1, Min. Ilmar Galvão) já deliberou “*A verba honorária pertence ao advogado, é devida por força de lei e não é o Estado quem suporta o ônus do seu pagamento, mas a parte contrária que sucumbe nos feitos judiciais*” e o STJ já decidiu que “*a verba honorária constitui direito autônomo do advogado, integra o seu patrimônio, não podendo ser objeto de transação entre as partes sem a sua aquiescência*” (4ª T., REsp468.949, Min. Barros Monteiro), motivo pelo qual o acordo entre as partes não produz efeitos jurídicos quanto aos direitos autônomos dos advogados (RSTJ 57/301; STJ, 3ª T., REsp437.185-SP, Min. Menezes Direito; RT 615/99; 661/125; 720/132; 826/381)

O STJ também julgou “*o advogado possui legitimidade para recorrer acerca da verba honorária no processo de conhecimento*” (STJ, 4ª T., REsp311.092-PR, Min. Barros Monteiro), em conjunto com a própria parte ou exclusivamente (STJ, 3ª T., REsp244.802-MT, Min. Waldemar Zveiter) e propor

ação (autônoma) de execução dos seus honorários (RSTJ 79/202, 151/414; STJ, 2ª Seção, ED. no REsp134.778-MG, Min. Cesar Rocha; STJ, 6ª T., REsp252.141-DF, Min. Vicente Leal) e já decidi que, quando o vencido for o Poder Público, “o precatório de verba correspondente a honorários de advogados deve ser expedido em nome do advogado que patrocinou a causa” (1ª T., REsp484.535, Min. Teori Zavasky).

É importante também destacar que, considerando que os honorários de sucumbência são verbas alimentares dos patronos das causas que dependem de êxito na demanda, fixação em sentença e, quase sempre, execução forçada sobre o patrimônio do devedor (o vencido), além da evidente natureza privada, sobressai sua incerteza, tanto relativa ao *an debeat*, como ao *quantum debeat*.

Por esta razão, é temerária a pretensão de caracterizar, contra decisão do STF (2ª T, AgRE285.980-0, Min. Néri da Silveira), tal verba como receita ou despesa pública pelos efeitos deletérios sobre a gestão fiscal do ente federado e a contabilidade pública, uma vez que, acaso fosse assim classificada haveria de ser tomada em consideração, como visto por exemplo, na fixação dos limites de gastos com pessoal, assim como nos percentuais de gastos obrigatórios com educação e saúde.

De fato, acaso acatada a pretensão da PGR de classificar a verba como pública apenas para submeter ao teto um valor que é sequer é pago pelo erário, a conclusão, contrária ao interesse público e à legalidade estrita, é que o ente federado, além de incluir todos estes valores incertos em sua contabilidade para os efeitos acima, deverá integrar a verba à aposentadoria dos servidores, comprometendo o erário com pagamentos futuros sem garantia de custeio (condicionado a futuras condenações sucumbenciais).

Mais, se o débito dos honorários, quanto ao pagamento, fosse classificado como despesa pública, seria exigível contra o erário (ao invés de exercitável apenas contra o patrimônio do vencido), passando assim, a ser suportado pelo tesouro, com prejudiciais consequências sobre sua gestão fiscal e financeira.

Em oposição às teses suscitadas pela PGR na ADI com escopo de insurgir-se contra a percepção de honorários somente pelos advogados públicos, uma vez que seus argumentos não obstaculizam tal remuneração aos advogados privados, nem mesmo quando advogam contra ou a favor da Administração Pública, é possível verificar-se, como foi e será

demonstrado, que os honorários sucumbenciais: **a)** possuem origem e história diversa da narrativa da inicial da ADI; **b)** jamais receberam por lei ou ato normativo, inclusive no âmbito da administração, tratamento jurídico ou administrativo igual ao dos subsídios; **c)** possuem natureza, conforme já definido pelo STF, alimentar, e de contraprestação ao serviço realizado pelos advogados (todos eles) para a Justiça (como reconheceu a própria inicial da ADI – fls. 7), em decorrência da natureza do papel desempenhado pela advocacia na Administração da Justiça, como ocorre, por exemplo, com a remuneração paga pelas partes a outros que exercem múnus públicos nos processos, tais como administradores judiciais, síndicos de massa falida, peritos do juízo, leiloeiros, etc., nunca destinada ou originada dos “cofres públicos”, ou mesmo havidas como despesas públicas, ainda quando um ente federado estiver litigando, ou quando o auxiliar da justiça for também servidor público; **d)** não decorrem da existência de um vínculo estatutário, mas diretamente da condição de advogado, pois é o mesmo quem, em conjunto ou isoladamente, exerce o múnus público, cujo exercício é, por disposição legal, remunerado pelas partes, como ocorre com o síndico da massa falida, o administrador judicial, o perito, que receberão pelo desempenho da função perante a justiça, mesmo que servidores públicos, sem que se cogite tratar do pagamento como despesa pública, nem submetê-lo ao teto constitucional; **e)** não pertencem à União, não há lei que o diga, muito menos o Decreto-Lei 1.025/69 que, basta se ter o cuidado de ler, diz diametralmente o oposto, como se verá; **f)** não poderiam ser classificados – Lei 4.320/64 – como receitas pública, jamais podendo ser qualificados como renúncia de receita, inclusive pelas implicações jurídicas decorrentes; **g)** devidos pela derrota na ação judicial, não são – jamais poderiam – encargos legais acrescidos à dívida pública, ao contrário, são verbas que a lei (EOAB e Código de Ritos) atribui ao advogado do vencedor às custas do perdedor; **h)** não podem ter sua natureza jurídica (vinculada aos sujeitos e ao objeto da obrigação) adulterada por interpretação da PGR; **i)** têm caráter privado resultante também de constituir remuneração pelo múnus público desempenhado no processo, sem correlação com eventual vínculo com ente federado; **j)** não ofendem o regime simplesmente porque a verba não é paga pelo erário; **k)** por não serem pagos pelos cofres públicos, mas suportados pelo patrimônio dos vencidos, não podem

ser considerados como violadores do teto constitucional, como ocorre com o pagamento de sociedades de economia mista a empregados públicos; **l)** não implicam em qualquer conflito de interesses entre patronos, públicos ou privados, e ente federado representado, pois, em sentido inverso, somente podem ser compreendidos como um incentivo para que seus defensores busquem um resultado efetivo na defesa dos interesses da Administração em juízo; **m)** não poderiam violar a moralidade, a razoabilidade e a proporcionalidade sem comprometer toda e qualquer percepção de honorários pelo desempenho de múnus processuais, seja por advogados, privados ou públicos, seja por administradores judiciais, peritos, síndicos, leiloeiros, etc.; **n)** não podem ser classificados como verbas públicas por comprometer o controle orçamentário, com consequências deletérias para o acompanhamento de gastos (com pessoal, por exemplo), a observância dos limites mínimos de gastos com saúde e educação e repercussão em outras verbas dos servidores (férias, gratificações, etc.) e na aposentadoria.

A análise dos sujeitos da relação jurídica, de um lado o advogado, público ou privado, titular de um crédito de natureza alimentar de origem legal e, de outro, o vencido, seja quem for, revela que apenas o patrimônio jurídico e econômico do vencido são afetados pela decisão condenatória, tanto assim que apenas contra o mesmo pode ser exercida a pretensão executiva. Esta inafastável circunstância torna impossível caracterizar o valor como receita ou despesa pública, até porque, acaso fosse exigível contra os cofres públicos, seria contra o erário a execução, circunstância esta que mostra a insubsistência da teoria da PGR.

A inicial sustentou que, por sua natureza alimentar, os honorários teriam recebido “*tratamento equivalente aos vencimentos e subsídios*” (fls. 5) e que, nos casos dos advogados públicos, os custos com o exercício seriam arcados pelo erário, sendo aqueles “*remunerados pela **integralidade** dos serviços prestados, por meio de subsídios*” (fls. 5). Argumenta como se os honorários destinassem-se ao ressarcimento dos custos profissionais, destorcendo o alcance de sua natureza alimentar, tanto que advogados empregados podem os receber, mesmo que seus custos sejam suportados pela empresa, assim como patronos profissionais liberais, ainda quando possuam contrato de partido ou outro ajuste contratual que implique em remuneração direta do cliente para o advogado.

A narrativa da inicial admite que os honorários sucumbenciais correspondem ao trabalho (múnus) realizado pelo advogado no processo, independentemente da espécie de vínculo que tiver com seu cliente, até porque é com a parte contrária que a lei estabelece a obrigação.

A inicial contraria os institutos elementares do direito ao confundir o eventual trânsito de numerário de titularidade de terceiros (patronos do ente federado nas ações) com o ingresso de receitas públicas, pois só constitui receita pública o que ingressa juridicamente no erário, por força de uma obrigação legal da qual o Poder Público é titular (um tributo, por exemplo). Os honorários de sucumbência podem e devem ser executados diretamente pelos advogados (públicos ou privados) e aos mesmos devem ser pagos diretamente pelos vencidos. A relação jurídica e, portanto, a circulação de riqueza pelo pagamento envolve os dois polos da relação.

Eventualmente a parte pode efetuar um depósito em Juízo ou ser obtido um valor que resulte da execução forçada que reúna créditos do ente federado e de seus advogados. Nesta circunstância, o levantamento pode ser procedido em separado, mas em alguns casos, o pagamento, via guia de recolhimento, é feito a uma conta do Poder Público, que, contando com numerário de terceiro deve registrar o trânsito da quantia como crédito de terceiros, exatamente para evitar a confusão com recursos do erário. A PGR quis distorcer este trânsito meramente contábil para tentar caracterizar transferências de propriedade (do vencido para o Poder Público e deste para o advogado) que não ocorrem no plano do direito por ausência de causa (inexistência de obrigação jurídica).

Honorários sucumbenciais são pagos aos advogados inscritos na ordem que os obtém por meio de uma decisão judicial quando vencedores de uma demanda, sendo devedores os vencidos na mesma demanda, razão pela qual não procede a alegação de que seu recebimento decorreria do vínculo estatutário (inclusive por ser pago ao patrono que não detém este vínculo).

Com relação ao Decreto-Lei 1.025/69, seu conteúdo e sentido são distorcidos pela inicial. O Decreto-Lei extingue uma participação que os Procuradores da República recebiam (art. 1º), mantendo-a parcialmente (art. 2º e §§), inclusive para efeito de aposentadoria (art. 2º, §2º e art. 3º):

Art 1º É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União.

Art 2º Fica fixada em valor correspondente até a um mês do vencimento estabelecido em lei, e será paga mensalmente com êste, a parte da remuneração, pela cobrança da dívida ativa e defesa judicial e extrajudicial da Fazenda Nacional, dos cargos de Procurador da República e Procurador da Fazenda Nacional, observado o limite de retribuição fixado para os servidores civis e militares.

§ 1º É fixada no valor correspondente a um mês do vencimento do cargo de Procurador da República de 1ª categoria a parte variável da remuneração dos cargos de Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral da República e Subprocurador-Geral da República.

§ 2º Para efeito do cálculo de proventos da aposentadoria ou disponibilidade, será computada a parte variável de que trata êste artigo.

Art 3º As parcelas de percentagem pela cobrança da Dívida Ativa da União, incorporadas aos proventos da inatividade dos Procuradores da República e dos Procuradores da Fazenda Nacional, nos termos da legislação vigente, somente serão reajustadas quando houver aumento do funcionalismo, na mesma base percentual atribuída para majoração da parte fixa e será calculada, em relação aos que forem aposentados ou requererem aposentadoria até o dia 30 de outubro de 1969, tomando-se por base a média percebida nos últimos doze meses, devendo ser observado, no tocante ao total dos proventos, os tetos previstos em lei.

Ao revés do alegado na exordial: **a)** o Decreto-lei não se refere a honorários sucumbenciais, mas à participação no montante da arrecadação, coisa absolutamente diversa; **b)** o artigo que concedia uma participação dos Procuradores da República e da Fazenda Nacional na arrecadação (art. 21 da Lei 4.439/64 e art. 1º, II, da Lei 5.421/68) foi revogado,

mantendo parcialmente tal participação. **Não** se trata de honorários sucumbenciais.

O argumento ainda ignora que, na época daquele Decreto-Lei ainda vigorava o CPC/39, com o mencionado tratamento aos honorários (arts. 63 e 64). Omite também que a Carta Magna/88, inaugural de novo ordenamento, vetou taxativamente que a correlação entre o valor das causas e a remuneração de Procuradores da República (CF, art. 128, §5º, II, a) e de Juízes (CF, art. 95, p.ú., II), restrição que não foi imposta à advocacia privada ou pública (CF, art. 131 a 135), exatamente porque a Constituição compreendeu, na estruturação da justiça, que a vedação ao Judiciário e ao Parquet favorece a desejada imparcialidade e a permissão aos patronos fomenta que atuem com a almejada parcialidade.

As receitas públicas estão elencadas taxativamente pela Lei 4.320/64, como se infere do Capítulo II (arts. 9º ao 11) do referido diploma, não incluindo honorários de sucumbência. Não se trata de receita, muito menos pode prosperar o argumento de que a hipótese seria de “*renúncia tácita de receita*”, ou de que os honorários fixados em decisão judicial seriam “*encargos legais da dívida*”. A PGR confunde o fato de que, em algumas legislações tributárias, há a previsão de incidência de uma verba denominada também de honorários na cobrança da dívida ativa, esta parcela, que efetivamente poderia ser chamada de encargo legal da dívida ativa, não se confunde de forma alguma como os honorários sucumbenciais fruto da condenação judicial (integrantes das chamadas verbas de sucumbência com custas, despesas e emolumentos, etc.).

A classificação dos honorários sucumbenciais como “*renúncia tácita de receita*” ao invés de verba privada não apresenta qualquer consistência jurídica. Primeiro, tal verba precisaria ser compreendida como receita pública, classificação que não lhe cabe não apenas pela redação da Lei 4.320/64, mas, acima de tudo, porque não pode ser compreendida como tributo, de qualquer natureza, crédito, contraprestação, ou qualquer objeto de titularidade pelo ente federado. Depois, renúncia “*tácita*” de crédito público não existe, ao menos sem atrair a responsabilidade do gestor.

A Lei 13.327/16 disciplina carreiras do funcionalismo da União, não tem aplicação aos Estados e Municípios, que regulam seu próprio funcionalismo. Não bastasse isso, Capítulo XV, ao tratar das carreiras jurídicas dos advogados públicos da União, reconhece (como tinha de ser) a titula-

ridade dos honorários sucumbenciais aos advogados públicos (art. 29). Ao contrário do que afirma a inicial, quando alega que o texto não admite a natureza privada, o parágrafo único do art. 29 disciplina: “*os honorários não integram o subsídio e não servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária*”, tratamento incompatível com a natureza pública sustentada pela PGR. Convergindo, o art. 32 reforça: “*os honorários não integram a base de cálculo, compulsória ou facultativa, da contribuição previdenciária*”. Fosse verba pública paga pelo erário, repercutiria em outras parcelas e serviria de base de cálculo para contribuições previdenciárias.

Ainda, o §7º do art. 34 atribui textualmente a responsabilidade para a retenção e o recolhimento do imposto de renda à instituição financeira contratada para gerir, processar e distribuir os honorários. Se fosse pagamento de verba pública a cargo do ente federado, caberia ao mesmo, como fonte pagadora, proceder a retenção e recolhimento do IRRF.

Por fim, a referida legislação, a confirmar que não se trata de receita, recurso ou despesa pública, atribui a um Conselho Curador que cria (art. 33), constituído de membros das carreiras, a gestão dos recursos pertencentes aos advogados públicos, com a competência de (art. 34) “*I - editar normas para operacionalizar o crédito e a distribuição dos valores de que trata o art. 30; II - fiscalizar a correta destinação dos honorários advocatícios, conforme o disposto neste Capítulo; III - adotar as providências necessárias para que os honorários advocatícios discriminados no art. 30 sejam creditados pontualmente; IV - requisitar dos órgãos e das entidades públicas federais responsáveis as informações cadastrais, contábeis e financeiras necessárias à apuração, ao crédito dos valores referidos no art. 29 e à identificação das pessoas beneficiárias dos honorários; V - contratar instituição financeira oficial para gerir, processar e distribuir os recursos a que se refere este Capítulo; VI - editar seu regimento interno.*”

A lei, contrariando a inicial, confirma a titularidade dos honorários de sucumbência e os disciplina de forma clara como verba privada, dando-lhe tratamento legal conforme tal natureza e incompatível com a pública alegada pela PGR.

O “*nítido caráter remuneratório e de contraprestação pelos serviços prestados no curso do processo*” é reconhecido pela inicial (fls. 7) confirmando-se a natureza privada ao verificar-se que o crédito é constituído e unicamente exigível contra o vencido, incidindo sobre seu patrimônio, jamais contra o ente federado ou o erário. Mesmo quando o ente federado é condenado,

a verba paga pelo Estado possui natureza privada, insubordinada ao teto constitucional e submetido o pagamento do IRRF à União, mesmo que o ente federado devedor seja o Estado ou o Município.

Patronos de entes federados que não estão sujeitos ao regime de subsídios previsto no art. 135 da CF não poderiam, ao perceber os honorários, violar tal regime. Não bastasse isso, o regime de subsídios regula os pagamentos feitos pelo erário a agentes públicos que lhe são sujeitos, não incidindo sobre qualquer verba privada a que venha a fazer jus, por conta do exercício de múnus público remunerado. Assim, servidores exercendo múnus públicos para a Justiça, como peritos, administradores judiciais, síndicos de massas falidas, leiloeiros, etc., recebem a retribuição pelas atividades das partes do processo, inconfundível com verba pública, ainda que a indicação (para síndico, por exemplo) tenha partido da Administração. Tal retribuição não se confunde com a paga pelo erário, nem viola o regime de subsídio.

Pelas razões expostas, o pagamento de verbas privadas pelos vencidos em demandas judiciais não teria como violar o teto remuneratório previsto na Constituição, pois este limita os pagamentos feitos pela Administração Pública com recursos do erário.

A PGR, a pretexto de exigir a observância do teto a pagamentos feitos com recursos de terceiros, estranhos ao erário, tenta subverter a natureza das relações jurídicas, buscando classificar como receita pública e como despesa pública, verba estranha à Lei 4.320/64, sem observar que tal impropriedade jurídica, acaso levada a cabo, causaria danos ao erário, como descontrole orçamentário (honorários sucumbenciais são imprevisíveis quanto à ocorrência, valor e liquidação), desequilíbrio nas contas públicas, artificialmente ampliadas por recursos que, acaso contabilizados, afetarão prejudicialmente o teto de gasto com pessoal, e o piso de gastos com saúde e educação.

O limite do teto jamais se aplicou sobre pagamentos que não tenham origem no tesouro, mesmo quando efetuados por pessoas jurídicas dirigidas por capital estatal. Qual o sentido deste limite em pagamentos feitos por terceiros, vencidos nas demandas, especialmente quando o Estado não o observa ao pagar honorários sucumbenciais?

Nos planos fático e jurídico não há conflito de interesses entre o ente federado e seu patrono, público ou privado, uma vez que o a con-

denação do vencido será proporcional ao êxito obtido pelo trabalho de defesa em juízo dos interesses do representado. O fato desta remuneração por êxito não onerar os cofres públicos aumenta a convergência de interesses, inclusive na atração de bons profissionais e bons serviços a custos diretos mais acessíveis em função do trabalho poder ser também remunerado por terceiros.

A PGR argui violação ao princípio da isonomia, mas só se opõe à percepção dos honorários pelos advogados dos entes federados, mas estes, quando vencidos, continuariam a pagar a sucumbência sem limite a teto aos patronos de seus adversários, ainda que com recursos do erário.

A PGR taxa de imoral a percepção de honorários de sucumbência, mas esta imoralidade alcançaria apenas os advogados públicos, pois os advogados privados, ao advogar contra a Administração Pública (ou a seu favor, quando contratados), poderiam recebê-los. Também inexistiria tal imoralidade quando advogados empregados, mesmo já recebendo salários, os percebessem, ou quando os ganhassem advogados já remunerados por seus clientes em contratos de partido ou de outra natureza. A única imoralidade seria a percepção pelo advogado público concursado. Difícil compreender a motivação desta alegação.

A inicial sustenta violação do princípio da supremacia do interesse público, mas sequer é capaz de explicar qual seria seu fundamento. Por outro lado, os entes federados, titulares de seus próprios interesses e direitos, possuem interesse, inclusive econômico e financeiro, de que o êxito de seus patronos na justiça seja retribuído por terceiros, sem ônus ao erário, fomentando a eficiência e a meritocracia.

A razoabilidade que a PGR alega ter sido violada como princípio, não é um princípio, apenas um meio de equacionar conflitos aparentes entre normas principiológicas. Seja qual for sua compreensão, todavia, a pretensão da PGR de excluir da percepção de honorários sucumbenciais apenas os advogados públicos é que se mostra irrazoável.

A isonomia das partes em Juízo não sofre com a sucumbência, ao revés, pois os que litigam contra o erário têm direito de que o múnus público de seus patronos seja remunerado, o mesmo direito deve ser assegurado aos entes federados.

O princípio da eficiência, este da Administração Pública, é contemplado quando a efetividade (resultado) for incentivada financeiramente

sem o uso de recursos públicos. O acréscimo da sucumbência estimula o adimplemento espontâneo do direito material, apesar de vista como obstáculo ao acesso à justiça (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 18). O advogado público, como todos os outros, deve receber a remuneração pelo desempenho do múnus público pelos critérios legais, e a Administração, sem usar recursos próprios, beneficia-se indiretamente pela lógica da eficiência no desempenho de atividades de seu interesse. De fato, a lei processual estabelece um critério de remuneração alimentar para o desempenho satisfatório de um múnus público (como faz com síndicos, peritos, administradores, etc.), porque tal remuneração não seria perceptível apenas pelo patrono público quando servidor? Como justificar tal distorção da regra contra os princípios basilares de hermenêutica (MAXIMILIANO, 1998, p. 247)?

Não prospera a alegada violação do “princípio” da proporcionalidade (igualmente não é princípio, mas instrumento para superar conflitos aparentes entre normas principiológicas), uma vez que no caso de ações envolvendo a Administração Pública, é o próprio CPC que define o valor dos honorários para advogados públicos ou privados em percentual idêntico, seja quando o Estado vence, seja quando perde. Com efeito, da leitura do art. 85, § 3º do CPC, verifica-se que os honorários do advogado da administração pública estão sujeitos à percentuais distintos (menores) dos aplicáveis quando não há ente público no processo. Há, assim, uma discriminação legal para reduzir os honorários quando envolvida a Administração Pública, mais proporcional a ambos os lados. Não se compreende – até por falta de explicitação – a motivação da PGR para suscitar a falta de proporcionalidade.

5. Conclusão.

A ADI 6165 funda-se em equívocos fáticos e jurídicos, quando não os acumula em uma mesma alegação. Trata-se do trânsito jurídico de verba privada oriunda da relação jurídica processual, vínculo entre o sujeito passivo (vencido) e o patrono do seu adversário (patrono do ente federado, quando for o caso), verificada a impossibilidade desta verba assumir, de qualquer forma, caráter público, afastando-se a argumentação da inicial.

Não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no pagamento dos honorários de sucumbência pelos vencidos aos Patronos (particulares ou públicos) dos entes federados, mas, rigorosa obediência ao princípio da legalidade e aos princípios norteadores Administração Pública, uma vez que os honorários sucumbenciais: **a)** pertencem aos patronos vencedores, tendo natureza alimentar; **b)** possuem natureza de verba privada, paga pela parte contrária vencida no litígio, e não pelo ente federado; **c)** não são receitas nem despesas públicas, nos termos da Lei Federal nº 4.320/64; **d)** não são verba pública nem integram proventos do servidor, devidos que são pelo exercício do múnus público, não pela ocupação de cargo ou função; **e)** pertencendo aos patronos, aos mesmos devem ser pagos “*sob pena de apropriação indébita de tais valores pelo ente público*” (TCE-SP, TC6165/026/03).

BIBLIOGRAFIA:

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. **Honorários de advogado: aspectos éticos, sucumbência e assistência judiciária**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v.5. n. 28, mar/abr, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, HELIO DO VALE. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: PECULIARIDADES DO NOVO CPC

Graziela Nasato

INTRODUÇÃO

Os honorários consistem na remuneração devida ao advogado pelos serviços prestados na condução de processo judicial ou ainda por atividade extrajudicial. Os honorários dividem-se, basicamente, em contratuais, sucumbenciais e os arbitrados judicialmente, consoante disposto no artigo 22, *caput*, da Lei 8.906/94. Os contratuais ou convencionais são aqueles pactuados por meio de contrato de honorários entre o cliente e o patrono e podem estar relacionados a serviços jurídicos judiciais ou extrajudiciais; enquanto os honorários sucumbenciais estão relacionados à vitória da parte no processo judicial e são fixados pelo julgador. Os honorários são arbitrados judicialmente quando não houverem sido convencionados por escrito pelo advogado com o cliente.

Os honorários advocatícios aqui tratados são os *honorários de sucumbência*, aqueles referenciados no artigo 85 do CPC/15, os quais não se confundem com os contratuais, estes últimos pactuados diretamente entre a parte e o seu advogado mediante contrato de honorários. “Os honorários de sucumbência são os que decorrem do êxito que seu trabalho propiciou ao cliente na demanda judicial”, nas palavras de Gisela Ramos (2017, p. 390).

O Código de Processo Civil de 1973 previa de uma forma bastante breve e sucinta, em apenas cinco parágrafos do seu artigo 20, a matéria relativa aos honorários advocatícios. O novo diploma detalhou muito a questão dos honorários de sucumbência, se comparado à legislação ante-

rior e fragmentou a matéria em dezenove parágrafos, reproduzindo algumas das disposições já existentes e inovando em tantas outras. Esclareceu também acerca dos pontos omissos na redação do antigo diploma.

O novo Código, na verdade, trouxe expressivas mudanças a respeito dos honorários de sucumbência, dentre as quais, a redução das hipóteses de fixação da verba por equidade, o estabelecimento dos honorários recursais e a criação de percentuais específicos para as causas nas quais a Fazenda Pública seja parte.

As referidas inovações ensejaram debates entre os operadores do direito e, em razão de suas peculiaridades, as questões aportaram ao Poder Judiciário. A matéria relativa aos honorários sucumbenciais, notadamente acerca das referidas inovações, chegou à apreciação do Superior Tribunal de Justiça que, em alguns pontos, consolidou entendimento a respeito. O Supremo Tribunal Federal também já decidiu a respeito de honorários e ainda irá decidir a questão envolvendo os honorários dos advogados públicos, a qual está sendo discutida por meio da ADI 6053, interposta pela Procuradoria-Geral da República, ainda pendente de julgamento.

A partir de tais premissas, busca-se analisar as inovações do diploma processual civil vigente no que toca aos honorários de sucumbência, especialmente acerca dos limites quantitativos e qualitativos da verba, o estabelecimento de honorários recursais e aqueles arbitrados em processos nos quais a Fazenda Pública seja parte.

1 – OS LIMITES QUANTITATIVOS E QUALITATIVOS DOS HONORÁRIOS

Os limites quantitativos e qualitativos ora analisados são aqueles relativos aos *honorários de sucumbência*, cuja verba visa remunerar o advogado pelo trabalho realizado em juízo. “Não se confundem com os honorários contratuais, que são aqueles convencionados entre a parte e o advogado contratado para representa-la no processo”. (DONIZETTI, 2016, p. 261).

Os honorários devem remunerar adequadamente o trabalho desenvolvido pelo advogado e deve se coibir que “representem um completo desprestígio ou um incentivo às lides temerárias, que se multiplicam em ambientes em que inexista risco de sucumbência proporcional aos pedi-

dos que carecem de fundamentação”. (LAMACHIA e RAMOS, 2018, p. 141).

O novo diploma processual civil estabeleceu novas regras a respeito de honorários, fragmentando o artigo 85 em vários parágrafos dedicados a disciplinar acerca da verba honorária, num claro indicativo de cumprir com o objetivo de proporcionar a remuneração adequada do advogado.

Inclusive das alterações na redação do *caput* dos dispositivos nota-se a preocupação do legislador em destinar a verba à pessoa do advogado, pois enquanto o artigo 20 do CPC/73 “falava em condenação do vencido no pagamento de honorários advocatícios ao vencedor, o novo dispositivo determina o pagamento, não ao vencedor, porém ao advogado do vencedor”. (BERMUDES, 2016, p. 81).

A nova redação proporcionou mais segurança para os litigantes, os quais podem compreender desde o início o ônus em que podem incorrer caso sejam vencidos no processo, bem como aos advogados, que possuem garantias expressamente previstas e detalhadas na legislação sobre a sucumbência. O legislador não deixou dúvidas de que a verba honorária é direito do advogado e tem natureza alimentar, bem como será devida ainda quando o advogado atuar em causa própria.

O novo diploma já inicia a deliberação a respeito da referida verba encerrando discussões havida na jurisprudência acerca do arbitramento de honorários nos cumprimentos de sentença e nas execuções. O § 1º do artigo 85 do CPC/15 estabelece que são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença - *provisório ou definitivo* -, na execução - *resistida ou não*, e nos recursos interpostos, cumulativamente. Segundo Sérgio Bermudes (2016, p. 82) “A norma é drástica e visa a desestimular atos temerários”.

A partir da vigência do novo CPC encontra-se superado o entendimento firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo – Tema 525, no sentido de não ser devida a verba honorária nos cumprimentos provisórios de sentença (REsp 1291736/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, DJe 19/12/2013).

Nota-se que a redação do dispositivo em comento acabou por complementar o enunciado 517 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “São devidos honorários advocatícios no cumprimento

de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada”. Com o novo diploma, não resta dúvida de que os honorários são devidos no cumprimento de sentença, seja ele provisório ou definitivo.

Dentre as inovações trazidas pelo CPC/15 está a ampliação da base de cálculo a incidir o percentual dos honorários. O novo diploma processual, diferentemente do CPC/73 que se referia apenas ao valor da condenação, estabeleceu que os honorários serão fixados sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

No que toca à fixação dos honorários por apreciação equitativa do julgador, sob a égide do CPC/73, notadamente em razão da interpretação dada aos §§ 3º e 4º do artigo 20 do aludido diploma, a jurisprudência permitia a fixação de percentual inferior ao limite mínimo de dez por cento, sobretudo nas demandas envolvendo valores expressivos. São inúmeros os julgados dos Tribunais Superiores que, na vigência do diploma anterior, mantém a verba honorária em patamares muito aquém ao limite mínimo de dez por cento, por considerar - unicamente - ter alcançado uma quantia reputada “exorbitante”. O julgador, mediante critério subjetivo, fixava o valor que lhe parecia mais adequado em relação aos critérios legais. À época, a jurisprudência firmou a orientação, inclusive, de que a fixação dos honorários advocatícios em percentual inferior a 1% do valor da causa é considerada irrisória. Nesse sentido, confira-se: STJ. AREsp 1438183/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 07/05/2019.

Com a redação dada aos §§ 2º e 8º do artigo 85 do Novo CPC, houve significativa alteração na jurisprudência, passando a prevalecer o entendimento de que os casos de apreciação equitativa do julgador, cuja regra é excepcional e de aplicação subsidiária, se limitarão às hipóteses em que, havendo ou não condenação: *i)* o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou *ii)* o valor da causa for muito baixo. É o que ficou decidido pela 2ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1746072/PR, de Relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, em que ficou Relator para o Acórdão o Ministro RAUL ARAÚJO (DJe 29/03/2019). Portanto, as únicas hipóteses admitidas de inobservância do percentual preestabelecido na lei são: valor irrisório do proveito econô-

mico e valor da causa muito baixo; casos em que, o legislador autorizou a fixação da verba em patamar superior a 20%, a fim de remunerar de forma condigna o patrono.

Desta forma, pode-se concluir seguramente que não cabe mais ao julgador, nas causas de “valores exorbitantes”, ponderar o valor dos honorários para arbitrá-los em percentual menor, devendo obrigatoriamente observar o mínimo legal de 10%. Como bem destacou o eminente Ministro Raul Araújo, Relator para o acórdão do recurso especial em comento, “a conclusão lógica é a de que o § 2º do art. 85 do CPC de 2015 veicula a regra geral e obrigatória de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%”. [grifo original]

A partir da vigência do CPC/15, havendo ou não condenação, o arbitramento dos honorários deve observar os patamares mínimos e máximos previstos na legislação, os quais somente poderão ser superados se a verba for considerada ínfima, caso em que há autorização legal expressa para se arbitrar os honorários acima do patamar de vinte por cento.

Inovou o legislador, ainda, ao vedar expressamente a compensação dos honorários (art. 85, § 14, CPC/15), superando o teor da Súmula 306 do STJ de seguinte redação: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

Aos processos submetidos às regras do novo CPC, cujos Tribunais modificam em sede recursal a distribuição da sucumbência, deve ser afastada a compensação dos honorários, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 85, § 14, do referido diploma. É o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência. Nesse sentido: STJ. REsp 1676513/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 11/10/2017.

Todavia, frisa-se que se não houver alteração da sucumbência no julgamento do recurso pelo Tribunal, não lhe é dado reexaminar os honorários advocatícios tal como fixados na origem para aplicar o novo CPC. No caso em que não houver provimento do recurso com alteração da sucumbência, não é permitido ao julgador afastar a compensação autorizada na origem com base no CPC/73. Esta é a orientação firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se: AgInt nos EDcl no

REsp 1357561/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 19/04/2017.

A nova legislação, na forma como posta, encerrou discussões antes existentes nos Tribunais a respeito da verba honorária e fixou critérios objetivos que merecem ser observados, garantindo maior segurança ao patrono que atua na causa e permitindo maior previsibilidade à parte litigante quanto ao ônus que poderá arcar caso seja vencida na demanda.

2 – OS HONORÁRIOS RECURSAIS

O Código de Processo Civil vigente estabeleceu os honorários sucumbenciais recursais, em seu artigo 85, § 11, determinando que o Tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal. “O novo CPC inova ao possibilitar a fixação de honorários pelo trabalho desempenhado pelo advogado na instância recursal”. (AMARAL, 2015, p. 155).

Para José Miguel Medina (2017, p. 188) está “correta a opção do CPC/2015, já que a sentença, ao fixar honorários, terá considerado o trabalho realizado até então, não tendo o juiz da causa como antever se haverá ou não recurso, e qual será o trabalho realizado nesta fase”.

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu marco temporal para a aplicação da citada regra, mediante o Enunciado administrativo nº 7 que assim dispõe: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”. Vale dizer, a majoração dos honorários recursais somente será devida se a decisão recorrida tiver sido publicada já na vigência do CPC/15.

“Essa nova regra de sucumbência será observada tanto nos recursos interpostos para os Tribunais de Segundo Grau (TJ e TRF) como naqueles endereçados aos Tribunais Superiores (STJ e STF) [...]”. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 339), podendo haver a majoração, inclusive, em ambas as instâncias recursais.

Adequada e perfeitamente admissível essa nova regra, ao passo que visa remunerar o incontestável trabalho adicional realizado pelo patrono da parte. Aliás, é incontroverso que “um processo no qual a sentença transita em julgado por ausência de interposição de apelação dá muito menos

trabalho do que aquele que chega até os tribunais superiores, em razão da sucessiva interposição de recursos”. (NEVES, 2018, p. 283).

Guilherme Rizzo (2015, p. 155) destaca que “A medida visa à remuneração adequada do trabalho do advogado que, indubitavelmente, sofre importante acréscimo em termos de tempo e responsabilidade profissional por conta de sua atuação na esfera recursal”.

Mas não é apenas essa nobre razão de ser do referido dispositivo, pois além da justa remuneração do advogado pelo trabalho adicional, a previsão de pagamento da verba honorária recursal tem por escopo o desestímulo a interposição de recursos meramente protelatórios. A fase recursal, com o novo Código de Processo Civil, passou a ficar mais onerosa para a parte sucumbente. Todavia, nada impede que a parte recorra e depois desista do recurso interposto para não ser condenada ao pagamento de honorários.

Ao nosso sentir, o desestímulo a propositura de recursos protelatórios parece ser, inclusive, a principal função do § 11 do artigo 85 do CPC/15, visto que para haver o aumento do percentual não se exige sequer que o advogado tenha apresentado contrarrazões ou resposta ao reclamo. A atuação ou não do profissional por meio de resposta ao recurso será levada em conta apenas para delimitar o percentual de aumento.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria, concluiu que: “É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para a quantificação dessa verba”. (AgInt nos EDcl nos EAREsp 1154530/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, DJe 27/02/2019). Esse, portanto, é o entendimento firmado no âmbito do STJ, seguindo orientação do plenário do STF, no julgamento do AO 2063/CE AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. para Acórdão Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 13/09/2017. No mesmo sentido, os seguintes precedentes: STJ. AgInt no AREsp 1208816/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 18/05/2018; STJ. EDcl no REsp 1768520/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 23/04/2019.

Destaca-se, a respeito da majoração da verba honorária em sede recursal, que o valor total dos honorários sucumbenciais deve observar, sempre, o limite máximo de vinte por cento estabelecido no § 2º do artigo 85. Para Daniel Neves (2018, p. 284), “Significa dizer que o tribunal

deve considerar os percentuais já fixados em valores anteriores para não ultrapassar o teto de 20% do valor da condenação, do benefício econômico ou do valor da causa”. Desta forma, se a verba fixada na sentença, por exemplo, estiver no percentual máximo (20%) estará vedada a majoração dos honorários na fase recursal. Não fosse essa limitação, “a verba poderia alcançar montante exagerado, especialmente se se considerar o número de recursos admissíveis”, como bem pondera Sérgio Bermudes (2016, p. 83).

O julgador deverá se valer “dos mesmos critérios utilizados para a fixação da verba honorária na fase de conhecimento, não podendo ultrapassar o teto dos percentuais contidos nos §§ 2º e 3º do artigo em comento” (AMARAL, 2015, p. 155-156).

Nos termos da lei, somente haverá a majoração dos honorários em grau recursal “nos casos em que a decisão recorrida já tiver fixado a verba honorária”. (MEDINA, 2017, p. 188). O dispositivo é claro no sentido de que o Tribunal majorará os honorários “fixados anteriormente”. Logo, se o recurso ataca decisão interlocutória, por exemplo, não são devidos os honorários recursais. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o artigo 85, *caput*, do CPC/15 condiciona a majoração ao arbitramento em momento anterior dos honorários sucumbenciais, portanto o recurso interposto contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento inviabiliza a majoração, tendo em vista que nesta espécie de recurso não são arbitrados honorários. Nesse sentido, citam-se os seguintes julgados: AgInt no REsp 1727123/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 07/12/2018; EDcl no AgInt no AREsp 1200662/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe 20/11/2018.

O aludido entendimento jurisprudencial decorre da interpretação literal do dispositivo de lei, que não deixa dúvidas acerca da necessidade de fixação anterior dos honorários sucumbenciais para que ocorra a sua majoração, até porque, não se pode “majorar” algo que não exista.

A questão envolvendo a nova regra aportou ao Superior Tribunal de Justiça e a Corte Especial, no julgamento do AgInt no EAREsp 762.075/MT, em que foi Relator para Acórdão o Ministro HERMAN BENJAMIN (DJe 07/03/2019), estabeleceu requisitos cumulativos para a majoração da verba sucumbencial, quais sejam: *i*) a decisão recorrida ter sido publicada a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil;

ii) o recurso não ter sido conhecido ou ter sido desprovido integralmente, por decisão monocrática do relator ou pelo órgão colegiado competente; e iii) houver condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. O referido órgão julgador também deliberou que não haverá honorários recursais no julgamento de agravo interno e nos embargos de declaração quando a majoração já tiver sido realizada na decisão singular anterior. Isso porque, exige-se para a majoração da verba sucumbencial, além dos supracitados requisitos, a instauração de um novo grau de jurisdição. É o que se extrai, inclusive, do Enunciado nº 16 da ENFAM¹³⁹, a saber: “Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição”.

Acrescente-se que os honorários recursais são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive aquelas previstas no artigo 77 do CPC/15, decorrentes de conduta considerada como ato atentatório à dignidade da justiça. Para Guilherme Rizzo (2015, p. 156), “tal ressalva não precisaria ser feita, sendo evidente a completa distinção entre a verba honorária (remuneratória do advogado) e as sanções ou multas processuais (punitivas ou coercitivas da parte)”.

Vale lembrar, inclusive, que “os honorários em fase recursal não punem o recorrente por utilizá-la, mas, sim, remuneram o advogado da parte contrária pelo seu trabalho, acaso existente”. (RIZZO, 2015, p. 156).

O estabelecimento de honorários recursais é um grande avanço, uma verdadeira conquista na advocacia, ao passo que o patrono tem perspectiva de ser adequadamente remunerado pelo seu árduo trabalho, especialmente naquelas demandas que se arrastam por décadas, que são bastante frequentes, senão a maioria delas.

3 – HONORÁRIOS E A FAZENDA PÚBLICA

Entende-se por Fazenda Pública “toda a Administração Pública centralizada e as pessoas jurídicas de direito público entranhadas na estrutura da Administração Pública descentralizada (autarquias e fundações públicas), nos quatro níveis (federal, estadual, distrital e municipal)”, consoante

139 Enunciado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, aprovado no Seminário: O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, realizado em 26 a 28/08/2015.

ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p.233). Destacam os referidos autores que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não ingressam em tal conceito.

O diploma processual civil anterior previa expressamente que nas causas em que fosse vencida a Fazenda Pública, os honorários deveriam ser fixados por apreciação equitativa do julgador (art. 20, § 4º, CPC/73). A referida previsão legal, não raras às vezes, conduzia ao arbitramento de valores irrisórios em causas de elevado valor econômico, deixando-se de considerar a responsabilidade e o trabalho desenvolvido pelo advogado, ao argumento de que deveria ser protegido o erário. Além disso, “o dispositivo não guardava igualdade entre os procuradores das partes envolvidas no processo, visto que, para a parte contrária (que não a Fazenda Pública), deveriam ser aplicadas as demais regras do art. 20, especialmente o seu § 3º”. (ALVIM, 2019, p. 424).

Importante modificação surgiu com o advento no novo Código de Processo Civil no que se refere aos honorários nas ações em que a Fazenda Pública seja parte, igualando, inclusive, os casos em que a Fazenda Pública é ré e as ações em que é autora, prestigiando os patronos de ambos os lados. Até porque, o novo Código estabeleceu expressamente o direito de os advogados públicos receberem honorários, encerrando a discussão havida anteriormente e superando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelecia que os honorários sucumbenciais nas ações em que o Poder Público fosse vencedor não constituíam direito autônomo do advogado. Tal entendimento restou superado pela *novel* redação do § 19 do artigo 85 do CPC/15.¹⁴⁰

Para Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 341), a legislação atual alterou esse regime de duas maneiras: “adotou um critério único de cálculo para todas as ‘causas em que a Fazenda Pública for parte’, aplicável indistintamente a ela e à parte contrária” e também pelo fato de ter afastado “o

140 A Lei 13.327/16, em seus artigos 27 e seguintes, dispõe acerca dos honorários advocatícios de sucumbência dos advogados públicos. Não se desconhece, todavia, a interposição da ADI 6053 pela Procuradoria-Geral da República, questionando a constitucionalidade do art. 85, § 19, CPC/15 e dos artigos da Lei 13.327/16, que tratam do recebimento de honorários de sucumbência por advogados públicos. Para maiores informações acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade, confira-se: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5613457>

critério da equidade, adotando percentuais sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido pela parte vencedora (art. 85, § 3º)”. Na visão de Arruda Alvim (2019, p. 424), a atual legislação trouxe “de forma mais completa e objetiva os parâmetros para a fixação dos honorários advocatícios nas demandas em que a Fazenda Pública seja parte”. Daniel Neves (2018, p. 288) destaca que “A novidade fica por conta da criação de percentuais específicos para essa hipótese, o que afastará a prática rotineira das condenações de honorários serem fixadas em valores inferiores ao mínimo legal”.

O Código de Processo Civil vigente, no § 3º do artigo 85, estabelece um escalonamento de percentuais de honorários de sucumbência nas causas em que a Fazenda Pública for parte, devendo ser observados também os seguintes critérios: o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º se aplicam a despeito do conteúdo da decisão, abrangendo os casos de improcedência da demanda e extinção do processo sem resolução do mérito. A aplicação dos percentuais estabelecidos no referido § 3º¹⁴¹, divididos em razão de faixas de condenação, “deve ser feita de forma cumulativa, *i.e.*, o percentual relativo à condenação que atinge a faixa maior somente será utilizado sobre o que exceder o valor englobado na faixa menor, e assim sucessivamente...”. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 341).

141 Art. 85, CPC – [...] § 3º [...]

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento no sentido da impossibilidade de fixação da verba honorária em percentual inferior àqueles previstos no § 3º do artigo 85 do NCPC, nas demandas em que a Fazenda Pública seja parte. Nesse sentido: REsp 1751095/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 12/12/2018; AgInt no REsp 1665300/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/12/2017.

Nota-se que o legislador se limitou a mencionar como base de cálculo para a incidência dos citados percentuais o valor da condenação ou do proveito econômico obtido. No entanto, a melhor interpretação, como bem observa Guilherme Rizzo (2015, p. 153), é a de que “as bases fixadas em salários mínimos sejam entendidas como o *valor da condenação, do proveito econômico obtido pela parte ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor atualizado da causa [...]*”, em atenção ao que dispõe o § 2º do artigo em comento. No mesmo sentido, esclarece Daniel Neves (2018, p. 288): “Em não havendo condenação principal, ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa, nos termos do § 4º, III do art. 85 do Novo CPC”.

E como os parâmetros fixados levam em conta salários mínimos, o legislador deixou claro que deve ser considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação, a teor do § 4º, IV do artigo 85 do referido diploma.

A legislação faz a ressalva de que “não serão devidos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença contra a Fazenda pública que enseje a expedição de precatório, salvo se houver impugnação, quando haverá direito aos honorários específicos para esta fase”. (ALVIM, 2019, p. 426).

A partir da vigência do novo CPC, em relação ao artigo 85, § 7º, surgiu controvérsia a respeito da aplicação do enunciado sumular nº 345 do STJ, de seguinte teor: “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, firmou a tese de que “O art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente

de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio” (Tema 973). Confira-se: STJ. REsp 1648238/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/06/2018, DJe 27/06/2018.

Acertada a opção do legislador em estabelecer limites e critérios para o arbitramento dos honorários de sucumbência nas demandas em que a Fazenda Pública seja parte distintos da regra geral inserta no artigo 85, § 2º, do CPC/15, pois as ações envolvendo o Poder Público, não raras às vezes, discutem cifras milionárias e não se poderia perder de vista a preservação do interesse público, a fim de resguardar o erário. Na hipótese, os litigantes possuem mais segurança, havendo uma perspectiva do valor a que terá que arcar caso seja vencido.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 1973 regulamentava de forma tímida a questão dos honorários de sucumbência, circunstância esta que desencadeou uma série de discussões a respeito, algumas delas enfrentadas pelo Poder Judiciário.

O novo diploma, ao contrário, esmiuçou as regras de aplicação da sucumbência, fragmentando a matéria em dezenove longos parágrafos, reproduzindo algumas das disposições já existentes e inovando em tantas outras, reparando omissões existente na redação do antigo código.

A regra geral dos percentuais mínimo (10%) e máximo (20%) da verba honorária foi mantida, os critérios para apuração desse *quantum* – o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço – também foram preservados no CPC/15. Todavia, uma importante alteração houve na questão da apreciação equitativa pelo julgador, restringindo-se às hipóteses de inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, de valor da causa muito baixo, caso em o legislador possibilita que, excepcionalmente, sejam fixados os honorários de sucumbência em patamar superior ao limite máximo de 20%. Nota-se que a legislação deixou claro não se admitir a fixação por equidade para reduzir a verba honorária em patamar inferior a 10%, nas causas de valor expressivo, prática esta que vinha sendo adotada de forma corriqueira pelos Tribunais Superiores.

Outra novidade importante do novo Código foi o estabelecimento dos honorários recursais, ante o notório trabalho adicional do advogado quando a demanda não se encerra em primeiro grau de jurisdição. Há quem afirme que tal norma teve por escopo também coibir a interposição de recursos protelatórios, até porque a majoração tem sido devida ainda quando não sejam apresentadas contrarrazões ou resposta ao reclamo. Seja qual for a intenção do legislador, é certo que a norma se mostra adequada e razoável, pois é incontroversa a maior complexidade do trabalho do patrono nos processos que são levados aos Tribunais.

Significativas e importantes alterações trouxe o Código de Processo Civil de 2015 no arbitramento de honorários sucumbenciais nas causas em que a Fazenda Pública seja parte. Enquanto o CPC/73 permitia a apreciada equitativa do julgador para fixação da referida verba nas causas em que fosse vencida a Fazenda Pública, a *novel* legislação estabeleceu percentuais específicos a serem observados em todas as causas que a Fazenda Pública for parte. Com a nova redação, não mais será admitido o arbitramento de valores irrisórios e ínfimos nas causas de elevado valor econômico, providência que vinha sendo adotada de forma corriqueira pelo julgador, ao argumento de que deveria ser protegido o erário, em total desprestígio aos profissionais que atuaram nas demandas.

As disposições do novo CPC, além de estabelecer critérios objetivos acerca dos honorários de sucumbência, possibilitam maior segurança aos litigantes, os quais podem traçar uma perspectiva do ônus que terão de suportar caso sejam vencidos. Além disso, permitiu a legislação uma remuneração mais adequada do advogado, sobretudo naquelas demandas que se arrastam por décadas e aportam nos Tribunais Superiores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 18^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 1689 p. ISBN 978-85-5321-315-3.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às Alterações do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1439 p. ISBN 978-85-203-6269-3.

- BERMUDES, Sérgio. CPC de 2015: Inovações. Vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. 502 p. ISBN 978-85-62027-93-2.
- DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. 1587 p. ISBN 978.85-970-0386-4.
- LAMACHIA, Cláudio; RAMOS, Gisela Gondin. Prerrogativas da Advocacia: dever do advogado e direito do cidadão: conheça e defenda. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. 198 p. ISBN 978-85-7966-092-4.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITI-DIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1310 p. ISBN 978-85-203-6761-2.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 1808 p. ISBN 978-85-203-7268-5.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 10ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. 1807 p. ISBN 978-85-442-1944-7.
- RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 809 p. ISBN 978-85-450-0170-6.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1250 p. ISBN 978-85-309-7775-7.

O EQUILÍBRIO AMBIENTAL E O INTERESSE PÚBLICO COMO ELEMENTOS BALIZADORES DAS MANIFESTAÇÕES DOS ADVOGADOS PÚBLICOS MUNICIPAIS

Fabricio Gaspar Rodrigues

1 – INTRODUÇÃO

O fortalecimento dos Municípios perante a sociedade brasileira é uma realidade criada pela Constituição da República de 1988, ao optar por um pacto que os reconhece como entes federativos, e por estabelecer em seu texto as respectivas competências que sobre ele recaem.

A sociedade brasileira hoje, forçada por opções políticas paternalistas materializadas em um passado recente e pela crise econômica mundial, vive um momento de profunda dependência do Poder Público. *Pari-pas-su*, há também uma descrença coletiva nos agentes políticos, e um real afastamento por parte dos cidadãos dos processos não eleitorais, portanto voluntários, de participação na construção de políticas públicas.

Nessa toada, os gestores municipais reiteradamente se veem obrigados a implementar políticas públicas que muitas vezes poderão envolver a questão ambiental, seja ela o objetivo final do que se propõe ou um pseudoentrave à realização de obras públicas.

O agente público no âmbito das cidades mais apto a realizar a ponderação de interesses em caráter jurídico para evitar a formação de ilegalidades e resguardar o gestor é o procurador municipal, cujo parecer deverá

ponderar os interesses ambientais e políticos que o caso venha a requerer. Portanto, quando a questão ambiental estiver no âmbito da situação jurídica submetida à análise jurídica, quais os elementos devem ser observados pelo parecerista? A resposta a essa pergunta é o tema deste trabalho.

2 – O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO AMBIENTAL E O INTERESSE PÚBLICO.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada pela Assembléia Constituinte em 05 de Outubro de 1988 é a Lei Maior de nosso país. Dir-se-á: ela não possui essa nomenclatura por acaso. Tal documento constituiu, criou, a partir de sua entrada em vigor, uma nova república, um novo sistema, uma nova ótica de se enxergar o Poder e prestar o serviço público aos cidadãos, agora iluminados pelos *seus* princípios e diretrizes. Logo, se não se admite nenhum diploma normativo de valor acima da Constituição de 1988, nenhum ato normativo ou sua aplicação pode contrariar regras constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade e ineficácia.

Mas a Constituição não funciona apenas como um filtro axiológico, valorativo, para a criação e interpretação de leis e atos normativos. Já foi dito que ela constituiu uma nova república. E não basta criar. Também foi legado à Constituição de 1988 estabelecer as divisões de poder dentro desse novo modelo de país estabelecido e principalmente: distribuir as competências, ou seja, dizer a cada ente detentor de poderes os limites e deveres que a Carta Maior lhes resguardou. Ou seja: O *quê* cada ente federativo *pode e deve fazer*, e, principalmente, *como fazer*.

Diante deste contexto de escolha de diretrizes e objetivos de matriz constitucional, volta-se o olhar para a sociedade em sentido amplo, e observa-se que em seu seio surgem várias e legítimas discussões e movimentos que trazem à baila a importância da questão ambiental, tendo o meio ambiente com receptor direto e imediato da preocupação humana. Entretanto, é inegável que a espécie humana configura a real beneficiada por tais movimentos de ruptura de costumes degradadores, eis que globalmente, estabelece-se a partir da década de 1950 a consciência coletiva voltada para a preservação do meio ambiente como forma de impedir que o ser humano seja vitimado por seus próprios atos.

Em razão desta importância acima explicitada e do caráter público que recai sobre os recursos ambientais, justifica-se nesse contexto a constitucionalização de tais interesses.

Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, pág. 139), o interesse público é “*aquele que é posto sob a responsabilidade do Estado e como finalidade de sua ação, não é outro senão, em síntese, o interesse geral da sociedade, ou, preferindo-se, o bem comum, que, em sua acepção metajurídica, será inspiradora da ação política, que o definirá, discriminadamente, no Direito, para cada sociedade e para cada tempo.*”

De igual sentir, a natureza pública que qualifica o interesse na tutela do ambiente, bem de uso comum do povo, torna-o também indisponível. Não é permitido assim ao Poder Público (muito menos aos particulares) transigir em matéria ambiental, apelando para uma disponibilidade impossível.

Ao contrário, se a defesa do meio ambiente é um dever precípua do Estado, que também existe para prover as necessidades vitais da comunidade, torna-se possível exigir coativamente inclusive pela via judicial de todos os entes federados o cumprimento de suas tarefas na proteção do meio ambiente.

Entretanto, a doutrina clássica acerca da real identificação do interesse público encontra-se atualmente em forte ebulição, especialmente por força de uma nova concepção do papel da Constituição da República no cenário jurídico e político brasileiro.

E o interesse na proteção do ambiente, por ser de natureza pública, poderá prevalecer sobre os direitos individuais privados, de maneira que sempre que houver dúvida sobre a norma a ser aplicada a um caso concreto, deve prevalecer aquela que privilegia os interesses da sociedade – a dizer, *in dubio pro ambiente*.

Importante nesse momento da narrativa estabelecer a diferença entre bem e interesse.

O interesse é revelado por toda e qualquer manifestação de vontade ou de vantagem, em virtude da qual se satisfaz uma necessidade moral, intelectual ou material. Ele se configura, portanto, como o valor atribuído a um determinado bem ou a uma determinada pessoa. Logo, para que uma pessoa se aproprie de determinada coisa, é necessário que tenha interesse.

O interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em decorrência

do valor, material ou moral, que esse bem pode ter para aquela pessoa. O interesse é o valor, material ou moral, que faz com que alguém se aproprie de algo. A noção de interesse está adstrita à de vantagem.

O interesse jurídico, por sua vez, caracteriza-se por ter o seu conteúdo valorativo inscrito na norma. Importante assim estabelecer a distinção entre interesse coletivo, interesse difuso e interesse público como ponto de partida para caracterizar o meio ambiente como sendo um interesse difuso.

Inicialmente cumpre afirmar que tanto o interesse difuso quanto o interesse coletivo são espécies do gênero interesses meta ou supra-individuais. É por essa razão que se costuma tratar como sendo sinônimos as duas expressões citadas.

Por sua vez, o interesse coletivo, propriamente dito, é aquele concernente a uma realidade coletiva, ou seja, são aqueles interesses cujos titulares são grupos, categorias ou classes e que são exercidos coletivamente. Em outras palavras, são aqueles interesses que são coletivos na forma de exercício e na finalidade.

Há determinados interesses que, embora permaneçam individuais na finalidade, podem ser exercidos coletivamente, sem configurarem, contudo, interesses coletivos propriamente ditos. Tais interesses, coletivos na forma de exercício e individuais na finalidade, são os chamados interesses individuais homogêneos que se caracterizam pela divisibilidade e pela origem comum. Noutra dizer, são direitos divisíveis que têm a mesma origem comum, qual seja, situação fática, podendo ser exercidos de forma coletiva. Tem-se como exemplo o caso dos segurados da autarquia previdenciária federal que, por meio de entidade própria, tentam a implementação, pela via judicial, da imediata aplicação do disposto no artigo 202, *caput*, da Carta Constitucional de 1988, vez que a pretensão diz respeito a vários segurados, mas não a todos.

Por essa razão, não se pode confundir defesa coletiva de direitos com defesa de direitos coletivos. No primeiro caso, temos a defesa dos direitos individuais homogêneos, que não perdem a característica de direitos subjetivos individuais pelo fato de poderem ser defendidos coletivamente. Trata-se de direitos individuais que, por se relacionarem com outros semelhantes, podem ser defendidos de forma coletiva. No segundo caso, temos a defesa dos direitos difusos e coletivos, propriamente ditos.

O interesse coletivo é aquele que tem como sujeito grupos ou categorias de pessoas determináveis que estão ligadas entre si por uma relação jurídica. A título exemplificativo, pode-se citar os consorciados que sofrem com o aumento ilegal das prestações.

Os interesses difusos, a seu turno e conforme estabelecido pelo inciso I do parágrafo único artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990)¹⁴², apresentam as seguintes características: I) configuram direito transindividual, ou seja, que transcendem o indivíduo, ultrapassando o limite da esfera de direitos e obrigações de cunho individual, e; II) possuem um objeto indivisível, uma titularidade indeterminada e interligada por circunstâncias de fato (não existe uma relação jurídica convencional). Aqui já podemos exemplificar com as pessoas que são atingidas pela poluição ambiental de uma determinada indústria.

Interesses coletivos e interesses difusos, após todo o exposto, definitivamente não se confundem. Entre essas duas espécies de interesses há pelo menos duas diferenças básicas, uma quantitativa e outra qualitativa. São elas: o interesse difuso concerne a um universo maior de pessoas, podendo até atingir toda a humanidade, enquanto que o interesse coletivo, como tem por base uma relação jurídica, diz respeito a um número menor de sujeitos; no aspecto qualitativo, o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa, ao passo que o interesse difuso resulta da qualidade do indivíduo como ser humano.

O interesse geral ou público acha-se batizado por certos valores pacificamente aceitos, enquanto que os interesses difusos têm um conteúdo fluido.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2000, pág. 78) propõe uma ordenação dos interesses pelo prisma da coletivização crescente nos seguintes termos: a) interesses individuais que são suscetíveis de captação e fruição pelo indivíduo de forma isolada; b) interesses sociais que são os

142 **Art. 81.** *A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.*

Parágrafo Único. *A defesa será exercida quando se tratar de:*

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

interesses do grupo visto como pessoa jurídica; c) interesses coletivos que ultrapassam as esferas anteriores, mas se limitam a valores atinentes a grupos ou categorias bem definidas; d) interesse geral ou público que diz respeito a toda a coletividade representada pelo Estado, exteriorizando-se em padrões sociais, tais como segurança pública, saúde pública ou bem comum; e) interesses difusos que fazem menção a um contingente indeterminado de indivíduos, em virtude de seu alto grau de desagregação.

Nesse ponto, é imprescindível dizer que o interesse difuso, embora dotado de uma maior amplitude, nem sempre se caracteriza como interesse público. É o que ocorre, fielmente, com o meio ambiente.

Isso acontece porque o que vai determinar a caracterização de um interesse como sendo público é a natureza das medidas adotadas pelo Estado para concretizá-lo, ou seja, torná-lo viável à sociedade. Em novas palavras, o que vai tornar público um interesse é o grau de importância que o Estado vislumbra nele para o atendimento das necessidades do corpo social. Esse grau de importância é o determinante na quantidade e na qualidade das medidas que serão adotadas pelo Poder Público com vistas à satisfação das necessidades públicas e, por conseguinte, a conversão dessas necessidades em interesse público. Por essa razão, pode ocorrer que determinadas necessidades da sociedade não sejam tratadas pelo Estado como sendo interesse público.

Tal se verifica posto que as necessidades públicas são necessidades humanas que só podem ser satisfeitas pela ação coordenada do grupo, ou de forma voluntária por meio da participação coativa dos indivíduos que formam o grupo, por meio da instituição e manutenção de um serviço público pelo ente estatal.

No momento que o Estado percebe que a necessidade humana torna-se de interesse geral do grupo social, fazendo-se mister a atuação do ente estatal por meio da instituição e da manutenção de um serviço público para sua concretização, a necessidade humana converte-se em pública, assumindo, pois, um valor maior para o Estado, o que a eleva à categoria de interesse público.

Assim, observa-se que, na eleição de um determinado interesse como sendo público, entra uma margem de discricionariedade do administrador público, determinante, como já afirmado, da quantidade e qualidade das

medidas a serem adotadas por ele e, mais ainda, da conveniência e oportunidade dessas medidas.

É com base nesse raciocínio que, por muitas vezes, as atitudes das autoridades constituídas parecem demonstrar que a necessidade humana de ter um ambiente hígido e salubre não teria sido ainda elevada à categoria de interesse público.

Para que um interesse seja considerado como sendo difuso, é necessário apresentar as seguintes características: a) *indeterminação dos sujeitos*: tais interesses, como têm por base uma relação fática, referem-se a um número indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos; b) *indivisibilidade do objeto*: são indivisíveis os interesses que não podem ser partidos em quotas atribuíveis a pessoas ou a grupos determinados; c) *intensa litigiosidade interna*: esses interesses não tratam de controvérsias que envolvem situações jurídicas bem definidas (A se julga credor de B, que resiste à pretensão), mas de litígios que têm por causa remota verdadeiras escolhas políticas; d) *transição ou mutação no tempo e no espaço*: tais interesses, como têm por base situações fáticas, apresentam-se mutáveis. Por isso, não podem ser completamente tutelados pelo Legislativo, o que demanda, na maioria das vezes, uma atuação criativa do magistrado, modernamente batizada de ativismo judicial.

Tendo em vista o caráter fragmentário do Direito Ambiental, mister se faz que o magistrado perceba a ordem jurídica global. Para que o juiz possa decidir bem, não se farão necessários apenas conhecimentos dogmáticos. É fundamental, em matéria de direitos difusos, e principalmente de meio ambiente, que o magistrado conheça outros ramos da ciência, pertinentes ao caso. O magistrado precisará ter uma atuação dinâmica, estando em consonância com as necessidades e problemas atuais.

O direito a um meio ambiente saudável diz respeito a todo gênero humano, seja de qual parte do mundo for, e às gerações presentes e futuras, preenchendo, assim, o primeiro dos requisitos para sua configuração como interesse difuso, qual seja a indeterminação dos sujeitos.

No que tange ao segundo requisito, a indivisibilidade do objeto, verifica-se que o meio ambiente, na concepção de macrobem, não comporta fracionamento para apreciação exclusiva por parte de indivíduos ou categorias de indivíduos. Assim afirma-se que não é possível a apropriação individual do macrobem ambiental para consumo privado.

Quando à terceira característica, o meio ambiente suscita uma intensa litigiosidade, na medida em que as decisões que lhe dizem respeito conflitam com questões econômicas e políticas, sendo necessário que as autoridades atuem com criatividade para compatibilizar os interesses em conflito ou, até mesmo, para afastar aqueles interesses que se configuram nefastos para a espécie humana.

Para ilustrar a quarta característica, a efemeridade, basta citar o exemplo da construção da Usina Hidrelétrica de Itaipu. Construída tal usina, não mais aproveitava a oposição de interesses difusos de cunho ecológico, para proteger as belezas naturais da região e portanto tentavam impedir a própria construção da usina. Os interesses opostos, inicialmente, à implementação do empreendimento foram imediatamente substituídos por outros com a sua construção, notadamente a fiscalização do cumprimento das condições da licença ambiental e a máxima redução possível dos impactos da respectiva operação.

Inegável resta o caráter difuso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado declarado no *caput* do artigo 225 da Constituição da República de 1988.

Poderia parecer, superficialmente, que caracterizar o meio ambiente como interesse difuso é incompatível com a sua caracterização como bem de interesse público, o que, porém, não é verdade.

Quando se diz que o meio ambiente é bem de interesse público, pretende-se afirmar que não apenas o Poder Público tem legitimidade para promover sua tutela jurisdicional, como também o cidadão. Quando se diz que o meio ambiente é um interesse difuso, quer-se afirmar que dele advém uma situação de vantagem ou de utilidade para todo o gênero humano, o que legitima todo e qualquer cidadão a agir ativamente na sua defesa, inclusive na esfera processual.

É a indeterminação dos sujeitos que faz com que haja uma maior necessidade de proteção desse bem. Para tanto, a defesa individual pode ser substituída, na esfera processual, por uma defesa coletiva em proveito de todos os sujeitos.

Embora o meio ambiente, como macrobem, não possa ser apropriado individualmente, a sua manutenção equilibrada e hígida é indispensável ao alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, o meio ambiente saudável gera, para todo o gênero humano, uma posição de vantagem e de utilidade.

Ratifica-se, por todo o exposto, que não se configura incompatível a caracterização do meio ambiente como bem de interesse público e como interesse difuso.

3 – O ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A par dos direitos e deveres individuais e coletivos, elencados no artigo 5º da Constituição da República brasileira, acrescentou o legislador constituinte, no *caput* do artigo 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, direcionado ao desfrute de adequadas condições de vida em um ambiente saudável ou, na dicção da norma constitucional, “ecologicamente equilibrado”.

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência – a qualidade de vida – que faz com que valha a pena viver.

Consoante Antônio Augusto Cançado Trindade (1993, pág. 76):

“o caráter fundamental do direito à vida torna inadequados enfoques restritos do mesmo em nossos dias; sob o direito à vida, em seu sentido próprio e moderno, não só se mantém a proteção contra qualquer privação arbitrária da vida, mas além disso encontram-se os Estados e seus respectivos entes no dever de buscar diretrizes destinadas a assegurar o acesso aos meios de sobrevivência a todos os indivíduos e todos os povos. Neste propósito têm os Estados a obrigação de evitar riscos ambientais sérios à vida”.

Neste esteio principiológico agarrou-se portanto o *caput* do artigo 225 da Carta Magna:

Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O texto do *caput* do artigo 225 pode ser visualizado em três partes: 1) apresentação de um direito fundamental – direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e de um bem de uso comum – o meio ambiente ecologicamente equilibrado; 2) prescrição de normas impositivas de conduta, inclusive normas-objetivo – visando assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; 3) descrição de um dever do Estado e da coletividade – defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Talvez em poucas passagens constitucionais o legislador tenha sido tão profundo e eficaz como neste *caput* do artigo 225 da Constituição Brasileira.

As primeiras linhas do artigo 225 delineiam o objeto do capítulo constitucional composto apenas por este artigo. Não basta ter direito ao meio ambiente. Afinal, no meio ambiente todos estamos inseridos, alguns mais poluídos, outros mais conservados. Mas o objeto da proteção constitucional é o meio ambiente ecologicamente equilibrado. O equilíbrio ambiental é o fator principal deste *caput*, e somente estará atingida a vontade do legislador constituinte quando o meio ambiente oferecido à população estiver em pleno equilíbrio, ou seja, livre de degradações e ameaças que interfiram diretamente na qualidade da vida a curto, médio ou longo prazo.

Em seguida, o dispositivo estudado, dotado de hierarquia constitucional, declara ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado bem de uso comum do povo. Nesse momento, reconhece o legislador a inserção do Direito Ambiental na categoria dos Direitos Difusos, ou seja, direitos ou interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Vale defender: A Constituição Brasileira erigiu a Dignidade da Pessoa Humana ao *status* de cláusula pétreia, imutável, mas não apresentou uma definição fechada e objetiva para tal instituto. Coube ao intérprete portanto buscar as características que, em conjunto, poderão adjetivar de digna a vida do ser humano nos termos da Constituição.

No texto do próprio artigo 5º da Carta Magna temos vários exemplos, como saúde, habitação, educação, honra, liberdade, igualdade, segurança, lazer, cultura. Mas o artigo 225 foi além ao qualificar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao ser taxado de *essencial à sadia qualidade de vida*, o meio ambiente ecologicamente equilibrado tornou-se indissociável de uma vida sadia, ou seja, uma vida saudável. Justamente o artigo 225 vinculou o ambiente equilibrado como uma condição imprescindível para o acesso à saúde, que é um dos fatores que juntos compõem a Dignidade da Pessoa Humana.

Com efeito, o ambiente desequilibrado sujeita os seres vivos a condições adversas que atingem impreterivelmente à saúde, sua manutenção e controle, justamente esse valor que compõe o núcleo mais rígido da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim sendo, inegável é o papel fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado como componente do grupo de fatores que garantem a Dignidade da Pessoa Humana.

Mas a titularidade deste Direito (ao meio ambiente ecologicamente equilibrado) gera a contrapartida imediata e razoável do dever de proteger esse bem de uso comum. Não basta ser titular desse direito difuso, lembrando que, por ser difuso, não nos é permitido individualizar seu detentor, sendo portanto chamado de *coletividade*.

Ressalte-se aqui que a coletividade não é una. Ela se divide em inúmeros grupos com interesses diversos. O grande desafio no espaço público é, portanto, compatibilizar tais interesses, realizando o interesse público através do máximo respeito aos interesses individuais.

Mais uma vez, a poesia jurídica de Carmen Lúcia Antunes Rocha (2008, pág. 19) é absolutamente plausível, especialmente quando o tema da discussão é o meio ambiente:

“Gente é igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias e as alegrias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.”

A coletividade deve, assim, em comunhão óbvia e inafastável com o Poder Público, envidar suas forças no sentido de defender esse direito de qualquer ameaça e preservar suas riquezas, como um ato de auto-proteção, não exclusivo como veremos adiante.

Portanto, é correto reconhecer que *o interesse público justificou a inclusão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no rol de direitos fundamentais.*

4 - COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS MUNICIPAIS EM MATÉRIA AMBIENTAL

A Constituição de 1988 vem a ser fruto do resgate da democracia: o que terá efeitos importantes sobre o federalismo. A indissociabilidade da República Federativa do Brasil vem anunciada no artigo 1º, em que se proclama o Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos informam o federalismo e devem nortear o processo legislativo.

A Carta Magna conferiu nova força ao municipalismo no Brasil, de forma que os Municípios foram reconhecidos como entes integrantes da federação brasileira, afirmação essa feita com base no sistema de repartição de receitas tributárias, por ser este o instrumento a apontar o nível de autonomia, interdependência política e real possibilidade de execução das políticas públicas.

“Poder Público” é expressão abstrata que atinge todas as entidades territoriais públicas, pois uma das características do Estado Federal, como assim optou a Constituição Brasileira vigente, consiste em precisamente distribuir o Poder por todas as entidades autônomas que o compõem, para cada qual o exercer nos limites das competências outorgadas pela Constituição.

A repartição de competência em matéria ambiental, no Brasil, segue os mesmos princípios que a Constituição adotou para a distribuição da competência em geral entre as entidades federativas (União, Estados Distrito Federal e Municípios). Encontramos competência material comum, competência legislativa exclusiva e competência legislativa concorrente, estabelecidos nos artigos 21 a 24 e 30, todos da Carta Magna. Apreciando os dispositivos constitucionais estes conceitos específicos serão adiante apresentados, não sem antes diferenciarmos os conceitos gerais de competência material e competência legislativa.

A competência legislativa é a competência a partir da qual determinado ente pode *elaborar leis acerca de determinado assunto, na forma e nos limites estabelecidos pela constituição.*

A competência material diz respeito à *prestação dos serviços inerentes àquelas matérias, à tomada de providências para a sua realização.*

Estatui o artigo 23 da Carta Magna:

Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

(...)

A análise do *caput* deste artigo, diferentemente do artigo anterior, não estabelece a clara distinção se se trata de competência material ou legislativa. Fica claro, porém, que é uma competência que se estende a todos os estes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), portanto, competência comum.

O artigo 23 da Constituição trata da competência comum e arrola doze incisos e um parágrafo único. A competência comum é fruto do constitucionalismo alemão. Certamente, as relações entre os entes da federação fulcrada na cooperação é mais adequada à instrumentalização de políticas públicas em prol do desenvolvimento da federação do que se optar pelo federalismo das regiões ou reorganização territorial (no caso brasileiro).

Ao disciplinar a competência comum, o artigo em estudo incluiu igualmente os Municípios, seguindo a ótica de que os mesmos integram o quadro de cooperação e de planejamento na articulação e nas engrenagens do Estado Federal. Ela constitui um instrumento para diminuir ou

solucionar problemas enfrentados pelos Municípios, sobretudo de ordem financeira e organizacional. A realidade da arrasadora maioria dos Municípios reforça ainda mais a idéia de que o esforço cooperativo não foge ao comando geral a ser estabelecido pela União.

Voltando porém ao texto constitucional, a clareza conceitual que falta ao *caput* logo se estabelece pela leitura da primeira palavra de cada um dos incisos estudados, eis que pertinentes à matéria ambiental. Trata-se de verbos (proteger, impedir, preservar), que conotam o sentido conjunto de atitude, ação. Logo, estamos tratando de competência material, ou seja, da tomada das providências necessárias para obtenção de tais objetivos.

O artigo 23 estabelece, portanto, a competência material comum a todos os entes federativos, por consequência do acima exposto.

Os incisos III e IV, acima transcritos, determinam o esforço conjunto de todos os entes federativos para a proteção do meio ambiente cultural.

Os incisos VI e VII estabelecem a ação pluri-federativa no sentido de se garantir a mais ampla proteção possível aos bens que integram o meio ambiente natural ou físico, determinando conjuntamente com a proteção do meio ambiente o combate vigoroso de toda e qualquer forma de poluição e ratificando o dever de preservação das florestas, da fauna e da flora.

Mas a amplitude do inciso VI (“*Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;*”) merece aprofundamento, o que será feito. A natureza da competência comum já foi acima explicada. Logo, por força deste dispositivo em debate compete ao Poder Público, *em todas as suas esferas (federal, estadual, municipal)*, desempenhar ações positivas no sentido de atingir a maior proteção ao meio ambiente possível. Nesse contexto se encaixa o exercício do *poder de polícia ambiental*.

O poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza. Esse poder age, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (1985, pág. 316), através de “*ordens e proibições, mas e sobretudo pela ordem de polícia, pelo consentimento de polícia, pela fiscalização de polícia e pela sanção de polícia.*”

O exercício desse poder por parte de todos os entes políticos brasileiros é determinado justamente pelo inciso VI do artigo 23 da CRFB, em estudo. Dessa forma, é justamente esse dispositivo que confere legitimidade aos entes da Administração Pública para exercerem a fiscalização e a imposição de sanções de natureza ambiental sobre os particulares.

No âmbito municipal, nos resta estudar o artigo 30 da Constituição Federal:

Artigo 30. Compete aos Municípios:

I – Legislar sobre assuntos de interesse local;

II – Suplementar a legislação federal e estadual no que couber;

(...)

Não teria lógica ter a Constituição da República atribuído autonomia financeira, administrativa e legislativa aos municípios sem que suas respectivas câmaras municipais tivessem objeto de trabalho, assim materializando ao dever de autolegislação, inerente à natureza de ente federativo que recai sobre os Municípios, eis que estes restaram excluídos do texto do artigo 24 da CRFB.

Dessa forma, a Constituição da República estabeleceu a possibilidade aos municípios de enriquecer, *suplementar* a legislação federal e estadual, desde que reste comprovado o interesse *predominantemente* local, ou seja, que a população do município em questão será realmente beneficiada, e que não haja nenhum outro impedimento constitucional (competência privativa de outro ente, por exemplo).

É dessa forma o interesse local o fator instituidor da possibilidade legislativa dos Municípios. Os Municípios atuam no campo de sua especificidade, de sua autonomia, ou melhor, com base no interesse local, mas atrelados às limitações oriundas das competências que particularmente competem à União e ao que lhes compete em nível comum ou concorrente.

Nessa esteira, resta claro que os municípios possuem de maneira real e objetiva, competência para legislarem sobre questões ambientais (com exceção da água, ante a competência privativa da União), nos sendo possível o amparo nas mais variadas razões para fundamentarmos este posiciona-

mento, das quais destacamos duas: I) É de cristalino **interesse público** local deter um meio ambiente ecologicamente equilibrado; II) Se é dado aos municípios fiscalizarem para coibir práticas nocivas ao meio ambiente como exercício de competência material comum recebida pelo artigo 23 da CRFB, deverá o órgão legislativo local estabelecer as condições e sanções previstas para lastrear de legalidade os atos de seus agentes que exercerem o Poder de Polícia.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se neste trabalho reconhecer o papel ativo dos Municípios, no âmbito do sistema constitucional vigente, no que tange à proteção ambiental. Nesse sentido, diversas políticas públicas devem ser implementadas pelos Municípios para fins de efetivação desse direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Como agente público responsável pelo controle prévio da legalidade dos atos do poder público, o procurador municipal é inequivocamente chamado a manifestar-se acerca da legalidade de políticas municipais voltadas para melhoria da vida em sociedade, muitas vezes e, afronta a interesses de natureza ambiental.

O presente artigo buscou reconhecer e fixar o interesse público, instituto de tão difícil definição, como elemento balizador de toda e qualquer manifestação jurídica manejada pelo advogado público municipal que tenha como objeto ou resvale sobre a questão ambiental. O interesse público, na seara ambiental, sempre induzirá o parecerista a opinar pela busca intransigente pelo respeito ao equilíbrio ambiental, certo que assim estará agindo no real benefício da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Ed. Lúmen Júris, 7ª Edição, Rio de Janeiro, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Direito Constitucional e Meio Ambiente*. *Revista do Advogado da AASP*, vol. 37. São Paulo, 1992.

- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História – A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, in *Interpretação Constitucional*. 1ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.
- BINENBOJN, Gustavo. *Temas de Direito Constitucional e Administrativo*. 1ª Edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 5ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Edição, São Paulo, 2005.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Princípios Fundamentais do Direito Ambiental*. *Revista de Direito Ambiental*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Administrativo*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2006.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Direito de para Todos*. 2ª Edição, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2008.
- RODRIGUES, Fabrício Gaspar. *Direito Ambiental Positivo*. 1ª Edição, Ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2008.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 3ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente*. Ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1993.

A FORÇA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Tallyta Cilene Santos Leite

Alexsandro Rahbani Aragão Feijó

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo o estudo dos Precedentes Judiciais no Brasil e sua adequação ao ordenamento jurídico. Objetiva analisar a força dos precedentes judiciais, bem como da relação entre a teoria e eficiência do Poder Judiciário diante do Código de Processo Civil de 2015 e da Constituição Brasileira. Nesse sentido é traçado um panorama histórico, a determinação dos seus conceitos fundamentais e dos argumentos determinantes, a partir de um exame da segurança jurídica, isonomia, imparcialidade do juiz, economia de despesas e a consequente eficiência do Poder Judiciário.

O tema dos precedentes judiciais já se tornou de grande relevância em vias de mudança de paradigma do direito processual nacional, sob aspectos trazidos da tradição jurídica do *common law* que aos poucos vão se inserindo a um ordenamento de concepção originalmente civilista; o que não significa uma mudança de sistema jurídico, mas uma adequação à realidade social e às necessidades

evolucionais do direito. A inserção de conceitos estrangeiros, no entanto, gera conflitos diante das peculiaridades do ordenamento em que passa a transitar.

No Brasil, a teoria dos precedentes encontra obstáculos à sua ampla aceitação, originários do pouco conhecimento e estudo de suas peculiaridades tal qual teoria jurídica. Embora, implicitamente, não seja novo no Direito Brasileiro, o instituto e os conceitos a ele inerentes foram incorporados expressamente no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) de forma que é possível inferir a observação obrigatória de determinados precedentes judiciais, diante das balizas elencadas no próprio ordenamento.

Apesar das alterações feitas a fim de democratizar e solucionar os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, o CPC/2015 propõe-se a instituir um novo dever democrático e de efetividade da tutela jurisdicional por força de grandes temas suscitados no recente diploma legal, tais quais se insere a teoria dos precedentes judiciais.

A relação entre a referida Teoria e a autonomia judicial é o ponto de maior recusa à adoção ampla dos precedentes. O estudo sobre o tema não é novo, mas seu interesse perante a comunidade acadêmica ainda é escasso e pouco compreendido. Poucos são os teóricos a tratarem detidamente sobre os mecanismos, peculiaridades, e vantagens dos precedentes ao Poder Judiciário.

Para que se analise a relação entre os precedentes judiciais, a razoável duração do processo e a eficiência do poder judiciário, é necessário entender a teoria dos precedentes.

2 TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

É crescente a importância dos mais diversos pronunciamentos judiciais às atividades jurídicas, às políticas e às sociais diante da omissão legislativa. Desta maneira, ao juiz não cabe apenas interpretar a lei e sim extrair direitos e deveres à luz do ordenamento jurídico como unidade. Apesar de atuar formulando verdadeiras normas jurídicas pelo fato de terem força obrigatória para os demais juízes, a decisão não tem a mesma força e qua-

lidade do produto legislativo, elenca Marinoni (2010). A decisão constitui direito, não lei¹⁴³.

A lei (em seu sentido exegético do século XIX) perdeu a posição central como fonte do Direito e deu lugar à supremacia da Constituição. O juiz então deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dar-lhe dimensão com vistas aos direitos postulados na Constituição, facultando-lhe, quando necessário, negar a vigência da lei quando inconstitucional. De *per si*, a lei não tem a mesma força se não interpretada conforme a Carta Magna e, ainda, à luz dos direitos fundamentais (MARINONI, 2010).

O limite e o contorno dado à lei pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais fazem com que seja ultrapassada a mera legitimação formal. O objetivo necessário é de resgatar a substância da lei e encontrar os instrumentos capazes de conformá-la aos princípios de justiça (MARINONI, 2010).

Um dos pontos característicos de um ordenamento jurídico é a pluralidade de interesses dentro de uma coletividade, cuja solução pressupõe a atuação de uma autoridade, que emana comandos jurídicos seja pela via preventiva (leis), seja pela sucessiva (sentenças ou atos administrativos). Dessa forma, o complexo de normas escritas não esgota o ordenamento jurídico, em que é necessária uma contribuição hermenêutica e argumentativa com vistas a facilitar a mediação entre a lei ou a constituição e a realidade social em que se insere (GRINOVER, 2016).

A teoria do precedente judicial é uma teoria metodológica ligada a uma teoria de argumentação que objetiva tornar racional o processo de aplicação do Direito. A força que lhe é atribuída decorre do princípio da justiça universal, uma vez que se espera que a decisão judicial esteja em sintonia com aquilo que é o entendimento majoritário do juízo ao qual se recorre e, como efeito, ver assegurada a justiça pelo tratamento semelhante de demandas equivalentes (BUSTAMANTE, 2012; NOGUEIRA, 2014).

143 Em países de tradição civilista, por se tratar de interpretação de lei ou da constituição, o direito criado não é novo, equívoco seria afirmação em contrário. Assim, evidencia Marinoni (2010, p. 39): “A circunstância de o precedente ser admitido como fonte do direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz crio o direito a partir da sua própria vontade. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente como fonte do direito, não significa que o judiciário tem poder para criar o direito”.

Desta feita, precedente é o instrumento mediante o qual o magistrado atribui racionalidade a uma certa decisão quanto à matéria de direito, na medida em que o julgador expressa as razões de decidir e, aos moldes da teoria que pretendemos firmar, a utiliza como uma descrição de um resultado de uma dada decisão que é considerada por sua relevância (*precedent case*). Nessa proporção, é estabelecida uma regra abstrata que, para a decisão de um caso particular (*instant case*), passa a ser arguida a fim de exemplificar ou ilustrar, constituindo normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores (BUSTAMANTE, 2012; KELSEN, 1998; LOPES FILHO, 2016; NOGUEIRA, 2014; TARANTO, 2010; TARUFFO, 2014).

2.1 Conceitos fundamentais da teoria dos precedentes judiciais

A fim de que se garanta a efetividade dos precedentes e se reconheça a importância do instrumento para assegurar a efetividade de garantias constitucionais como a isonomia, segurança jurídica, devido processo legal e efetividade da tutela jurisdicional é necessário conhecer seus elementos intrínsecos e os conceitos fundamentais que o norteiam.

A autoridade de um precedente depende do seu elemento hermenêutico/argumentativo, cujo conteúdo será vinculante se decorrente da proposição jurídica aplicável aos fatos controvertidos. Para que se possa delimitar uma teoria dos precedentes, é necessário pontuar o que é considerado como precedente em sentido próprio e, por consequente, seus elementos essenciais, quais sejam, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling* (BAHIA, 2014; MARINONI, 2010).

No sistema do common law, um precedente é dotado basicamente de dois elementos, a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. A *ratio decidendi* se apresenta como a questão nuclear do julgado e o que conceberia a este a força obrigatória, uma espécie de norma necessária à conclusão do julgamento.

A motivação, consubstanciando a *ratio decidendi*, é o elemento do precedente que tem caráter obrigatório e persuasivo, tratando-se da operação

interpretativa¹⁴⁴ utilizada na decisão na qual o pronunciamento não teria sido prolatado da maneira como foi.

Nesse diapasão, Nogueira (2014) elenca que a *ratio* engloba não só o dispositivo da sentença, mas também os fundamentos principais para aquela decisão. Assim, inclui os fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), o raciocínio lógico jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*).

O lugar em que é melhor possível extrair o significado de um precedente é a fundamentação da decisão, uma vez que reflete as razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo (MARINONI, 2013; REDONDO, 2014).

Não é concebível reduzir *ratio decidendi* a ementa ou súmula, a uma regra jurídica de julgamento enunciado pela corte que a emitiu. A consequência dessa redução, é equiparar precedente a lei e voltar-se à ideia exegética e engessada da hermenêutica jurídica, incompatível com o neoconstitucionalismo. O precedente deve abrir o sistema jurídico, ou seja, deve possibilitar a obtenção de novos entendimentos e conclusões.

A ideia de criação do *case law*, base da teoria inglesa dos precedentes judiciais, levou os juristas à necessidade de distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, este último dito como os discursos não autorizativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais.

O conceito de *dictum* é definido por exclusão, em que todas as normas e afirmações que não puderem ser enquadradas no conceito estrito de *ratio decidendi* têm sua autoridade descartada e valem apenas para a força de convencimento que eventualmente possa vir a ter. Valora-se como uma questão secundária, de efeito meramente persuasivo. É uma proposição de

144 "[...] a ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*). É claro que o ato de procurar o significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se confunde com o de interpretar a lei. Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso". (MARINONI, 2013, p. 05)

Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso (BUSTAMANTE, 2012; TARANTO, 2010).

Nesse contexto, Marinoni (2010) explica que os argumentos da *obter dictum* revelam juízos normativos acessórios, provisórios e secundários; impressões ou qualquer elemento jurídico-hermenêutico que não tenham influência relevante para a decisão; opiniões jurídicas adicionais e paralelas, mencionadas incidentalmente pelo juiz, dispensáveis para a fundamentação e para a conclusão da decisão.

No entanto, não é apropriado dizer que o precedente é vinculante no sentido de que origine uma verdadeira e incontestável obrigação, segundo qual o juiz deva acompanhar o precedente. Mesmo no sistema inglês, cujas bases dos precedentes dotam de mais eficácia e aplicabilidade recorrente, técnicas argumentativas, das quais destacamos o *distinguishing* e *overruling* mostram-se presentes a fim de não se considerem vinculados a pretensões que não pretendem seguir (TARUFFO, 2014).

A doutrina do *stare decisis* necessita ser relativamente estável e, desta maneira, tem-se o caráter imperativo dos precedentes e regras para que as razões sejam superadas. Assim, se desenvolvem as técnicas supramencionadas e a seguir estudadas, consolidadas pela prática, tanto para se aplicar quanto para se deixar de aplicar um precedente, de modo a tentar evitar que o julgador posterior ignore os julgados sob alegação de livre convencimento (LOPES, 2016).

Considerado como técnica de confronto, interpretação e aplicação de precedente, o *distinguishing* consiste em uma atividade de cotejo entre o caso sob análise e o precedente paradigma, para avaliar a possibilidade de sua aplicação vinculante. Para que tenha a eficácia vinculante, a *ratio decidendi* fixada no precedente paradigma deve guardar uma pertinência substancial com o caso em julgamento (BUSTAMANTE, 2012; REDONDO, 2014; SERRA JÚNIOR, 2017; TUCCI, 2004).

Já o *overruling*, elencado como técnica de superação do precedente, pode ter efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* e ocorre quando há uma superação do precedente. O *overruling* não significa mera fixação de novos argumentos, são bases hermêuticas com uma carga maior na fundamentação, trazendo argumentos até então não enfrentados, capazes de formar uma nova razão prática.

2.2 O dever de motivação das decisões judiciais

A sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015 busca nortear o magistrado na tomada de decisão, para que consolide uma unicidade coerente das interpretações feitas do ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando os valores de funcionalidade, eficiência e celeridade (CAMBI e FOGAÇA, 2015; MARCATO, 2017).

Decidir com base em precedentes judiciais exige um esforço hermenêutico e uma análise criteriosa com as similitudes fáticas e de direito entre o *precedente case* e o *instant case*. A mera citação, como pressuposto de “celeridade”, nesse caso desprovido de efetividade, não é concebível.

Cambi e Fogaça (2015) asseveram que a análise da *ratio decidendi*, seja quanto a sua compatibilidade ao caso em concreto a ser decidido pelo julgador, quanto ao eventual afastamento (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) exigem, por força da obrigatoriedade dos precedentes, a indicação dos motivos, requerido a partir de um dever constitucional de fundamentação, elencado no artigo 93, inciso IX¹⁴⁵, da CRFB/88.

A fundamentação é a parte da sentença em que é examinado, pelo juiz, as pretensões das partes, buscando resolver as questões de fato e de direito levadas ao Poder Judiciário julgando procedentes ou não os argumentos e teses suscitadas. Na fundamentação é necessário a exposição dos motivos responsáveis pela formação da convicção (ALVIM, 2018).

Nesse ponto, no Código de Processo Civil de 2015, o art. 489, §§1º e 2º é avesso quanto ao uso do que Bueno (2015) denomina como decisões de fundamentação padronizada¹⁴⁶, as quais não há um enfrentamento

145 “Art. 93.[...] IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” (BRASIL, 1988).

146 O art. 489, *caput*, não traz novidades quando comparado ao art.458 do CPC/73, mantem-se a previsão de que a sentença conterá relatório, fundamentos e dispositivo. Já §1º apresenta consideráveis inovações. Cumpre salientar, no entanto, que o rol apresentado pelo art. 489, §1º, é exemplificativo e, se reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença (BUENO, 2015).

dos argumentos e teses levados pelas partes. Uma decisão bem fundada tem como consequência a efetividade dos argumentos, bem como tutela a força normativa da decisão. Indubitavelmente, o aludido artigo proporcionará maior controle racional às decisões cumprindo o papel de alavancar a coerência sistêmica e a integridade do direito, inibindo os solipsismos e os subjetivismos¹⁴⁷.

O artigo 927, §1º, também trata da necessidade de motivação adequada e específica às decisões, bem como da viabilização da oportunidade prévia para manifestação das partes

O CPC opõe-se à prática ainda corriqueira de que seja mencionado o precedente ou Súmula, “quando muito parafraseando-a, ou, mais precisamente, parafraseando o texto de seu *enunciado*, sem fazer qualquer alusão ao que, de concreto, está sendo julgado na espécie e expressamente assegurado pelo §1º do artigo 927” (BUENO, 2015, p. 572)

A motivação, ressalta Cambi e Hellman (2015), tem como destinatários tanto o processo quanto a sociedade. A exigência de explicação clara sobre a relação entre a norma e os fatos relevantes para o julgamento da causa são essenciais à prática judiciária, a fim de evitar decisões arbitrárias ou insuficientemente motivadas que reduzam a legitimação social da jurisdição.

No que cerne a proximidade entre a fundamentação e a *ratio decidendi*, Marinoni (2010) destaca os motivos determinantes como aqueles suficientes para, quando individualizado na fundamentação, mostrar-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão, é, portanto, imprescindível ao posicionamento adotado. Nesse sentido, compõem a *ratio decidendi*.

2.3 A força dos precedentes judiciais

É incontestável o reconhecimento da força obrigatória de observação dos precedentes judiciais. Cumpre ressaltar, entretanto, que ainda que con-

147 Nesse contexto, Câmara (2017, p. 25-26) explicam: “o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz. Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo”.

siderável, é reversível, revogável ou anulável a razão consubstanciada em detrimento de uma formulação mais justa para o caso que se deva decidir.

As bases teóricas que tratam da força dos precedentes advêm dos estudos do direito inglês, e embora nos ordenamentos civilistas, como é o caso do Brasil, o grau de força atribuído ao precedente seja, muitas vezes, menor do que aquele atribuído ao precedente da *common law*, o que é óbvio; nada exclui que existam precedentes tão influentes e persuasivos a ponto de serem impostos aos juízes sucessivos nos países de ordem civilista, mas, de certo, em momento algum se tornam leis, rígidos.

A força atribuída aos precedentes não os equipara a leis, nem as razões para segui-los é a mesma. Para Dworkin (2002), duas forças podem ser apontadas aos precedentes, a força de promulgação e a força gravitacional. A primeira refere-se à força de produção de uma norma em moldes parecidos a uma norma legislativa, já a segunda consistiria em ideias persuasivas, não concebendo a plena vinculação.

Um julgamento que desrespeite a vinculabilidade do precedente e, se for o caso, não apresenta o *distinguishing* e o *overruling* a fim de confrontar e superar o caso paradigma; não está conforme o Direito e, portanto, pode ser revertido.

Bustamante (2012, p. 298) explica que “a força dos precedentes encontra fundamento tanto em razões morais como em razões institucionais em sentido estrito” Uma pergunta pertinente de ser feita é quais fatores determinam ou sustentam a força vinculante do precedente? Quais as razões que levam o *precedent case* a vincular a sua observância em na decisão do *instant case*?

Cinco princípios podem ser apontados como pilares dos precedentes judiciais e da sua efetiva aplicação, quais sejam, a segurança jurídica, a igualdade, a imparcialidade do juiz e, o que nos propomos no presente trabalho, a razoável duração do processo e eficiência do Poder Judiciário.

A segurança jurídica, emblema de um Estado Democrático de Direito é utopicamente apontada como certeza jurídica¹⁴⁸. Tal concepção advêm de uma herança da Revolução Francesa e na crença de que a confiança estrita à lei levaria à impossibilidade de que os juízes produzissem

148 Aqui empregada no sentido de manter o juiz preso à lei, o chamado *judge bouche de la loi*, que significa o juiz boca-da-lei, uma figura antagônica ao de *judge make law*, que se refere ao juiz legislador. (MARINONI, 2010)

decisões incongruentes, ou os propósitos da revolução seriam prejudicados (MARINONI, 2010).

Uma melhor análise da segurança jurídica, no lugar de certeza jurídica, é a de estabilidade e continuidade da ordem jurídica. A ideia de previsibilidade continua, mas o sentido atribuído não é mais o mesmo. A segurança jurídica emanada dos precedentes conta, então, com a previsibilidade de expectativas de direito, um ideal de previsibilidade. Trata-se de estabilidade e um mínimo de continuidade, sem que sejam impostas regras absolutas, que impeçam a evolução do direito. As divergências acerca das normas devem ser uniformizadas, na medida do possível.

O fortalecimento do Poder Judiciário, tal qual denomina-se “judicialização da política”; a imposição, cada vez mais crescente de solução dos chamados *hard cases*¹⁴⁹, bem como a patamar de supremacia alcançado pelas constituições, promove uma grande dependência de estudo e aprofundamento tanto das teorias hermenêuticas, quanto de instrumentos de consolidação das razões apresentadas (OLIVEIRA, 2014).

Ávila (2011) elenca a análise do princípio da segurança jurídica como fato, valor ou norma-princípio. Como fato, a segurança jurídica é resultado de fatos e comportamentos cujo resultado detém previsibilidade; como valor, ideal a ser buscado por determinada sociedade em razão de influências políticas, históricas, econômicas ou sociais; e como norma-princípio, o juízo prescritivo daquilo que deva ser buscado por um ordenamento jurídico, servindo como um direcionamento ao legislador e ao aplicador do direito

A segurança jurídica vem nesse aspecto, como fenômeno de garantia de solidez e uniformidade. É necessária a unidade, integridade e coerência das nossas jurisprudências e somente é possível alça-las se as decisões e os precedentes forem racionalmente justificáveis, uma vez que assumem o papel de tornar a resposta ao requerente equitativa e coerente.

É inegável que há expectativas legítimas quando à questão, mas expectativas de direito não sinalizam direito adquirido. O entendimento contrário não é ilegítimo, é uma faculdade da corte exarar posicionamen-

149 *Hard cases* são casos inéditos, paradigmas, em que o precedente é formado pela primeira vez, sem que haja nem uma regra clara, que estivesse estabelecido anteriormente, por alguma instituição, que servisse de base para orientar a decisão (BUSTAMANTE, 2012; LOPES FILHO, 2016).

to divergente; o ato ilegítimo, contudo, seria em desconsiderar, negar ou ignorar a existência da pacificação trazida aos autos, de modo ao não confrontar o posicionamento anterior, ainda que exarada por órgão de nível hierárquico inferior

Já a igualdade, elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, expressamente delineada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, parte inicial, representa uma baliza ao mesmo tempo em que sustenta a força dos precedentes judiciais (BRASIL, 1988).

A isonomia é intimamente ligada à concepção fundamental da teoria dos precedentes, qual seja, a análise das particularidades do caso e estabelecimento das razões com critérios hermenêuticos e argumentativos (*treat like cases alike*). Os casos não se repetem e as circunstâncias fáticas variam de acordo com as particularidades dos casos que ainda sim podem ser divididos de acordo com suas classes (base fática). Quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver com clareza que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria.

Já a imparcialidade do juiz, pautada do dever de fundamentar, elencado constitucionalmente, além de servir às partes, importa a todos os interessados na legitimidade das decisões judiciais, destacando aquelas de grande repercussão na ordem social (MARINONI, 2010).

Diante de um cenário de interpretações sem que sejam levados em consideração casos análogos julgados anteriormente, não há que se falar em efetividade à instituição do princípio da imparcialidade. Decisões díspares, sem a observância dos pressupostos de superação da *ratio decidendi* do *precedent case*, geram arbitrariedades e parcialidades.

Fundada na neutralidade, a teoria dos precedentes judiciais, uma vez que os fundamentos da decisão são definidos pelo caso concreto, ainda que antes de ter conhecimento das partes no *instant case*, contribui a uma atuação imparcial, atribuindo maior transparência, lisura e confiabilidade na motivação das decisões (OLIVEIRA, 2014).

3 A FORÇA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A razoável duração do processo, garantia constitucional elencada no artigo 5º, LXXVIII da CF/88, é sempre um ponto preocupante à efetiva-

ção de direitos e acesso à justiça, balanceando aspectos de segurança jurídica e efetividade da tutela jurisdicional no decorrer do tempo, uma vez que lida-se com aspectos morais e patrimoniais sensíveis, na maioria dos casos, os quais ensejaram a lide (MARINONI, 2010).

A principal razão para a adoção dos precedentes é a racionalidade que a eles deve ser empregada e o tratamento igualitário a ser aplicado a casos semelhantes. Desta feita, a *ratio* apresenta-se como medida de previsibilidade, dentro dos ditames de segurança jurídica anteriormente explanados, que não se converge em certeza jurídica, mas que auxilia ao alcance da uniformização, estabilidade, coerência e integridade das decisões proferidas (ZANETI JÚNIOR, 2016).

A manutenção de uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, além de garantir uma razoável duração do processo, uma vez que as bases hermenêuticas da decisão já foram construídas, adaptam o processo civil ao constitucionalismo contemporâneo (CUNHA; GOUTHIER, 2018).

A harmonização jurisprudencial, elemento, segundo Vita (2013), necessário à sobrevivência de um dado sistema jurídico apresenta-se com resultado à eficiência e segurança jurídica de um dado sistema jurídico diante da racionalização processo de decidir. A necessidade de racionalização das decisões evidencia-se diante da omissão legislativa e da impossibilidade de universalização das leis ao caso concreto, isto é, somente a lei não é capaz de abarcar todos os casos e de acompanhar os problemas evolucionais sociais. O Poder Judiciário, então, exerce um protagonismo hercúleo, reflexo da progressiva expectativa de solução de todos conflitos pela via judicial; da crise de identidade do Poder Legislativo e do conseqüente abandono da crença na efetividade do texto legislativo.

O excessivo número de recursos, ainda fruto de uma jurisprudência lotérica, leva as partes a tentar a inversão do resultado e conseqüente, reforma da decisão *a quo*. No entanto, se o *precedent case* possui uma base hermenêutica bem consolidada e os tribunais respeitam os precedentes dos tribunais superiores, bem como seus próprios precedentes, e os recursos passam a ser admitidos apenas em casos excepcionais, às partes não há necessidade de prolongar a lide, diminuindo a demora, bem como reduzindo os esforços inúteis de tempo e trabalho da ad-

ministração da justiça em recursos sabidamente infrutíferos (MARINONI, 2010)

Embora pareça utópico, já que não chegamos, ainda, a esse patamar de força dos precedentes no ordenamento pátrio, propõe-se, portanto, que o respeito aos precedentes tornaria desnecessário a interposição de recursos, o que eliminaria as despesas financeiras que dele derivam e as custas de toda a tramitação processual em 2º e 3º graus (MARINONI, 2010).

O reconhecimento de decisões com *ratios* consolidadas e muito bem fundamentadas tornaria difícil a superação desses precedentes e tenderia a diminuir o prolongamento das lides, além de desestimular a litigância.

A economia de despesas, aliada à razoável duração do processo, apontam a uma eficiência do Judiciário. Um processo célere, com custos reduzidos, sem desperdícios denota-se mais eficiente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual Código de Processo Civil brasileiro trouxe inédito regramento acerca dos precedentes e da jurisprudência no direito nacional. Uma inovação, ainda que se compare aos países que adotem o *common law*, uma vez que nestes o sistema de consolidação do *stare decisis* foi paulatino e doutrinário.

Há, nesse sentido, elevação a um patamar de destaque, ainda que já fossem valores implícitos da própria sistemática recursal: a uniformidade e estabilidade das decisões judiciais.

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta problemas, o que não é escuso, mas o erro reside na resistência em mudar acepções por ego ou comodismo, o novo, embora a teoria dos precedentes não seja tão recente, sempre causa estranheza.

A ideia de estabilização da jurisprudência e da inibição recursal com base em ideias herméticas consolidadas e precedentes respeitados dentro do mesmo tribunal ou em outras cortes, pode parecer utópica, uma vez que distante da realidade judiciária brasileira, no entanto é plenamente aceitável e de grande valia para a efetivação de princípios constitucionalmente elencados, como a razoável duração do processo.

O reconhecimento de decisões com *ratios* consolidadas e muito bem fundamentadas tornaria difícil a superação desses precedentes e

tenderia a diminuir o prolongamento das lides, além de desestimular a litigância.

A economia de despesas, aliada à razoável duração do processo, apontam a uma eficiência do Judiciário. Um processo célere, com custos reduzidos, sem desperdícios denota-se mais eficiente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. O PRECEDENTE JUDICIAL EM PARALELO A SÚMULA VINCULANTE: PELA (RE) INTRODUÇÃO DA FATIGIDADE AO MUNDO JURÍDICO. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Cord.). Revista de Processo, ano 39, n. 234, ago. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

- CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-360.
- CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al (Coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 633-658.
- CUNHA, Tiago Gontijo; GOUTHIER, Nathália Gomes Pimenta Fiuza. A valorização dos precedentes judiciais na interpretação da normas constitucionais. In: MIRANDA, Jorge; et al (Coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; et al (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 9, p. 171-189.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas Considerações Sobre a Constitucionalidade do Precedente vinculante Previsto no Código de Processo Civil. **Revista Brasileira da Advocacia**, [S.l.], vol.2, jul – set. 2016. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBA_n.02.04.PDF>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. **OS PRECEDENTES JUDICIAIS no constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2 ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- MARCATO, Giseli Beltrami. O sistema de precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no atual código de processo civil e o prenúncio de mudança de racionalidade no uso de julgados. **Re-**

- vista Eletrônico de Direito Processual.** n.18, set. 2017. Disponível em: < <https://app.vlex.com/#BR.open/vid/701188257>>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista do Ministério Público.** Rio de Janeiro, n. 47, p. 181-237, jan./mar. 2013
- NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual.** ano 23, n. 88, out./dez. Belo Horizonte, 2014.
- OLIVEIRA, José Lúcio Monteiro de. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica:** uma análise da aplicação da teoria no Brasil. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:< www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1213402_2014_completo.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.
- REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. **Revista dos Tribunais.** Revista de Processo: RePro, v. 38, n. 217, p. 401-418, mar. 2014.
- SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa:** RIL, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131>. Acesso em: 12 Abr. 2018.
- TARANTO, Caio Márcio Gutteres. **Precedente Judicial:** Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Civilística**. ano 3, n. 2, 2014. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>>. Acesso em> 15 jun. 2018

VITA, Jonathan Barros. Harmonização e Convergência na Sociedade Contemporânea: Entre os Direitos Internos e o Direito Internacional. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; CARMO, Valter Moura do (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 3, Tomo I, p. 262

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ed. rev. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2016.

LIMITES E POSSIBILIDADES DA FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL: MEIOS E INSTRUMENTOS DE AUXÍLIO À ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA.

Vanessa Vieira Martins

Áurea Gonçalves da Silva

Introdução:

O estudo da temática que envolve a atividade fiscalizatória da Administração Tributária traz à luz os inúmeros questionamentos que a envolvem, principalmente no que tange aos limites dos instrumentos jurídicos utilizados no exercício desta atividade.

Muito embora a administração tributária seja dotada de prerrogativas que são ínsitas à atividade fiscalizatória, inúmeros são os obstáculos e questionamentos utilizados pelos contribuintes para se furtarem às determinações feitas pela Fiscalização, dificultando o seu exercício e causando insegurança jurídica aos agentes públicos.

Daí surge a necessidade de a administração pública aprofundar o estudo do tema, de modo a se perquirir os limites e possibilidades de sua atuação e a utilização de outros mecanismos – incluindo a força policial – para fazer valer a aplicação da legislação tributária.

Neste sentido, tomando-se como base a experiência prática e os questionamentos formulados pelos órgãos de fiscalização à Procuradoria do Município, o presente artigo traz uma breve análise da atividade de fisca-

lização desenvolvida pela Administração Tributária, trazendo à luz breves apontamentos sobre os seguintes subtemas: (i) fiscalização tributária e requisição de força policial; (ii) da ação de exibição de documentos; (iii) da representação fiscal para fins penais e sua regulamentação.

Por fim, o artigo apresentará as conclusões parciais sobre o tema, apontando possíveis caminhos que podem ser seguidos pelos agentes públicos, sem qualquer pretensão de esgotar o tema.

1. Breves notas sobre a Administração Tributária na Constituição e no Código Tributário Nacional

A fiscalização tributária tem como fonte de legitimação constitucional o texto inserido no inciso XVIII do art. 37 da Constituição da República, que confere precedência aos agentes da Administração Fazendária em relação aos demais setores administrativos, reconhecendo a sua essencialidade ao funcionalismo do Estado e à proteção do patrimônio público.

No âmbito da legislação federal, o Código Tributário Nacional reservou um título denominado “Administração Tributária”, em seu art. 194 e seguintes, em que busca regular a atividade, tanto sob a ótica subjetiva, referindo-se aos órgãos e agentes públicos responsáveis pela função administrativa, quanto sob aspecto objetivo, no que concerne à atividade propriamente dita.

De lege ferenda, e seguindo as lições do festejado professor Ricardo Alexandre, a fiscalização tributária é “a mais importante atividade-meio do Estado, pois dos recursos dela advindos dependem todas as atividades-fim estatais, como a prestação dos serviços de segurança, saúde e educação” (ALEXADRE, 2017, p. 608).

A fiscalização tributária tem como escopo a efetivação da tributação e é atividade que deve ser regularmente exercida, em atenção ao princípio da legalidade, sendo oportuno trazer à baila a importante diferenciação entre atividade fiscalizatória e resultado da fiscalização:

Atividade fiscalizatória x resultado da fiscalização. Ocorre, com frequência, confusão entre a atividade de fiscalização tributária e os seus efeitos. A fiscalização é a atividade indispensável à efetivação da tributação, sendo que, a ela, estão sujeitas todas as pessoas.

Já como resultado da fiscalização, poderemos ter o lançamento de créditos tributários e a aplicação de multa. Contra a fiscalização regularmente realizada, em conformidade com as leis e atos normativos, ninguém pode se opor, tendo inclusive o dever de facilitá-la; contra eventuais lançamentos e aplicação de multas, diversamente, o seus sujeitos passivos têm abertas inúmeras vias, nas esferas administrativa e judicial, para deduzir eventual inconformismo (PALSEN, 2017, p. 1250/1251).

A par de toda importância conferida à Administração Tributária, bem como às prerrogativas conferidas pela legislação aos agentes públicos competentes ao seu exercício, o fato é que, na prática, nem sempre a fiscalização tributária consegue cumprir o seu papel, e diversas são as razões para tal: (i) insuficiência de recursos humanos e técnicos que auxiliem o exercício da atividade; (ii) questionamentos dos destinatários da atividade fiscalizatória, que, invariavelmente, alegam a violação de direitos constitucionais por parte dos agentes públicos e se recusam a cumprir as determinações da autoridade fazendária; (iii) dificuldade de acesso aos locais e à obtenção de documentos indispensáveis à fiscalização; (iv) prática de crimes por parte de contribuintes que objetivam se furtar à aplicação da lei tributária.

Diante deste cenário, o artigo abordará aspectos dos limites e possibilidades da atividade fiscalizatória, como se demonstrará a seguir.

2. Fiscalização Tributária e auxílio da força policial

A experiência vem demonstrando que não são raros os casos em que os destinatários da atividade fiscalizatória praticam atos diversos visando a obstaculizar o pleno exercício da atividade fiscalizatória. Tais condutas envolvem, entre outras condutas, a recusa de exibição de documentos obrigatórios, a imposição de obstáculos ao acesso de determinados locais para exame de provas, e até mesmo a prática de crimes de sonegação fiscal e outros delitos contra a ordem tributária.

Assim, considerando que nem sempre o Fisco possui do aparato necessário para conduzir as diligências que envolvam situações como as acima referidas, é de se perquirir sobre a viabilidade do auxílio da força policial em tais casos.

Após estudo sobre o tema, verificou-se que alguns procedimentos podem ser seguidos pelo Fisco para obter acesso aos locais e documentos indispensáveis à sua atuação, sendo possível e, até mesmo recomendável, que os agentes da fiscalização tributária solicitem auxílio da força policial para o exercício de determinadas diligências.

Para melhor adentar a este tema, se faz necessária a análise dos dispositivos legais insertos na Constituição da República e no Código Tributário Nacional, vejamos:

Art. 145.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Art. 200. As **autoridades administrativas** federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, **e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária**, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção. (negrito e grifado)

O dispositivo possibilita que as autoridades administrativas federais possam requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal e, pela expressão “e reciprocamente”, permite que as autoridades administrativas estaduais e municipais também possam requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, em verdadeiro exemplo de federalismo cooperativo.

Não há uma necessária vinculação entre o ente que atua e a polícia que ele pode requisitar, sendo perfeitamente possível que o Município, v.g, requisite o auxílio da Polícia Federal para determinada diligência, mormente por se tratar de situações de urgência, em que não haja tempo hábil para requisitar a Polícia Militar, ou em situações em que haja suspeita de cometimento de crimes investigados pela Justiça Federal.

No entanto, em virtude da facilidade de comunicação e maior compartilhamento de recursos humanos e materiais, o ideal é que as autoridades federais requisitem auxílio à polícia federal e que as autoridades estaduais e municipais solicitem auxílio junto à Polícia Militar.

A requisição de força policial tem lugar nas seguintes hipóteses:

- (i) quando as autoridades administrativas são vítimas de embaraço ou desacato no exercício das suas atribuições;
- (ii) quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção;
- (iii) quando há suspeita ou indícios de cometimento de crimes.

Assim, se a autoridade fiscal, quando do exercício das suas atribuições, é vítima de desacato ou outro crime, é cabível o auxílio de força policial, não só para que o delito seja presenciado e posteriormente autuado pela Polícia, mas também para paralisar uma ocorrência de flagrante delito, situação que poderá dar ensejo a uma prisão em flagrante.

A propósito, não se desconhece que a legislação de regência permite que qualquer um do povo possa paralisar uma situação de flagrância, ex vi do que dispõe o art. 301 do CPP. No entanto, nestes casos, é recomendável que a ocorrência seja presenciada e atuada pela Polícia, de modo que eventual investigação possa ser instaurada, se for o caso.

A autoridade administrativa também poderá requisitar o auxílio da atividade policial em caso de embaraço à fiscalização, e nas situações em que se faça necessário adotar medida prevista na legislação tributária. Em tais hipóteses, contudo, é importante considerar que a força policial só deve ser utilizada em casos excepcionais, em que a Administração Pública já tenha se utilizado de recursos humanos e materiais próprios sem que tenha sido bem-sucedida, e desde que a diligência se faça indispensável no caso concreto, em atenção ao princípio da proporcionalidade e respeitadas as garantias individuais do contribuinte.

Não é demais lembrar que a Fiscalização Tributária está investida de poder de polícia e, como tal, não pode agir divorciada dos princípios norteadores da Administração Pública, plasmados do art. 37, caput, da Constituição da República.

Assim, mesmo nas hipóteses em que a lei autoriza o auxílio da atividade policial, é necessário que a Administração só o faça como última ratio, na hipótese em que a diligência se mostre efetivamente necessária para o fim almejado, e desde que não haja alternativa menos invasiva e útil ao caso concreto.

Importante ressaltar que a competência para exercer a fiscalização tributária é privativa dos agentes fiscais federais, estaduais e municipais. Assim, o auxílio policial, se utilizado, deverá ser feito para viabilizar a atividade de fiscalização que deverá ser realizada exclusivamente pelos fiscais municipais, uma vez que os agentes policiais não possuem competência para realizar a fiscalização tributária.

Destaque-se que, em se tratando de diligências que envolvam visita à domicílio, tal como pode ocorrer com procedimentos de fiscalização de tributos imobiliários, é preciso respeitar o que dispõe a Constituição da República sobre a inviolabilidade do domicílio:

Art. 5º (...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Como se vê do dispositivo constitucional, em regra, nenhuma autoridade fiscal poderá ingressar no domicílio do contribuinte sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou, durante o dia, por determinação judicial. Dessa forma, a única hipótese em que a autoridade fiscal poderia, em tese, ingressar no domicílio do contribuinte sem o seu consentimento é na hipótese de flagrante delito. Entretanto, mesmo nesse caso, não deverá a Fiscalização ingressar no domicílio do contribuinte sem o seu consentimento, ainda que acompanhado de reforço policial. Explico.

É muito difícil a configuração da flagrância nos crimes contra a ordem tributária. Dessa forma, se comprovado o ingresso no domicílio do contribuinte fora as hipóteses permitidas pela Constituição, o agente público responsável estará sujeito aos crimes de violação de domicílio (art. 150, CP), excesso de exação (art. 316, § 1º, CP), violência arbitrária (art.

322, CP), além de sanções civis e administrativas. Veja-se interessante julgado do STF a respeito do tema:

EMENTA: Fiscalização tributária. Apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada, em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais, sem mandado judicial. Inadmissibilidade. Espaço privado, não aberto ao público, sujeito à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI). Subsunção ao conceito normativo de “casa”. Necessidade de ordem judicial. Administração pública e fiscalização tributária. Dever de observância, por parte de seus órgãos e agentes, dos limites jurídicos impostos pela Constituição e pelas leis da República. Impossibilidade de utilização, pelo Ministério Público, de prova obtida em transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar. Prova ilícita. Inidoneidade jurídica. habeas corpus deferido. Administração tributária. Fiscalização. Poderes. Necessário respeito aos direitos e garantias individuais dos contribuintes e de terceiros. (HC 82.788/RJ, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. em 12-04-2005).

Ressalte-se, ainda, que as provas coletadas com violação dos limites impostos às autoridades administrativas no exercício da fiscalização são nulas para efeitos de lançamento tributário, pois tal procedimento não pode basear-se em prova obtida por meios ilícitos, ex vi do que dispõe o art. 30 da Lei nº 9.784/99, aplicável, por analogia, no âmbito municipal.

Dessa forma, é necessário que, diante de situações em que é cabível o auxílio de reforço policial, a Fiscalização adote os seguintes procedimentos:

- 1) Em caso de necessidade de se analisar documentos que estejam em poder do contribuinte, deve-se realizar notificação pessoal do contribuinte antes de se realizar o procedimento in loco, concedendo-lhe prazo razoável para que apresente a documentação solicitada;
- 2) Em não havendo resposta, deve-se renovar a intimação, concedendo-lhe novo prazo, com a advertência de que a primeira no-

tificação não foi cumprida e que seu descumprimento ensejará a imposição de penalidades;

- 3) Não havendo resposta, recomenda-se que a Fiscalização compareça in loco, para exigir a documentação necessária;
- 4) Havendo resistência, o fiscal deve alertar o contribuinte de que a documentação de posse do mesmo deverá ser exibida e que a recusa ensejará a imposição de penalidades. Em permanecendo a recusa, o fiscal deverá avaliar a necessidade de buscar auxílio junto aos agentes da Prefeitura para dar prosseguimento à diligência;
- 5) Caso haja o cometimento de crimes por parte do contribuinte, tal como desacato, ou uso de violência ou colocação de obstáculo para impedir a atuação da Administração Tributária, é recomendável que a Fiscalização formule auxílio à Polícia Militar, para evitar a ocorrência de fatos mais graves e para que se instaure o devido Registro de Ocorrência;
- 6) Em se tratando de diligências que ocorram no domicílio do contribuinte, a fiscalização não deverá ingressar no imóvel sem consentimento do morador em qualquer hipótese;
- 7) Nesse caso, a autoridade responsável pela diligência deverá avaliar a imprescindibilidade do documento e, se for o caso, deverá instruir os autos e encaminhá-los à Procuradoria Geral do Município, que avaliará a medida processual pertinente.

Veja-se, ainda, que a legitimidade para realizar esta solicitação junto aos órgãos de segurança pública é da autoridade que preside a diligência, não se fazendo necessária a edição de diploma legal que regulamente tal situação.

No entanto, caso se opte por fazer uma regulamentação, o veículo a ser utilizado vai depender do conteúdo do ato. Caso se trate de regulamentação de matéria procedimental, recomenda-se a utilização do Regulamento, tendo em vista o que dispõe o art. 100, I, do CTN, entretanto, caso trate de regulação de matéria versada no art. 97 do CTN, bem como a criação de direitos e obrigações por parte dos contribuintes, a regulação deverá ser feita por lei, em atenção ao princípio da legalidade, nos termos do disposto no art. 150, I, da Constituição da República, combinado com o art. 3º do CTN .

3. Da ação de exibição de documentos

Casos há em que a Administração Tributária não pretende se utilizar do aparato policial para obter documentos, sendo certo que nem sempre o auxílio da força policial é o caminho mais efetivo para a concretização de determinado objetivo. Isso porque, em determinadas hipóteses, objetiva-se o acesso a determinado documento ou prova que, diante da sua peculiaridade ou veículo em que está inserida (v.g. arquivos inseridos em sistemas de informática), requer a realização de diligência específica ou mesmo a sua exibição pelo próprio fiscalizado, o que pode demandar o ajuizamento de ações judiciais por parte do órgão jurídico do ente fiscalizador.

Diante deste cenário, é comum que a fiscalização questione acerca dos procedimentos a serem seguidos para que o Fisco possa realizar o ajuizamento de ação judicial para ter acesso aos documentos indispensáveis à sua atuação.

Em caso de recusa de exibição da documentação necessária por parte do contribuinte, a Procuradoria do ente poderá ingressar com ação judicial ou outra medida de caráter cautelar para tentar obter a documentação necessária. No entanto, para que se configure o desejável interesse de agir, é necessário que o agente fiscal demonstre que a documentação não pôde ser obtida através de procedimento fiscalizatório, embora tivessem sido tomadas todas as medidas para tal.

Além disso, é necessária a demonstração da imprescindibilidade do documento e que o mesmo se encontra em poder do contribuinte, que recusa a fornecê-lo à Administração Tributária.

Note-se que não é necessária a edição de ato normativo para que o Município (ou outro ente político) ingresse com medidas processuais para obtenção de documentos. A matéria vem regulada no Código de Processo Civil, sendo certo que manejo de ações judiciais deverá ser avaliado caso a caso pela Procuradoria Geral do Município.

4. Da Representação Fiscal para Fins Penais e sua Regulamentação

Considerando-se o possível cometimento de crimes por parte dos contribuintes e destinatários da norma tributária, é necessário se perquirir

se os agentes fiscais poderão promover a devida representação de tais delitos para as autoridades competentes.

À evidência, em tomando conhecimento de possíveis delitos envolvendo a arrecadação de tributos, os agentes públicos possuem o dever de noticiá-los às autoridades competentes, o que poderá ser realizado por meio da Representação Fiscal para fins Penais.

No que tange a este tema, um dos maiores questionamentos diz respeito a necessidade de edição de lei para regulamentar o exercício desta representação no âmbito municipal. Neste sentido, a resposta é não, não é necessário. No entanto, é extremamente recomendável que a Administração Pública o faça, a fim de uniformizar procedimentos e transmitir segurança jurídica para o contribuinte.

Recomenda-se que matéria tenha previsão no Código Tributário Municipal. Além disso, aconselha-se a expedição de Decreto, por ser espécie de ato administrativo normativo, em que se designará o órgão responsável pelo encaminhamento da Representação Fiscal ao Ministério Público Estadual ou Federal, a depender do caso concreto, além de Portaria ou Instrução Normativa, para fixar normas internas com vistas a uniformizar os procedimentos da Administração Tributária necessários à representação.

No âmbito federal, por exemplo, a matéria tem previsão no art. 83 da Lei nº 9.430/1996, no Decreto nº 2.730/1998 e Portaria RFB Nº 2439/2010.

Ademais, é de bom alvitre que as estruturas da Administração Tributária do Município dialoguem com outras instituições no sentido de afinar estratégias de combate à sonegação fiscal e fomento à arrecadação municipal. Com efeito, a regulamentação dos procedimentos em matéria fiscal demonstra preocupação da Administração Municipal em recuperar o crédito público e recrudescer a arrecadação, de acordo com as diretrizes fixadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Todavia, é importante que as instituições caminhem juntas para que os objetivos pretendidos sejam alcançados, o que pode ocorrer até mesmo por intermédio de instrumentos de cooperação técnica, convênios e afins.

Um outro ponto relevante diz respeito ao cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Municipal, já que alguns Municípios não exigem, para entrada em seus quadros, a graduação em direito. Desse modo, diante da possibili-

dade de se realizar o envio direto da representação ao Ministério Público, questiona-se: seria prudente que houvesse apoio técnico da Procuradoria Geral do Município nestas ações? Em caso afirmativo, como deveria se dar esse apoio?

Considerando as indagações, salienta-se que a intervenção da Procuradoria Geral do Município deve ser analisada no caso concreto. Isso porque, a Representação Fiscal para Fins Penais não requer certeza inequívoca de que o crime tenha sido praticado, servindo apenas de peça de informação para que o Ministério Público apure os fatos e, sendo o caso, formule denúncia junto ao Poder Judiciário.

Dessa forma, a maior preocupação deve ser com o suporte probatório que deve instruir a Representação e que consistirá nas provas colhidas pela Fiscalização. As questões relativas ao enquadramento da infração ao tipo legal serão analisadas pelo Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia ou do arquivamento do inquérito eventualmente instaurado.

No entanto, caso haja dúvida quanto ao enquadramento do fato ao tipo penal ou mesmo sobre a ocorrência de crime, a Procuradoria do Município poderá se manifestar em consulta a ser formulada, que deverá ocorrer após o término do processo administrativo fiscal e parecer da Secretaria de Economia e Finanças, caso houver.

5. Considerações finais.

Conclui-se, portanto, que é possível que as autoridades administrativas requisitem auxílio policial quando são vítimas de embaraço ou desacato no exercício das suas atribuições ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção;

Em se tratando de ocorrência de crimes, não é só possível como recomendável que a fiscalização formule requisição de auxílio de força policial, para que a ocorrência seja registrada e para que se instaure o devido procedimento investigativo, se for o caso.

No entanto, a intervenção policial é medida excepcional, que só deverá ser utilizada se o ente público não lograr êxito em realizar a diligência por intermédio dos seus próprios agentes fiscais. Deve-se avaliar, no caso concreto, se a medida é proporcional, adequada e necessária ao objetivo

almejado. Dessa forma, em havendo outro meio menos invasivo e igualmente útil, deve-se optar por este último.

O procedimento de fiscalização deve observar as etapas legais e progressivas, devendo, sempre, prestigiar a notificação do contribuinte com a concessão de prazo razoável para a apresentação da documentação necessária antes da diligência *in loco*.

Caberá à Procuradoria do Município avaliar as hipóteses em que deverá ingressar com medidas processuais para obter a documentação necessária e não obtida via fiscalização, sendo certo que a matéria já se encontra regulamentada na legislação processual de regência.

Desta forma, a Representação Fiscal para fins penais não precisa de exame prévio da Procuradoria Geral do Município para ser realizada, tendo em vista que seu conteúdo consiste, essencialmente, nas provas colhidas pela fiscalização no exercício de sua atividade.

As questões atinentes à capitulação e ao enquadramento do fato ao tipo penal serão devidamente reavaliadas pelo Ministério Público. Todavia, em caso de dúvida, a Procuradoria Geral do Município poderá ser instada a se manifestar por meio de procedimento de consulta a ser formulada pelo Secretário da respectiva Pasta.

Referências Bibliográficas.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 11^a ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2017.

BRASIL, Código Tributário Nacional (CTN), Lei n. 5.172. Brasília. 1966.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (CF). Brasília. 1988.

BRASIL, Decreto Lei n. 2.730 de 10 de agosto de 1988, publicado no D.O.U em 11 de agosto de 1988.

BRASIL, Decreto Lei n. 2.848, Código Penal. Brasília. 1940.

BRASIL, Lei n. 9. 430 de 27 de dezembro de 1966, publicado no D.O.U em 30 de dezembro de 1966.

BRASIL, Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999, publicado no D.O.U em 1º de fevereiro de 1999, retificado em 11 de março de 1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 82.788/RJ, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. em 12-04-2005).

PAULSEN. Leandro. Constituição e Código Tributário Comentados à luz da doutrina e jurisprudência. 18º ed. Ed. Saraiva Jur, 2017.

O PROCESSO DE CRIAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CORDEIRÓPOLIS/SP – JUNHO DE 2016 A JULHO DE 2019

Marco Antonio Magalhães dos Santos

INTRODUÇÃO

Com origem etimológica no latim, a palavra prerrogativa é definida como “direito especial, inerente a uma função ou profissão”, sendo que, no caso específico da Advocacia Pública Municipal, o exercício das prerrogativas está diretamente vinculado ao nível de organização da carreira em âmbito local.

Assim, quanto mais organizada a carreira em âmbito local, inserida num órgão jurídico permanente, mais condições haverá para o exercício das prerrogativas profissionais, o que conduzirá a uma maior proteção do erário municipal, e à viabilização de políticas públicas alinhadas à ordem jurídica vigente, representando melhorias para a sociedade.

Nesse sentido, MOREIRA NETO (2005) afirma que o Estado e a Advocacia de Estado seriam projeções institucionais permanentes de toda a sociedade, o que nos remete à compreensão de que o exercício pleno das prerrogativas da Advocacia Pública se apresenta como um imperativo, com vistas à satisfação do interesse público, por meio da organização da carreira pública.

No Estado de São Paulo tem havido embates em busca da independência técnica do Advogado Público Municipal, buscando o fortaleci-

mento da carreira, especialmente por meio do combate judicial das leis que vinculam o Procurador Municipal a uma Secretaria Municipal, geralmente com a terminologia de Secretaria Municipal de Negócios ou de Assuntos Jurídicos, entendendo tal condição como uma subordinação intelectual do exercício da Advocacia de Estado.

O resultado dessas ações judiciais tem representado administrativamente a desvinculação de Procuradores Municipais a uma Secretaria Municipal, ou mesmo a desvinculação hierárquica com o agente político ocupante do cargo de Secretário Municipal, uma vez que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade têm sido julgadas procedentes ou parcialmente procedentes, mas não têm conduzido necessariamente à criação de órgãos jurídicos organizados e autônomos, gerando uma situação inusitada, uma espécie de “vácuo institucional”.

No entanto, há casos em que a decisão advinda do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aliada à luta institucional em outras frentes de atuação, tem conduzido à criação de Procuradoria Geral do Município (PGM), na qualidade de órgão jurídico permanente, integrante do primeiro escalão da estrutura administrativa, com independência técnica, e com chefia advinda da carreira pública.

Por assim ser, o presente trabalho busca relatar a história de criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis, no interior do Estado de São Paulo, como um referencial importante na organização da carreira em âmbito local, que se apresenta como condição “*sine qua non*” para o exercício pleno das prerrogativas da Advocacia Pública.

O MUNICÍPIO DE CORDEIRÓPOLIS/SP

O Município de Cordeirópolis está localizado no Estado de São Paulo, a uma distância de 160 km (cento e sessenta quilômetros) da Capital, com população estimada em 23.517 (vinte e três mil quinhentos e dezesseis) habitantes, distribuídos numa área de aproximadamente 137 (cento e trinta e sete mil) Km².

A cidade é um dos principais entroncamentos rodoviários do Brasil, sendo o ponto de encontro entre a Rodovia Anhanguera (SP-330), a Rodovia Washington Luís (SP-310) e a Rodovia dos Bandeirantes (SP-348).

Possuindo IDH-M de 0,758 (alto), e PIB per capita de R\$ 82.176,10 (oitenta e dois mil cento e setenta e seis reais e dez centavos), Cordeirópolis ostenta economia diversificada, entre agricultura, pecuária, indústria e setor de prestação de serviços.

Neste ano de 2019, Cordeirópolis entrou para o seletto grupo das 200 (duzentas) cidades que mais exportaram no Brasil, ocupando a posição de 196º (centésimo nonagésimo sexto), com um montante de US\$ 116,75 milhões.

Comparado com Municípios paulistas de pequeno porte, Cordeirópolis se apresenta de forma diferenciada, com potencial significativo, o que demanda organização administrativa, planejamento de ações, gestão especializada, e controle interno sistematizado.

Nessa esteira, a criação de um órgão jurídico permanente, com independência funcional, apto à viabilização de políticas públicas alinhadas à ordem jurídica, se faz de rigor.

A LUTA DOS PROCURADORES MUNICIPAIS DE CORDEIRÓPOLIS/SP

Pertencentes à primeira geração de Advogados Públicos de Cordeirópolis, os 2 (dois) Procuradores Municipais (Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos e Dra. Grasiella Boggian Levy) ingressaram na Prefeitura Municipal no ano de 2008¹⁵⁰, por meio de concurso público, encontrando um cenário hostil para o exercício da Advocacia Pública, na medida em que existiam advogados comissionados, contrato de escritório de advocacia, e contrato de empresa com atuação jurídica.

Desde o início, a Advocacia Municipal de Cordeirópolis caracterizou-se pela união entre os Procuradores e pela consciência destes de que deveriam lutar, com o intuito de fazer valer a ordem jurídica vigente, especialmente quanto ao controle interno dos atos públicos, encontrando, por óbvio, desafios que deveriam ser superados.

Dentre tais desafios, destaca-se a questão do recebimento dos honorários advocatícios, até então inexistentes em Cordeirópolis, cuja luta dos Procuradores Municipais culminou na aprovação da Lei Municipal nº

150 Gestão do prefeito Carlos Cezar Tamiazo (2005/2008 e 2009/2012)

2580/2009, que regulamentou o recebimento de honorários administrativos e judiciais.

Porém, o processo de avanço institucional, nas condições até então existentes, acabou chegando ao limite, razão pela qual os Procuradores Municipais entenderam que deveriam buscar outros caminhos, o que conduziu o Procurador Municipal, Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos, à filiação na Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), no ano de 2011, como forma de dar início a uma nova fase de organização da carreira pública.

Em que pese o contato com a ANPM permanecer ainda distante, os Procuradores Municipais de Cordeirópolis buscavam informações sobre a organização da carreira, até que, em 2016, a partir do material coletado pelo 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal¹⁵¹, houve a criação de um grupo de WhatsApp envolvendo os Procuradores Municipais de todo o Brasil, e outro grupo com os Procuradores Municipais do Estado de São Paulo, sendo uma iniciativa do então Delegado Estadual da ANPM, Dr. Rafael Prandini Rodrigues¹⁵², que também integrava a Comissão da Advocacia Pública (CAP) da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo.

Tal episódio acabou se apresentando como o divisor de águas em âmbito local, na medida em que aproximou a ANPM e a CAP OAB/SP dos Procuradores Municipais de Cordeirópolis, coincidindo com o entendimento de que seria necessário aprofundar o processo de avanço, saindo da zona de conforto então conquistada, para a mudança do “status quo”.

DALRYMPLE (2016) nos mostra que há pessoas que não estão dispostas a arriscar muita coisa em nome de princípios, até porque a hipocrisia e a dissimulação mantêm fortes os sistemas sociais, e, por vezes, a honestidade intelectual conduz a situações de tensão, mas os Procuradores Municipais de Cordeirópolis estavam convictos naquele momento de que deveriam arriscar em nome dos princípios que norteiam a atuação jurídica, o que conduziu ao início real da luta em prol da organização da carreira pública no Município de Cordeirópolis.

151 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil/Clarice Corrêa de Mendonça, Raphael Diógenes Serafim Vieira, Nathália França Figueiredo Porto-Belo Horizonte: Fórum, Herkenhoff & Prates. 2018.

152 Procurador Municipal em Guarulhos/SP.

Dessa forma, por provocação dos Procuradores Municipais, em junho de 2016, a ANPM encaminhou ofício¹⁵³ ao prefeito municipal da época¹⁵⁴, assinado pela presidente, Dra. Geórgia Campello¹⁵⁵, pugnando pela organização da Procuradoria Geral do Município, bem como pela realização de concurso público para preenchimento da terceira vaga de Advogado Público, com vistas ao fortalecimento da atuação jurídica local.

Porém, o chefe do poder executivo da época não ficou sensibilizado com a proposta de fortalecimento da Advocacia Pública, preferindo manter a estrutura de “advocacia comissionada”, em desconformidade com a ordem jurídica.

Por essa razão, os Procuradores Municipais encaminharam a questão para a Seção Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP), que, por meio da Comissão da Advocacia Pública (CAP), então presidida pelo Dr. Carlos Figueiredo Mourão¹⁵⁶, viabilizou parecer jurídico sobre o caso em comento¹⁵⁷, com relatoria do Dr. Rafael Prandini Rodrigues, conduzindo ao entendimento de que a questão deveria ser remetida para a Procuradoria Geral de Justiça (PGJ), como representação da OAB/SP, o que ocorreu em setembro de 2016.

No entanto, em janeiro de 2017, quando da mudança do governo municipal, houve a revogação da Lei Complementar Municipal nº 139/2009 (organização administrativa municipal), que havia sido o objeto da representação da OAB/SP, dando azo à extinção da investigação na Procuradoria Geral de Justiça.

Não obstante, antes da extinção do procedimento administrativo, o Procurador Municipal de Cordeirópolis, Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos, tratou de encaminhar aos autos do procedimento a lei municipal aprovada no início do ano de 2017, com a nova estrutura administrativa municipal, sustentando a manutenção da situação de inconstitucionalidade

153 Ofício nº 111/2016/ANPM, datado de 22 de junho de 2016, Assunto: Valorização da Advocacia Pública do Município de Cordeirópolis.

154 Amarildo Antonio Zorzo, prefeito municipal de Cordeirópolis, gestão 2013/2016.

155 Procuradora Municipal de Salvador/BA.

156 Procurador do Município de São Paulo/SP.

157 Processo 7130.2.160714.3775/2016; Assunto: solicitação de manifestação pela OAB/SP, acerca da edição de lei municipal que prevê cargos em comissão com atribuições típicas da advocacia pública.

apresentada na representação da OAB/SP, muito embora tivesse passado a constar na lei a terminologia de Procuradoria Municipal para designar os Procuradores Municipais.

Nessas condições, a Procuradoria Geral de Justiça acolheu o caso de Cordeirópolis, tratando de dar sequência à investigação, ingressando com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em julho de 2017, em face de determinados artigos constantes na Lei Complementar Municipal nº 237/2017, que previa a Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos, buscando retirar funções jurídicas da pasta municipal e do agente político responsável, bem como obstar a subordinação hierárquica da Procuradoria Municipal, com vistas ao fortalecimento dos Advogados Públicos¹⁵⁸.

Paralelo à tramitação da ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000, houve representação do Procurador Municipal de Cordeirópolis, Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos, na Promotoria de Justiça de Cordeirópolis (PJ de Cordeirópolis), em janeiro de 2018, com o intuito de obstar o exercício ilegal da advocacia pública em âmbito local, culminando na abertura de Inquérito Civil nº 14.0243.0000205/2018-8.

Com base no pressuposto de que a Advocacia Pública deve ser exercida por profissionais recrutados pela via do concurso público, com a nobre missão de zelar pela incolumidade dos interesses públicos primários, exige-se do Estado de Direito um mínimo de proteção institucional à carreira pública (CASTRO-2009), sendo justamente esta proteção que se pleiteou da Promotoria de Justiça de Cordeirópolis no ato de representação, sustentando que a luta dos Procuradores Municipais de Cordeirópolis deveria envolver todos os operadores do direito comprometidos com a atuação republicana e com o Estado de Direito.

Num outro plano, como forma de fortalecer ainda mais a luta, o Procurador Municipal de Cordeirópolis, Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos, promoveu a articulação regional, culminando na criação da Associação Regional dos Procuradores Municipais (ARPM Anhanguera), em maio de 2018, juntamente com Procuradores Municipais de Araras, Cordeirópolis, Pirassununga, Santa Cruz da Conceição, Santa Cruz das Palmeiras, e Santa Rita do Passa Quatro, cidades localizadas ao longo da Rodovia Anhanguera, sendo eleito presidente da entidade.

158 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135099-15.2017.8.26.0000, em trâmite pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ADI Nº 2135099-15.2017.8.26.0000

Por entender que seria inconstitucional qualquer ato de subordinação intelectual no exercício da Advocacia de Estado, o Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a inconstitucionalidade da organização do órgão jurídico local, constante na Lei Complementar Municipal nº 237/2017 (lei da estrutura administrativa da Administração Direta)¹⁵⁹, estabelecendo que a Advocacia Pública de Cordeirópolis deveria se vincular somente ao órgão jurídico que ela integra, qual seja, a Procuradoria Municipal, formada por advogados públicos concursados.

Além disso, entenderam os nobres Julgadores que a tarefa de assessoria, consultoria e representação jurídica nos Municípios estaria reservada aos profissionais de carreira na advocacia pública, investidos mediante aprovação em concurso público.

A decisão ocorreu em sessão de julgamento do Órgão Especial, no dia 24 de outubro de 2018, ocasião em que foram apreciados os Embargos de Declaração interpostos pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que se originou da Ação Direta de Inconstitucionalidade também proposta pelo Procurador-Geral de Justiça.

O fato concreto é que essa decisão do Egrégio Tribunal Bandeirante fortaleceu o conteúdo do Inquérito Civil nº 14.0243.0000205/2018-8, em que havia notícia da existência de uma espécie de “procuradoria jurídica paralela e/ou clandestina” em âmbito local.

Em outras palavras, a aludida decisão reconheceu que não deveria existir “órgão jurídico paralelo e/ou clandestino” no Município de Cordeirópolis, e muito menos deveria existir atuação jurídica de “confiança do prefeito”, porque a Advocacia Pública deveria se vincular ao Estado e não ao Governo.

159 Declaração de inconstitucionalidade dos incisos I, III, IV, V, VI, VII, X, XV e XVIII, do artigo 27, devendo, ainda, ser conferida interpretação conforme a Constituição no que tange ao artigo 26, inciso II, e da expressão “é órgão diretamente vinculado à Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos” contida no artigo 28, da Lei Complementar nº 237/2017, do Município de Cordeirópolis.

A verdade é que a existência de “advocacia paralela e/ou clandestina” em âmbito local seria empecilho para a organização e o fortalecimento da Advocacia de Estado, porque os interesses de grupos (representados pela “advocacia paralela e/ou clandestina”) acabariam se sobressaindo sobre os interesses de Estado (representados pela Advocacia Pública), e o sucateamento do órgão jurídico oficial seria condição “*sine qua non*” para esse processo.

Tal decisão foi protocolizada no inquérito civil, dando origem a uma recomendação administrativa encaminhada ao prefeito municipal em janeiro de 2019, por parte do representante do Ministério Público local, pugnando pelo integral cumprimento ao Acórdão da ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000, e que se abstivesse de delegar a servidores titulares de cargos em comissão as atribuições típicas da Advocacia Pública Municipal, com a ressalva de que em caso de não acatamento, seriam adotadas medidas legais e judiciais necessárias a fim de assegurar a implementação e cumprimento da decisão do C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inclusive com o ajuizamento da ação civil pública cabível, sem prejuízo da ação de improbidade administrativa¹⁶⁰.

Como forma de fortalecer a luta institucional, chamando a atenção dos colegas de classe para a matéria em questão, durante esse processo de luta local, mais especificamente em novembro de 2018, o Procurador Municipal de Cordeirópolis, Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos, conseguiu aprovar enunciado no XV Congresso Brasileiro de Procuradores Municipais, realizado em Belo Horizonte/MG, com a seguinte redação:

“Enunciado 327 (AI VI): PROCURADOR MUNICIPAL. ESTRUTURA ADMINISTRATIVA. PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO. ADEQUAÇÃO. A representação judicial e a consultoria jurídica municipal são tarefas reservadas aos Procuradores Municipais, organizados administrativamente na forma de Procuradoria-Geral do Município, órgão com status de Secretaria Municipal dotado de autonomia orçamentária, sendo

160 Recomendação Administração datada de 29 de janeiro de 2019.

incompatível a existência na estrutura administrativa municipal de Secretaria Municipal com atribuições jurídicas (CBPM – 2018)¹⁶¹.

Nesse contexto, restou fortalecida a tese de criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis, que a essa altura já vinha sendo discutida pelos Procuradores Municipais em âmbito local, seja com o novo prefeito municipal¹⁶², seja com a Promotoria de Justiça de Cordeirópolis, sob a lógica de atuação jurídica especialmente voltada à defesa do erário municipal, com a defesa dos direitos fundamentais do cidadão cordeiro-polense, mas também como respaldo jurídico para a viabilização das políticas públicas locais, da forma que preconiza a ordem jurídica pátria.

A FIXAÇÃO DA TESE POR PARTE DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Há que se pontuar que o julgamento de procedência da ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000 não se apresentou como uma decisão isolada, mas como uma tendência ocorrente no Estado de São Paulo, provocada pela posição institucional da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ), consagrada no Enunciado nº 35, conforme se observa:

ENUNCIADO nº 35:

“CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CARGOS EM COMISSÃO. ADVOCACIA PÚBLICA As atividades da Advocacia Pública (assessoria e consultoria a entidades e órgãos da Administração Pública), inclusive sua Chefia, são reservadas a profissionais recrutados por concurso público”¹⁶³

161 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS. Enunciados. Disponível em <<https://anpm.com.br/painel/biblioteca/621>>. Acesso em 11 ago 2019.

162 José Adinan Ortolan, prefeito municipal de Cordeirópolis, gestão 2017/2020.

163 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Enunciados. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/sumulas_de_entendimento. Acesso em 11 ago 2019.

Tal enunciado acabou por gerar uma quantidade significativa de Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face de leis municipais que autorizariam a presença de “advogados comissionados” nos órgãos públicos municipais, mesmo que em cargos de chefia.

Não por acaso, em fevereiro de 2019 o Órgão Especial do Egrégio Tribunal Bandeirante acabou por fixar o entendimento de que os Municípios estão sujeitos ao regramento dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual, por simetria¹⁶⁴, razão pela qual os cargos de direção da advocacia pública municipal devem ser preenchidos por servidores da carreira de Procurador Jurídico, decisão constante do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 2229223-53.2018.8.26.0000, conforme se especifica:

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas IRDR tirado de ação direta de inconstitucionalidade de lei nº 2095475-22.2018.8.26.0000, alegando os autores que a controvérsia cinge-se unicamente ao exercício do cargo de chefia dos órgãos da advocacia pública. Órgão Especial desta Corte que fixou entendimento no sentido de que os Municípios estão sujeitos ao regramento dos arts 98 a 100 da Constituição Estadual, vale dizer, que os cargos de direção da advocacia pública devem ser preenchidos por servidores da carreira de Procurador Jurídico. Ausência de controvérsia sobre o tema. Julgado do STF no RE 883446/SP que não vincula esta Corte. Incidente inadmitido, com determinação.

Em âmbito local tal decisão foi encaminhada também ao Inquérito Civil nº 14.0243.0000205/2018-8, com o intuito de fortalecer ainda mais a tese de criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis, chamando a atenção das autoridades constituídas para a sequência de reconhecimento da carreira de Procurador Municipal no Estado de São Paulo, e da necessidade de fortalecimento das prerrogativas típicas, com vistas à eficiência da atuação jurídica.

164 Artigos 131 e 132 da Constituição Federal, cominado com o art. 37, II, e com o art. 29, também da Constituição Federal, segundo os quais os Municípios regem-se por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Lei Maior, e na Constituição do respectivo Estado.

A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A “CONTITUCIONALIZAÇÃO” DA CARREIRA DE PROCURADOR MUNICIPAL

Paralelo ao que ocorria no Estado de São Paulo, em fevereiro de 2019, por meio de votação histórica, o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou por “constitucionalizar” a carreira pública de Procurador Municipal, na medida em que reconheceu que a “(...) expressão ‘Procuradores’, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça (...)”.

O julgamento ocorreu no Recurso Extraordinário nº 663696, que, muito embora discutisse o teto remuneratório da categoria, colocou a carreira ao lado do Ministério Público, da Defensoria Pública, e dos Procuradores da Fazenda Nacional e Estadual, na condição de função essencial à Justiça.

Vejamos a tese fixada:

“A expressão ‘Procuradores’, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”

Em outras palavras, não seria demais compreender que a Procuradoria Municipal extrapolaria a atuação administrativa local para se vincular à “Justiça Municipal”, com autonomia técnica e independência funcional, com vistas ao interesse público e às garantias do Estado de Direito na esfera municipal.

Houve o encaminhamento de tal decisão para o Inquérito Civil nº 14.0243.0000205/2018-8, para ciência do representante do Ministério Público, e como forma de contextualizar a luta, indicando que se tratava de um movimento não apenas local ou estadual.

A partir disso, as discussões se intensificaram em âmbito local, aproveitando, inclusive, que se discutia a criação de uma nova estrutura admi-

nistrativa no Município de Cordeirópolis, uma vez que, a partir da ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000, a Procuradoria Geral de Justiça aproveitou para ajuizar outra Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), dessa feita para questionar os cargos em comissão ocorrentes na Lei Complementar Municipal nº 237/2017 (lei da estrutura administrativa da Administração Direta), culminando na declaração judicial de inconstitucionalidade¹⁶⁵.

Nesse cenário, em junho de 2019, a Promotoria de Justiça de Cordeirópolis encaminhou ao prefeito municipal uma minuta de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), para o imediato cumprimento da decisão da ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000, pugnando pela remessa aos Procuradores Municipais de todas as atividades específicas da Advocacia Pública, o encaminhamento de projeto de lei para a Câmara Municipal de Vereadores para a criação da Procuradoria Geral do Município, bem como a realização de concurso público para ocupação da vaga disponível, sem prejuízo da criação de novas vagas¹⁶⁶.

O documento não chegou a ser assinado nos termos então propostos, pois antes disso houve a criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis, o que conduziu ao entendimento de que os termos deveriam ser modificados.

A CRIAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CORDEIRÓPOLIS/SP

Como se viu, as decisões judiciais advindas do Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “*de per si*”, estavam se apresentando como insuficientes para a criação de Procuradorias Gerais nos Municípios paulistas, muito embora se apresentassem suficientes para a desvinculação administrativa dos Advogados Públicos a Secretarias Municipais, bem como a cessação da subordinação hierárquica da Procuradoria Municipal.

165 ADI nº 2125623-16.2018.8.26.0000, procedente com declaração de inconstitucionalidade de diversos cargos em comissão da estrutura administrativa de Cordeirópolis, com modulação de 120 dias.

166 Inquérito Civil nº 14.0243.0000205/2018-8 – Notícia de eventuais irregularidades na constituição da Procuradoria do Município de Cordeirópolis e de desvio de finalidade na nomeação de cargo para suposta chefia da instituição.

Prova disso é que a partir das decisões das ADIs, muitos Procuradores Municipais passaram a se vincular diretamente ao prefeito municipal, enquanto outros continuaram vinculados a uma Secretaria Municipal, mas sem subordinação hierárquica, ao invés de estarem vinculados a um órgão jurídico constituído, na forma de Procuradoria Geral do Município, com chefia advinda da carreira pública.

Inobstante, há que se salientar que o posicionamento dos representantes do Ministério Públicos nas ADIs sempre foi no sentido de que a simetria deveria alcançar também a criação de Procuradorias Gerais, nos moldes da organização jurídica estadual.

Nesse sentido, mesmo na ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000 ocorreu a defesa de tal condição, por parte do Ministério Público do Estado de São Paulo, conforme se observa no posicionamento do Dr. Nilo Spinola Salgado Filho, Subprocurador-Geral de Justiça, “*in verbis*”:

“(...) se a Constituição Federal e a Constituição Estadual elegem a Advocacia Pública como função essencial à Justiça, essa prescrição é vinculante para os Municípios na medida em que também eles carecem de organismo de representação, consultoria e assessoramento das pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública na defesa de seus direitos e interesses (...)”

O fato concreto é que apesar dos avanços significativos, nas ADIs, no IRDR, e, inclusive, com relação à decisão do SFT no Recurso Extraordinário nº 663696, até então o aparato legislativo e judicial não estava gerando diretamente a criação de Procuradorias Gerais, que ainda necessitavam da negociação local, sobretudo mediante atuação estratégica dos Procuradores Municipais, evidentemente com base em tais avanços.

Por assim ser, as movimentações em torno da tese de criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis, ocorridas em várias frentes, acabaram por dar ensejo às tratativas entre os Procuradores e os agentes políticos locais, que passaram a compreender a necessidade do fortalecimento do órgão jurídico, dando origem às condições ideais para a criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis/SP, dentro da lei municipal de reestruturação administrativa geral.

Como decorrência, os Procuradores Municipais de Cordeirópolis apresentaram ao prefeito municipal uma proposta de minuta de lei para a criação da Procuradoria Geral do Município, que acabou sofrendo poucas alterações, sendo o texto inserido na seção II, Capítulo V, do projeto de reorganização administrativa do Município de Cordeirópolis, que foi aprovado em sessão extraordinária da Câmara Municipal de Vereadores, em 18 de julho de 2019.

Dessa forma, por meio da Lei Complementar Municipal nº 281/2019, a Procuradoria Municipal de Cordeirópolis foi criada como instituição de caráter permanente, pertencente ao primeiro escalão da estrutura administrativa municipal, constituindo-se como essencial à atuação jurídica do Município, com chefia advinda da carreira pública, em sistema de rodízio dentre os Procuradores Municipais, para um mandato de 12 (doze) meses.

Dentre outras coisas, consta na lei municipal que o ingresso na carreira ocorrerá por concurso público, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); o aumento da referência inicial do cargo; a criação de mais 3 (três) cargos de Procurador Municipal; estabeleceu-se a garantia de que o Procurador Municipal gozará de independência na atividade profissional, não sendo submetido ao controle convencional da jornada de trabalho; a possibilidade do exercício de suas atividades pelo sistema “*home-office*”; bem como o estabelecimento de Plano de Carreira; a dispensa para participação em reuniões de associações de classe; assim como o observância das garantias e prerrogativas constantes no Estatuto da Advocacia.

CONCLUSÃO

Em que pese os Procuradores Municipais não contarem em âmbito nacional com vinculação legal definida, é bem verdade que o Estado de São Paulo tem proporcionado condições para discutir a criação da Procuradoria Geral do Município pela via da simetria, uma vez que a Constituição do Estado de São Paulo apresenta a Procuradoria Geral do Estado organizada, inclusive com chefia da carreira.

A posição institucional da Procuradoria Geral de Justiça, consagrada no Enunciado nº 35, tem gerado a propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face de leis municipais que estabelecem a vinculação

de Advogados Públicos a Secretarias Municipais, sob a chefia de agente político.

Como decorrência, após inúmeras decisões favoráveis, o Órgão Especial do Egrégio Tribunal Bandeirante acabou fixando a sujeição dos municípios ao regramento dos artigos 98 a 100 da Constituição Estadual, estabelecendo que os cargos de direção da advocacia pública devem ser preenchidos por servidores da carreira de Procurador Municipal (IRDR nº 2229223-53.2018.8.26.0000).

Somado a isso, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que a expressão “Procuradores”, contida na parte final do inciso XI, do art. 37, da Constituição Federal, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça (Recurso Extraordinário nº 663696).

Não obstante, mesmo nesse contexto de decisões e entendimentos pró Advocacia Pública, ainda se apresenta como polêmica a criação de Procuradoria Geral do Município, sobretudo quanto ao estabelecimento de remuneração digna, prerrogativas técnicas, independência funcional, e demais necessidades, como a chefia advinda da carreira pública.

Por essa razão, os Procuradores Municipais contam com a aprovação da PEC 17/2012¹⁶⁷, como forma de buscar a constitucionalização da carreira, o que daria azo à organização dos órgãos jurídicos em âmbito local. O projeto encontra-se em tramitação no Senado Federal, com o acompanhamento da ANPM.

Porém, há que se salientar que, mesmo com a aprovação da PEC 17/2012, o processo de negociação local para a criação de Procuradoria Geral do Município deverá permanecer como de suma importância. Isso porque, “*verbi gratia*”, a PEC 17/2012 não obriga a criação de Procuradoria, não vincula a remuneração dos Procuradores Municipais e nem trata sobre a escolha do Procurador Geral, que deverão ser objeto de lei municipal, conforme Nota Técnica da ANPM¹⁶⁸.

167 Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2012, que altera o art. 132 da Constituição Federal, estendendo aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador, com ingresso por concurso público com participação da OAB em todas as fases.

168 <https://anpn.jusbrasil.com.br/noticias/3159210/presidente-da-anpm-elabora-nota-tecnica-sobre-pec-17>

Dentro dessa perspectiva, a organização da luta se faz necessária, com vistas ao processo de articulação e convencimento do chefe do Poder Executivo, sendo uma movimentação eminentemente local, porque se relaciona ao dia-a-dia da administração, envolvendo a vontade política do gestor, a estrutura administrativa, e o orçamento municipal.

Não devemos ter ilusões e nem confundir apoio institucional com substituição da luta, ou seja, a ANPM e a OAB podem e devem apoiar a movimentação dos Procuradores Municipais, mas devemos ter consciência de que a luta real é e sempre será local, sendo imperativa a necessidade de nos organizar para enfrentarmos os desafios no Município, especialmente por meio da criação e/ou fortalecimento da Associação local ou regional, da Comissão da Advocacia Pública na subseção da OAB, sem deixar de lado a necessária articulação com a Promotoria de Justiça, o Tribunal de Contas, e o relacionamento saudável com os agentes políticos.

No caso ocorrente em Cordeirópolis, não há como deixar de reconhecer a atuação significativa de todos os envolvidos na luta, que atenderam ao chamamento coeso e estratégico dos Procuradores Municipais (Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos e Dra. Grasiella Boggian Levy), acabando por atuar em bloco em prol da organização da carreira pública em âmbito local, tanto ANPM, OAB/SP, PGJ, como a PJ de Cordeirópolis, além, é claro, da Associação Regional dos Procuradores Municipais (ARPM Anhanguera), criada em meio ao processo de articulação da luta.

Agora os Procuradores Municipais de Cordeirópolis estão em tratativas com a Promotoria de Justiça de Cordeirópolis para o fechamento do novo texto do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que deverá prever prazo para realização de concurso público, e, mais do que isso, deverá obstar a ocorrência de “procuradoria jurídica paralela e/ou clandestina” nas futuras administrações municipais, cuja assinatura deverá ocorrer nas próximas semanas.

Nesse cenário, há que se reconhecer também o compromisso público demonstrado pelo prefeito municipal, José Adinan Ortolan, que, após compreender a importância do pleito dos Procuradores Municipais, ousou proporcionar ao Município de Cordeirópolis/SP a representação jurídica por um órgão autônomo, independente, e organizado em sintonia com a ordem jurídica vigente, o que deverá repercutir em benefícios aos administrados e em garantias ao erário municipal.

Enfim, o que se extrai dessa história é que a construção e/ou efetivação de um órgão jurídico municipal se apresenta como tarefa coletiva, que deve envolver todos os operadores do direito comprometidos com a atuação republicana e com o Estado de Direito, mas que a articulação e o comando central devem estar a cargo dos Advogados Públicos locais, conhecedores da realidade municipal, que deverão conduzir e organizar a luta com coesão, coragem, seriedade, eficiência e comprometimento com o interesse público.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS. *Emunciados*. Disponível em <<https://anpm.com.br/painel/biblioteca/621>>. Acesso em 11 ago 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 ago 2019.

CASTRO, Aldemario Araujo. *A Advocacia Pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da Administração Pública*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 mar. 2009. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16565/a-advocacia-publica-como-instrumento-do-estado-brasileiro-no-controle-da-juridicidade-dos-atos-da-administracao-publica>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

CORDEIRÓPOLIS ESTÁ ENTRE AS CIDADES DO BRASIL QUE MAIS EXPORTARAM EM 2019. *Jornal Expresso*. Disponível em: <https://www.je10.com.br/cordeiropolis-esta-entre-as-cidades-do-brasil-que-mais-exportaram-em-2019/?fbclid=IwAR1IOBTMI-0xOPL4T32iVoo2wsTBfbgBla4GLdncaGizNDOtq_3amXyGT-dxI>. Acesso em 17 ago 2019.

CORDEIRÓPOLIS. *Lei Complementar nº 238, de 20 de janeiro de 2017*. Dispõe sobre a reorganização administrativa e quadro de cargos do Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE, conforme especifica e dá providências correlatas. Disponível em <<https://consulta.siscam>.

com.br/camaracordeiropolis/Documentos/Documento/34045>. Acesso em 11 ago 2019.

CORDEIRÓPOLIS. *Lei Complementar nº 245, de 25 de maio de 2017*. Dispõe sobre as atribuições dos cargos comissionados e de função gratificada constantes do quadro de cargos da Prefeitura Municipal de Cordeirópolis, conforme especifica e dá outras providências correlatas. Disponível em <<https://consulta.siscam.com.br/camaracordeiropolis/Documentos/Documento/35422>> . Acesso em 11 ago 2019.

CORDEIRÓPOLIS. *Lei Complementar nº 281, de 22 de julho de 2019*. Dispõe sobre a reorganização administrativa e quadro de cargos da Prefeitura Municipal de Cordeirópolis, conforme especifica e dá outras providências correlatas. Disponível em <<https://consulta.siscam.com.br/camaracordeiropolis/Documentos/Documento/40502>>. Acesso em 11 ago 2019.

CORDEIRÓPOLIS. *Lei Ordinária nº 2580, de 30 de março de 2009*. Destina aos advogados integrantes do Quadro Permanente os honorários advocatícios recebidos pela Prefeitura Municipal, decorrente de sucumbência. Disponível em <<https://consulta.siscam.com.br/camaracordeiropolis/Documentos/Documento/26416>>. Acesso em 11 ago 2019.

DALRYMPLE. Theodore. *A nova síndrome de Vichy: por que intelectuais europeus se rendem ao barbarismo*. Trad. Maurício G. Righi. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2016.

LDO 2020 É APRESENTADA E PROJEÇÃO É DE R\$ 148 MILHÕES PARA CORDEIRÓPOLIS.

Jornal Expresso. Disponível em <<https://www.je10.com.br/ldo-2020-e-apresentada-e-projecao-e-de-r-148-milhoes-para-cordeiropolis/>>. Acesso em 28 jul. 2019

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Enunciados*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/sumulas_de_entendimento. Acesso em 11 ago 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado Revisitada – Essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, vol. 4, n° 4, 2º semestre de 2005. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/Publica%C3%A7%C3%B5es/Revista%20PGE/PGE_04_editado.pdf>. Acesso em 17 ago 2019.

PRERROGATIVA. *Dicionário online michaelis*, 28 jul. 2019. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prerrogativa>>. Acesso em 28 jul. 2019

PRESIDENTE DA ANPM ELABORA NOTA TÉCNICA SOBRE PEC 17. *Jusbrasil*. Disponível em < <https://anpn.jusbrasil.com.br/noticias/3159210/presidente-da-anpm-elabora-nota-tecnica-sobre-pec-17>>. Acesso em 17 ago 2019.

SÃO PAULO. *Constituição do Estado de São Paulo*. Disponível em: < <http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc-3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d-63004f305a?OpenDocument>>. Acesso em 11 ago 2019.

WIKIPÉDIA. *Cordeirópolis*. Disponível em <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Cordeir%C3%B3polis>>. Acesso em 28 jul. 2019

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A SUA APLICAÇÃO EM TEMAS AFETOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL¹⁶⁹

Fernando Malta da Costa Messeder

1 INTRODUÇÃO¹⁷⁰

O relatório Justiça em números 2016, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), informa a existência de 74 milhões de processos em tramitação, pendentes de solução, até o final de 2015 (JUSTIÇA, 2016, p. 383).

Nesse panorama de extrema judicialização, o estado continua a ser o grande litigante habitual. Tal conclusão é facilmente obtida ao se constatar que 39% dos casos pendentes de solução se referem a execuções fiscais, responsáveis pela mais alta taxa de congestionamento do Judiciário, qual seja, 91,9% (op. cit., p. 61). Além de ser a principal demandante, a administração pública também continua a ser a grande demandada, especial-

169 Artigo publicado em ASENSI, Felipe Dutra; REIS, Vanessa Velasco H. B. e REIS, Vitor Penno (org.). **Procuradores Municipais: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2018, p. 369-391.

170 Artigo publicado em ASENSI, Felipe Dutra; REIS, Vanessa Velasco H. B. e REIS, Vitor Penno (org.). **Procuradores Municipais: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2018, p. 369-391.

mente em virtude da existência de ações repetitivas, que na maioria das vezes repousam em políticas públicas ineficientes (JESUS, 2017, p. 50).

Na busca de soluções para esse problema, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil (CPC/2015), trouxe diversas inovações. Entre elas ganha relevo o IRDR, previsto nos arts. 976 a 987, cujo objetivo, em linhas gerais, é uniformizar o entendimento sobre questão de direito em litígios de massa, de forma a garantir às partes isonomia e segurança jurídica, firmando uma tese unitária que será obrigatoriamente observada por todos, de forma vinculante, em demandas individuais ou coletivas, atuais ou futuras.

Certamente nessa caminhada em busca da pretendida uniformização surgirão percalços, entre eles os advindos da disparidade de realidades em que vive a população brasileira, originada, entre muitos fatores, pelo nosso território de proporções continentais. Nesse particular, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no senso de 2010, indicou a existência de 5.565 municípios no país (INDICADORES, 2011, p.13).

O presente artigo busca lançar um olhar sobre a utilização do IRDR para a fixação de teses jurídicas em matérias de interesse da administração pública. E, especificamente em âmbito municipal, abordar a hipótese do IRDR ter como parte qualquer um desses municípios existentes no país, com a possibilidade da tese ali fixada vincular os demais municípios integrantes do mesmo estado ou até mesmo todos os municípios brasileiros.

2 REFLEXÕES SOBRE O IRDR:

O objetivo não é o exame exaustivo do IRDR, nem dos motivos que ensejaram sua criação, mas suscitar reflexões sobre as conseqüências de sua aplicação como forma de fixação de tese jurídica em casos que envolvam ou sejam de interesse da administração pública municipal. Contudo, antes de adentrarmos ao estudo do recorte proposto, é imprescindível a elaboração de um histórico sucinto, necessário à contextualização do instituto no tempo para, em seguida, tecermos uma análise, mesmo que superficial, do incidente propriamente dito e seu procedimento, que contribuirão para a fixação de premissas e compreensão do objetivo final proposto.

2.1 A GÊNESE DO IRDR

A efetividade e o garantismo processual são frutos do Estado Democrático de Direito, surgidos no ocidente após a Segunda Guerra Mundial, e que têm como fundamento a intangibilidade e eficácia dos direitos fundamentais. No Brasil, esse momento de reconhecimento da efetividade das garantias e direitos fundamentais foi alcançado com a Constituição Federal de 1988 (CF/88). A definição do conteúdo desses conceitos constitucionais, na qual nos encontramos até hoje, trouxe à reboque um penoso processo de aferição da eficácia das normas jurídicas através de critérios externos ao direito, processo esse que significa a busca por uma nova ordem jurídica. Esse novo padrão de relacionamento entre Estado e cidadão veio acompanhado de um aumento da litigiosidade, característico da sociedade moderna e fruto da economia de massa e do rápido desenvolvimento tecnológico, que aumentaram e criaram novas necessidades humanas, impossíveis de serem prontamente atendidas (GRECO, 2013, p. 2-3).

Os conflitos de interesse repetitivos, oriundos dessa sociedade massificada, globalizada e contemporânea, bem como da constitucionalização dos direitos e ampliação do acesso à justiça, entre outros fatores, fez surgir novas técnicas processuais nas últimas décadas, entre elas a tutela coletiva e a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que compõem a denominada segunda onda de acesso à Justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 49 e ss.).

Essa “crise da justiça civil contemporânea”, causada pelos conflitos repetitivos, não obteve solução satisfatória através da utilização das mencionadas técnicas de tutela coletiva. Dessa feita, diversas reformas foram levadas a cabo, no intuito de se obter a aceleração da prestação jurisdicional e a diminuição do volume de processos existente. Muitas dessas soluções, apesar de aliviarem a pressão social sobre o Judiciário, atacaram os sintomas e não as causas da crise e, em contrapartida, implicaram em perda de direitos fundamentais anteriormente conquistados (GRECO, 2013, p. 1).

Em relação às reformas processuais realizadas no Brasil nas últimas décadas, não se pode olvidar que por detrás de um discurso socializante, no qual se enaltecia a necessidade de maior celeridade processual, trazida

pela padronização das decisões, preservando-se a segurança jurídica, ditas reformas estavam impregnadas de concepções neoliberais. Essa filosofia que atende às necessidades de mercado em verdade trouxe a redução da participação das partes na construção da decisão, ensejando decisões judiciais com cariz subjetivista, que vão de encontro ao modelo processual constitucional e ao contraditório participativo (ALMEIDA, 2014, *passim*).

Na esteira da uniformização dos julgamentos realizados pelo Judiciário, temos a ação declaratória de constitucionalidade e a súmula vinculante do STF. Por outro lado, em sede infraconstitucional, a revogada Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil (CPC/1973) foi também objeto de reformas, com a inclusão da sentença liminar de improcedência (art. 285-A); súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º); repercussão geral para admissão de recurso extraordinário (arts. 543-A e 543-B); recursos repetitivos (art.543-C) e ampliação dos poderes do relator (art. 557, *caput* e § 1º). Esse movimento de “aproximação do ordenamento jurídico brasileiro, originariamente inspirado na *civil law*, ao sistema da *common law*, onde os juízes são, enormemente vinculados à *ratio decidendi*, do precedente judicial” culminou com o CPC/2015, que trouxe uma tendência uniformizadora da jurisprudência (CAMBI e FOGAÇA, 2015).

Seguindo essa linha, desenvolveram-se os incidentes de coletivização, através dos quais questões comuns a diversos processos seriam resolvidas por decisão proferida a partir de um processo individual, especialmente escolhido. Esse tipo de técnica segue dois formatos. O primeiro, denominado “causas piloto” ou “processos teste”, em que uma ou mais causas são escolhidas para serem julgadas e há multiplicação dessa decisão para as demais. Nesse formato há unidade cognitiva (o mesmo órgão aprecia a questão e julga o processo originário) e reprodução da tese, verdadeiro “julgamento por amostragem”, como acontece no julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 1036 a 1.041, CPC/2015). Já o segundo padrão é o do “processo-modelo”, de inspiração alemã (*Musterverfahren*), no qual há uma cisão entre a cognição e a decisão, ou seja, o órgão que julga a questão comum não é o mesmo que decide o processo originário. O último (órgão que decide o processo originário) incorpora a tese constante da decisão proferida pelo primeiro (órgão que julga a questão comum) (CABRAL, 2017, p. 203-204).

Assim, o fato é que na esteira dos incidentes de coletivização e com clara inspiração no *Musterverfahren* alemão, o CPC/2015 previu o IRDR, nos arts. 976 a 987.

2.2 O IRDR E SEU PROCEDIMENTO

O objetivo do IRDR é, ao firmar uma tese jurídica central única, que a mesma seja aplicável a todos os casos repetitivos, impedindo decisões antagônicas que coloquem em risco a isonomia e a segurança jurídica (art. 976, incisos I e II, CPC/2015). Dita tese jurídica pode versar sobre direito material ou processual (art. 928, I e Parágrafo único CPC/2015). Além disso, não se pode esquecer que o incidente também tem como objetivo a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal – CF/88), princípio esse que perpassa o novel ordenamento jurídico processual.

A locução “efetiva repetição de processos”, utilizada pela legislação, denota a necessidade de uma pluralidade de processos já julgados para a formação do incidente. Logo, a controvérsia não poderá ser potencial, o que traria um caráter preventivo ao incidente, o que não é desejado. Apesar do incidente, em tese, poder ser instaurado com um único processo, já que a lei é silente quanto ao assunto, deverá prevalecer o bom senso na seleção da(s) causa(s) utilizada(s), pois a escolha de um número excessivo pode dificultar a tramitação do incidente, em prejuízo do prazo de um ano em que deve ser julgado o incidente (art. 980, *caput* CPC/2015). Não obstante, a(s) causa(s) escolhida(s) deve(m) dispor uma diversidade de argumentos e, principalmente, teses opostas, de maneira a propiciar que do incidente resulte a melhor decisão à solução da controvérsia jurídica repetitiva (CABRAL, 2017, p. 206–207).

Assim, resta evidenciada a relevância da escolha da(s) causa(s) que embasará(ão) o incidente, especialmente para evitar um eventual direcionamento da decisão em favor de uma das partes do processo originário que estrategicamente pode ter provocado o incidente ou, ao contrário, impedir o prejuízo de uma parte, que por exemplo esteja mal representada ou que tenha restrições no acesso à justiça. As partes que integram o processo originário em tese já possuem um protagonismo no julgamento do incidente, seja pelo fato de terem conhecimento da sua existência, mas

também pelos privilégios processuais que lhe foram conferidos (art. 984, II, a, b do CPC/2015). Para resolver essa questão, Antonio do Passo Cabral defende a necessidade de motivação específica na decisão que afetar a(s) causa(s)-modelo, propondo a observância de dois vetores nessa escolha: existência de amplitude do contraditório e pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo, ambos na causa originária (CABRAL, 2017, p. 208-210).

O citado autor entende que amplitude do contraditório pressupõe a observância dos seguintes parâmetros: “(a) a completude da discussão; (b) qualidade da argumentação; (c) diversidade da argumentação; (d) contraditório efetivo; (e) existência [*rectius*, inexistência] de restrições à cognição e à prova” (CABRAL, 2017, p. 210). A completude da discussão indica o maior número possível de argumentos. A qualidade da argumentação é, por óbvio, um critério qualitativo, e não quantitativo, cuja importância radica na garantia da dialeticidade que surgirá com o confronto das teses opostas. Por outro lado, a diversidade da argumentação não significa apenas diferença de conteúdo, mas também forma diversa de argumentação do mesmo conteúdo. Ademais, o processo onde está presente contraditório efetivo é aquele onde houve reflexão, rejeitando-se aqueles onde se operou a revelia ou mesmo aqueles que, apesar de contestados, a impugnação trouxe argumentação com baixa densidade. Por fim, a garantia de inexistência de restrições à cognição e à prova deve ser observada, evitando-se a escolha de ações em que haja restrição no plano horizontal (cognição limitada, característica de certos procedimentos, como na ação de consignação em pagamento) ou no plano vertical (cognição sumária, como acontece no mandado de segurança que, por exemplo, só admite prova pré-constituída) (CABRAL, 2017, p. 211-217).

A pluralidade e a representatividade subjetivas constituem o segundo e último parâmetro a ser utilizado na escolha da causa-modelo. Quanto à pluralidade, Antonio do Passo Cabral entende que o número de partes e intervenientes está relacionado a uma melhor argumentação dialética, a uma discussão mais madura. Nesse afã, propõe que as causas onde haja litisconsórcio, se possível em ambos os pólos, bem como onde tenha ocorrido intervenção de terceiros, especialmente do *amicus curiae* (terceiro desinteressado), e onde tenha sido realizada audiência pública, devem ter preferência. Já por representatividade quer indicar que as ações coletivas

devem ser priorizadas em detrimento das demandas individuais, em virtude de sua maior legitimação política e social (CABRAL, 2017, p. 217-221).

Outra divergência doutrinária reside quanto à possibilidade, ou não, de instauração do IRDR a partir do primeiro grau. Os que a defendem, o fazem em virtude da literalidade do art. 977, I CPC/2015, que permite a instauração pelo juiz, bem como que tal medida evitaria a multiplicação de demandas. Os argumentos contrários são: a propositura do incidente em segundo grau, sem uma decisão de primeiro grau, constituiria “hipótese de avocação de causa, deslocamento de competência ou criação de competência originária, sem respaldo constitucional” e que a causa não teria o necessário amadurecimento. Por outro lado, aqueles que afirmam que a instauração somente pode ocorrer a partir do segundo grau, se embasam nos seguintes motivos: a dicção do art. 978, Parágrafo único CPC/2015, que dispõe que o órgão julgador do recurso, remessa necessária ou processo originário, também julgará o incidente, e que a admissão somente em segundo grau impediria uma instauração prematura, antes do amadurecimento da questão. As críticas à tese são: a inconstitucionalidade formal do art. 978, Parágrafo único CPC/2015, pois não há correspondente na versão originária aprovada pelo Senado e nem na versão oriunda da Câmara dos Deputados, o que indica que houve alteração da lei, sem nova análise pela casa revisora; bem como que reduziria a potencialidade do instituto. (MENDES e TEMER, 2015).

Quanto à forma, o incidente pode ser instaurado por ofício ou petição dirigido(a) ao presidente do Tribunal, dependendo de quem o fizer: se o juiz ou o relator; ou então as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, respectivamente (art. 977, incisos I a III CPC/2015). Se a legitimidade das partes para a propositura do incidente é notória, tendo em vista a relação delas com o objeto demandado, em relação ao Ministério Público, o mesmo atuará como *custos legis*, na proteção de interesse público (é o que acontece quando assume a causa em caso de desistência ou abandono – art. 976, § 2º CPC/2015) ou então quando estiver em defesa de direitos individuais homogêneos, mesmo que disponíveis, mediante comprovado interesse social, em decorrência de suas funções institucionais. No que toca a Defensoria Pública, sua legitimidade advém principalmente do fato da instituição ser caracterizada como função essencial à Justiça,

tratamento alcançado após a Emenda Constitucional nº 80, de 2014, que deu nova redação ao art. 134 da CF/88.

O pedido de instauração do IRDR, instruído com os documentos necessários (art. 977, Parágrafo único CPC/2015), será dirigido ao presidente de um Tribunal de Segunda Instância (Tribunais de Justiça dos Estados ou Tribunais Regionais Federais), que determinará a distribuição para o órgão responsável no regimento interno pela uniformização da jurisprudência, o qual será também responsável pelo julgamento do recurso e da remessa necessária eventualmente oriundos do processo originário (art. 978, *caput* e Parágrafo único CPC/2015).

Merece destaque a norma que determina que a instauração, bem como o julgamento do IRDR, deve ser precedido de ampla divulgação, por meio de registro eletrônico no CNJ, bem como através da determinação de que os tribunais mantenham bancos de dados atualizados sobre todas as questões suscitadas em IRDR, onde conste no mínimo os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos relacionados, comunicando-as imediatamente ao CNJ (art. 979, *caput* e § 1º CPC/2015). Mediante a ampla publicidade do incidente serão atingidos os seguintes objetivos: (i) comunicação à sociedade dos temas repetitivos que estão sob análise do Judiciário, propiciando o acompanhamento do julgamento ou mesmo a participação do terceiro interessado através dos meios apropriados; (ii) divulgação da tese firmada (MENDES e TEMER, 2015)

Distribuído a um relator, o juízo de admissibilidade do incidente necessariamente, por determinação legal, tem que ser realizado de forma colegiada, não se permitindo que seja feito através de decisão monocrática (art. 981 CPC/2015). A inadmissão não impede que, satisfeito o requisito inicialmente não atendido, o pedido de instauração do incidente seja renovado posteriormente (art. 976, § 3º CPC/2015). Caso admitido, a consequência será a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem na jurisdição do tribunal, comunicando-se esta suspensão aos órgãos jurisdicionais competentes; a intimação do Ministério Público para se manifestar, bem como o relator poderá requisitar informações aos órgãos em cujo juízo tramita(ou) o processo originário (art. 982, *caput*, I a III e § 1º CPC/2015). Dita suspensão será pelo prazo máximo de um ano, prazo esse no qual o incidente deverá ser julgado, permitida em casos excepcionais e mediante decisão fundamentada a sua

dilação pelo relator (art. 980, *caput* e Parágrafo único CPC/2015). Qualquer legitimado, do processo originário ou de outros processos em que se discuta a mesma matéria, independente de limites territoriais, poderá requerer ao STF ou ao STJ, a suspensão em âmbito nacional (art. 982, § 3º CPC/2015).

Em seguida o relator determinará a manifestação das partes e dos demais interessados (pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia), no prazo de 15 dias, que poderão requerer a juntada de documentos e as diligências que julgarem necessárias para o deslinde da controvérsia e, após, ocorrerá a manifestação do Ministério Público, em igual prazo. Ainda com vistas à instrução do incidente, o relator poderá designar audiência pública (art. 983 *caput* e § 1º CPC/2015).

As partes das causas suspensas pelo incidente poderão intervir como assistentes litisconsorciais, tendo em vista que a questão em debate lhes diz respeito. É também admitida a intervenção de *amicus curiae* - entidade pública ou privada que possua interesse institucional e que funcionará como auxiliar do juízo -, como forma de participação democrática na construção da decisão e aumento da legitimação da jurisdição (CAMBI e FOGAÇA, 2015).

Encerrada a fase instrutória, o relator pedirá dia para julgamento (art. 983, § 2º CPC/2015), momento em que, após o relatório, as partes e o Ministério Público poderão sustentar oralmente suas razões, pelo prazo individual de 30 minutos, partilhando os demais interessados tempo igual, prazo esse que poderá ser ampliado em virtude da quantidade de inscritos (art. 984 CPC/2015), sendo necessária a inscrição com 2 dias de antecedência.

O acórdão resultante da interposição do incidente deverá analisar todos os fundamentos suscitados, favoráveis e desfavoráveis (art. 984, § 2º CPC/2015). Trata-se de regra mais rígida do que a geral (art. 984, § 1º, IV CPC/2015), através da qual se entende que a decisão judicial não estará fundamentada quando “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (CAMBI e FOGAÇA, 2015).

O art. 985, I e II CPC/2015 consagra os efeitos da decisão proferida no incidente, informando que a tese jurídica será aplicada a todos os processos, individuais e coletivos, que tenham por objeto a mesma questão

de direito, e que tramitem na área de jurisdição do Tribunal, inclusive Juizados, bem como aos casos futuros, sob pena de reclamação (art. 988 a 993 CPC/2015).

Contra o acórdão caberá recurso especial ou extraordinário, dependendo da matéria objeto do recurso, sendo que ambos terão efeito suspensivo e, no caso do último, será presumida a repercussão geral. Ao tribunal recorrido restará proceder a intimação das partes, Ministério Público e interessados para apresentarem contrarrazões e enviar os autos ao tribunal superior, já que inexistente a fixação de custas para o ato (art. 976, § 5º CPC/2015), o qual procederá o juízo de admissibilidade. Apreciado o mérito do recurso pelo STJ ou pelo STF, a tese jurídica será aplicada em todo o território nacional (CAMBI e FOGAÇA, 2015).

3 O IRDR E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

A legislação não traz nenhuma vedação à utilização do IRDR em matéria afeta à Administração Pública, ao contrário do que ocorre por exemplo em relação à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), no seu art. 1º, Parágrafo único. Não faria sentido deixar de abranger em seu escopo aquela que é reconhecidamente a maior litigante habitual. Ademais, a *mens legislatoris* é clara nesse sentido, quando diz que o mesmo órgão que julgar o incidente é o competente para o julgamento da remessa necessária (art. 978, Parágrafo único CPC/2015), bem como quando prevê a possibilidade de utilização do IRDR na prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado pela Administração Pública (art. 985, § 2º CPC/2015). Na verdade, as matérias mais recorrentes nos IRDRs já propostos foram as tributárias, previdenciárias e administrativas (NUNES, 2017, p. 125).

Leonardo Greco inclui o IRDR entre aquelas medidas que possuem aspectos positivos e negativos, pois apesar de reduzirem o número de processos e recursos, têm que ser utilizadas com cautela, de maneira a não se transformarem em instrumentos de injustiça (GRECO, 2013, p. 19). Nesse sentido, é oportuna a reflexão da utilização dos IRDRs em matérias de interesse da Administração Pública municipal.

Isso porque, há tempos já se ressaltava que a padronização de decisões, ao invés de gerar a pretendida isonomia, poderia causar o empo-

brecimento do discurso jurídico, tendo em vista “serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico” (NUNES, 2012, p. 2).

Outro problema advindo da utilização do IRDR sem as devidas cautelas seria o uso preventivo dele pelo Judiciário (como forma de redução do passivo) e até mesmo pela própria advocacia, que se utilizando estrategicamente do incidente, suspenderia grande número de processos onde não haja o interesse de um tramite normal. Esse mau uso pode levar à busca de uma decisão favorável a uma das partes, litigante habitual, e que será aplicada de forma uniforme e benéfica, bem como resultar em uma decisão quando as discussões ainda são embrionárias (NUNES, 2017, p. 122). É possível também vislumbrar a possibilidade da utilização do incidente em prejuízo à uma das partes que tem dificuldade de representação e de acesso à justiça.

Mas essa cautela desejável na utilização do incidente não é percebida analisando-se os números trazidos pelo CNJ. Matéria divulgada em meados do ano de 2017, com pouco mais de um ano de vigência do CPC/2015, informa o cadastramento de mais de 2 mil temas que envolvem demandas repetitivas e precedentes obrigatórios, sendo 72 IRDRs (BANCO, 2017). É facilmente perceptível que o número de IRDRs propostos vem crescendo de ano a ano. De 2 incidentes em 2015, passou-se para 62 no ano seguinte. Cerca de 6 meses após a citada matéria, no final de 2017, durante a elaboração do presente trabalho, o Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios apontava a existência de 163 IRDRs (aumento de mais de 125% de um ano para o outro), provenientes dos mais variados Tribunais do país, sendo que esse número indica somente aqueles incidentes já admitidos ou que então já tenham julgamento de mérito, com ou sem publicação do acórdão, excluindo-se os demais (inadmitidos e que não passaram ainda pelo juízo de admissibilidade)¹⁷¹.

No que tange o número de incidentes por tipo de Justiça, a Estadual é a que mais tem se utilizado do novo instrumento, com 129 IRDRs, mas também há ocorrências na Justiça do Trabalho (23) e na Justiça Federal (11). Quanto aos incidentes suscitados perante as justiças estaduais, o Tri-

171 Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/bnpr-web/>>. Acesso em: 31 dez. 2017.

bunal de Justiça do Estado de Minas Gerais é o campeão, com 33 no total; seguido bem abaixo pelos tribunais de Santa Catarina e São Paulo, com 15 e 14 incidentes, respectivamente. Por fim, em relação ao tipo de assunto tratado nos IRDRs já suscitados, o mais recorrente é o denominado direito administrativo e outras matérias de direito público, com 25 ocorrências, mas também é expressiva a distribuição de incidentes versando sobre direito tributário (11)¹⁷².

Especificamente no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), há registro da propositura de 12 IRDRs, sendo que desses apenas dois não tratam de tema de interesse da Administração Pública. Nos demais, em seis há interesse do Estado do Rio de Janeiro e nos 4 restantes, de municípios¹⁷³.

Nesse quadro onde se vislumbra que as matérias de interesse da Administração Pública são as mais tratadas nos IRDRs, é oportuno refletir sobre a repercussão que tais incidentes podem ter ao tratarem questões de âmbito municipal, especialmente pelo fato dessas decisões poderem ter repercussão nacional, seja pelo pedido de suspensão em âmbito nacional (art. 982, § 3º CPC/2015), bem como em virtude de julgamento realizado pelo STF ou STJ, em sede de recurso extraordinário ou especial, dependendo da matéria a ser discutida.

Corroborando, temos manifestação da ministra Cármen Lúcia, que concedeu abrangência nacional ao efeito suspensivo da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferido em sede de IRDR, determinando a suspensão de todos os processos no território nacional que versem sobre a repartição das receitas do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), incidente sobre os valores pagos pelos municípios a pessoas contratadas para a prestação de bens ou serviços (PRESIDENTE, 2017).

Ora, se as representações judiciais dos estados são em geral bem estruturadas, tomadas as devidas diferenças financeiras e estruturais existentes entre eles, o mesmo não acontece com a Advocacia Pública municipal.

172 Disponível em: <http://paineis.cnj.jus.br/QuAJAXZfc/opedoc.htm?document=q-vw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos>. Acesso em: 01 jan. 2018.

173 Disponível em:< <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3607547/irdr.pdf?v08>>. Acesso em: 31 dez. 2017.

Diagnóstico realizado pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), informa que em 66% dos municípios brasileiros não há uma procuradoria composta por procuradores municipais concursados, atuando em seu lugar comissionados ou até mesmo escritórios de advocacia privados. Esse percentual pode aumentar, se tomarmos em consideração as regiões do país, caso em que, por exemplo, na região norte 84% dos municípios não possuem procurador concursado. Essa variação também está ligada ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), já que em municípios com IDH baixo, 76% não contam com servidor de carreira (MENDONÇA, 2017, *passim*).

Apesar do art. 132 da CF/88 não incluir a Advocacia Pública municipal – lamentável omissão que é objeto da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n° 17, de 2012 – em discussão no Senado, é inquestionável a necessidade de provimento de tais cargos através de concurso público de provas ou de provas e títulos, dependendo da complexidade do cargo, ser exigência constitucional – excepcionados os casos em que se admite a nomeação para cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, para as atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, incisos II e V CF/88). Ademais, é notório que a aprovação em concurso público atesta a qualidade dos profissionais que farão a representação judicial da Municipalidade, já que serão aprovados os mais capacitados.

O princípio da eficiência, inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional n° 19 (art. 37, *caput*), traduz a necessidade da prestação de serviço adequado e com qualidade para o cidadão, sendo a realização do concurso público verdadeiro instrumento de garantia do atendimento ao mencionado princípio administrativo. Dessa forma, a nomeação de procuradores comissionados e/ou a contratação de escritórios de advocacia privados, além de atos eivados de patente inconstitucionalidade e ilegalidade, colocam em cheque a qualidade da representação judicial do ente público.

Somada à falta de garantia de uma eficiente representação judicial, tendo em vista o grande percentual de municípios onde não há procurador concursado, existe também outra questão que muitas vezes é esquecida, especialmente nos grandes centros, que é a distância entre o local onde tramita a ação originária e o Tribunal onde será julgado o incidente, o que importa em um sério obstáculo ao acesso à justiça, já que poucos

são os municípios que contam com representação judicial na capital de seu estado.

Nesse contexto, podemos imaginar a hipótese extrema – mas possível – de uma ação originária de um desses municípios onde não há procurador municipal concursado e/ou distante geograficamente do Tribunal onde será julgado o incidente, ser escolhida como processo modelo para a instauração de IRDR que verse sobre matéria de interesse de todos os municípios, sendo importante a reflexão sobre o tema da escolha da causa-modelo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pesquisas quantitativas realizadas pelo CNJ comprovam o aumento da litigiosidade no Brasil, resultado do novo *standard* de relacionamento entre o Estado e o cidadão, trazido pela CF/88, que ensejou o reconhecimento da efetividade das garantias e direitos fundamentais. Essa alta judicialização é característica da sociedade moderna e da economia de massa em que vivemos, que cria novas necessidades humanas, impossíveis de serem supridas em sua totalidade.

Essa sociedade massificada acarretou, entre outros fatores, no surgimento dos conflitos de interesse repetitivos. Nessa seara a Administração Pública conquistou inegável protagonismo, em virtude de sua reconhecida litigância habitual.

Nas últimas décadas diversas soluções têm sido propostas para resolver a questão (tutela coletiva, proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos), as quais não alcançaram o intento de diminuir o volume de processos existente. Essas reformas, de natureza neoliberal, com finalidade exclusiva de atendimento aos interesses do mercado, privilegiavam a celeridade processual gerada pela padronização das decisões.

Nesse panorama veio à lume o CPC/2015 que, entre outras inovações, trouxe o IRDR, com o intuito de uniformizar o entendimento sobre questão de direito em litígios de massa, garantindo às partes isonomia e segurança jurídica, ao firmar tese jurídica que terá força vinculante.

Por outro lado, temos a situação de que 66% dos municípios brasileiros não contam com procurador concursado, concurso esse que além de ser exigência constitucional é a garantia de atendimento à eficiência admi-

nistrativa. Isso sem falar na dificuldade de acesso à justiça enfrentada por diversos municípios, constituída até mesmo pela distância entre o local de julgamento da causa originária e o tribunal onde o incidente será julgado.

Nesse diapasão, tendo em vista a possibilidade de na causa onde seja parte a Administração Pública municipal ser firmada tese jurídica que terá força vinculante para todos os municípios do mesmo estado ou até mesmo repercussão nacional, soa de rara importância a escolha da causa-modelo, bem como a ampla publicidade que deve ser dada na instauração do IRDR, de maneira a viabilizar a intervenção de terceiros, na qualidade de *amicus curiae* (por exemplo, outros municípios que serão afetados), a fim de se evitar eventual dificuldade de representação, seja pela baixa densidade de argumentação derivada da inexistência de procurador municipal de carreira, que compromete a eficiente representação judicial, bem como em virtude de eventuais restrições ao acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A influência do neoliberalismo no movimento de reformas processuais direcionadas à otimização de processos repetitivos. **Juris Poiesis**. Rio de Janeiro, ano 17, n. 17, p. 33-54, jan-dez. 2014.
- BANCO de demandas repetitivas do CNJ tem mais de 2 mil temas. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84823-banco-de-demandas-repetitivas-do-cnj-tem-mais-de-2-mil-temas>>. Acesso em: 17 dez. 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 231, p. 201-223, maio/2014.
- CAMBI, Eduardo, FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 243, p. 333-362, maio/2015.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002, 169 p.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de, RODRIGUES, Walter dos Santos (coord.). **O novo Código de Processo Civil: O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2013, p. 1-45.

INDICADORES sociais municipais: Uma análise dos resultados do universo do Censo Demográfico 2010. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE**, Rio de Janeiro, 2011, 149 p. Disponível em: <www.biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv54598.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2017.

JESUS, Marcela do Amaral Barreto de. Mediação e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil. **Revista CEJ**. Brasília, ano XXI, n.71, p. 47-53, jan./abr. 2017. Disponível em:< www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2218/2114 >. Acesso em: 16 jul. 2017.

JUSTIÇA em números 2016: ano-base 2015. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2016. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/.../2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 243, p. 283-331, maio/2015.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de *et al.* **1º Diagnóstico da Advocacia Pública municipal no Brasil**. Salvador: Fórum, 2017, 102 p.

NUNES, Dierle. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. São Paulo: **Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-06/dierle-nunes-padronizar-decisoes-empobrecer-discurso-juridico>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

_____, Dierle *et al.* O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos Tribunais refletirem sobre sua cooptação: A proibição do incidente repetitivo e o caso Samar-

co. In: LUCON, Paulo Henrique Dos Santos, OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). **Panorama atual no novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 121-145.

PRESIDENTE do STF determina suspensão da análise de mérito de processos sobre repartição de receitas de IRRF. **Notícias STF**, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=368693>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, v. 18, n. 70, abr. 2010.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS E ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Pedro Castagna

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende se debruçar sobre a constitucionalidade do recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos federais, cuja discussão foi recentemente intensificada em razão do art. 85, § 19 do novo Código de Processo Civil (CPC), que trouxe a previsão de que “os advogados públicos perceberão os honorários de sucumbência, nos termos da lei”. No nível federal, tal dispositivo foi regulamentado pela Lei 13.327/16, em especial através dos arts. 27 e 29 a 36, cuja constitucionalidade, por conseguinte, também será examinada neste estudo.

Entretanto, inicialmente, deve-se explicar que a destinação dos honorários sucumbenciais aos advogados, inclusive os públicos, não se trata de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), em seu art. 23, também dispõe neste sentido, determinando que os honorários fixados na sentença, sejam eles sucumbenciais ou por arbitramento, pertencem ao advogado, que inclusive pode executar tal quantia de forma autônoma. O advogado referido no dispositivo deve ser entendido como advogado público ou privado, por força do art. 3º, § 1º da mesma lei, que estende as previsões dela às carreiras da advocacia pública.

Mas fato é que, desde a edição do CPC/15 e da Lei 13.327/16, a titularidade dos advogados públicos para receber as verbas de sucumbência

vem causando uma profunda cisão na doutrina e na jurisprudência quanto a sua constitucionalidade.

Na jurisprudência, por exemplo, já existem entendimentos opostos de dois tribunais federais do país quanto ao tema. Enquanto o Tribunal Regional Federal da 2ª Região - TRF-2, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0011142-13.2017.4.02.0000, entendeu pela inconstitucionalidade dessa previsão, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF-5 decidiu a questão de maneira inversa, decidindo pela constitucionalidade do recebimento dos honorários sucumbenciais pelos advogados públicos nos Embargos de Declaração em Apelação nº 0800328-16.2015.4.05.8205.

Neste ponto, porém, há de se fazer um aparte para explicar que o julgamento do TRF-2, que entendeu pela inconstitucionalidade das normas, não foi analisado neste artigo de forma definitiva. Isto porque a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que figura como agravante na demanda, interpôs embargos de declaração em face do acórdão que decidiu pela inconstitucionalidade, os quais foram conhecidos e parcialmente providos, sendo determinada a lavratura de um novo acórdão. Este novo acórdão, entretanto, no momento da finalização deste artigo, ainda não estava disponível para consulta processual, assim como não se podia ainda ter acesso aos votos do desembargador federal cujo voto prevaleceu na discussão dos embargos.

Diante desta situação, escolheu-se por analisar o acórdão lavrado antes da interposição dos embargos de declaração, até mesmo para que se possa contrapor dois entendimentos distintos, em sede de tribunais, acerca do tema.

Ademais, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) questionando a constitucionalidade do art. 85, § 19 do CPC e dos arts. 27 e 29 a 36 da Lei 13.327/2016, além de uma interpretação conforme a Constituição do art. 23 do Estatuto da OAB. A ADIN, de número 6.053, ainda está pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mas os argumentos apresentados serão examinados neste trabalho. De forma a contrapor os argumentos da PGR, escolheu-se analisar também o parecer da Associação Nacional de Advogados Públicos Federais (ANAFE), juntado aos autos da ação para defender os interesses de seus associados.

De início, porém, será apresentado o conceito de honorários advocatícios, para, após, delimitar cada uma de suas modalidades. Adiante, será realizada uma análise de outros institutos jurídicos envolvidos com o tema em análise, quais sejam a receita pública, o regime jurídico dos subsídios e o teto remuneratório constitucional.

Na conclusão, após análise dos fundamentos estudados, será apresentada a opinião do autor quanto à constitucionalidade ou não da titularidade dos advogados públicos federais sobre os honorários sucumbenciais.

Por todo o exposto, percebe-se que estamos diante de uma discussão que compreende interesses e entendimentos diversos, mas com importância fundamental para o país, uma vez que estamos falando de verbas que, até pouco tempo atrás, ingressavam nos cofres públicos. Sendo assim, é preciso saber se o patrimônio público está sendo lesado ou se, ao contrário, antes é que se aviltavam injustamente verbas que são de titularidade de particulares.

O INSTITUTO JURÍDICO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Os honorários advocatícios possuem natureza jurídica de gênero, sendo as suas espécies os honorários contratuais, sucumbenciais e arbitrados. Evidentemente, nosso foco neste artigo estará sobre os honorários de sucumbência, mas, para uma melhor compreensão do assunto, será apresentada uma visão geral do instituto.

Os honorários advocatícios podem ser conceituados como o próprio estipêndio do advogado. Eles são, sobretudo, a contraprestação pelo exercício profissional da advocacia, a fim de remunerar o conhecimento e o trabalho empregados na defesa dos direitos e interesses de seus contratantes. Ademais, possuem natureza alimentar e, portanto, são dotados dos mesmos privilégios elencados na legislação pátria ao crédito trabalhista (CUNHA, 2018).

O caráter alimentar dos honorários advocatícios é comum a todas as suas modalidades, conforme entendimento do STF. Tal inteligência está consubstanciada na Súmula Vinculante n. 47, que, inclusive, foi editada antes da elaboração do nosso atual CPC.

Ainda que hajam diferenças intrínsecas aos três tipos de honorários advocatícios, é importante destacar que é possível que eles coexistam no serviço do advogado. Isto porque é possível que sejam acumulados os honorários contratuais (avencados junto ao representado) e os honorários sucumbenciais (pagos pelo vencido e no montante determinado pelo juiz). Os honorários por arbitramento, por sua vez, podem ter natureza de honorários contratuais (no caso do defensor dativo ou da ausência de contrato) ou de honorários sucumbenciais (no caso de sentença omissa). Sendo assim, também são passíveis de acumulação (VIEIRA e CERNOV, 2018).

Os honorários sucumbenciais, tema central deste trabalho, são devidos ao advogado em caso de sucesso judicial, mas não são pagos por seu cliente, e, sim, pela parte que saiu derrotada na lide. Destaque-se que os honorários sucumbenciais são entendidos como uma prerrogativa dos advogados, sendo tal afirmação pacífica quando concernente aos advogados privados, mas controversa quanto aos advogados públicos, o que motivou a produção deste artigo.

Ademais, os honorários sucumbenciais são fixados pelo juízo, tendo como regra geral o art. 85, § 2º do CPC, que prevê sua fixação entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível determiná-lo, do valor atualizado da causa.

Ademais, quando a sentença do juízo é omissa acerca dos honorários sucumbenciais, os honorários arbitrados o substituem. Neste sentido aponta o art. 85, § 18 do CPC, que afirma que caso a “decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança”.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS PARA OS ADVOGADOS PÚBLICOS – INSTITUTOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS

Antes da edição do atual CPC e da Lei 13.327/16, os advogados públicos vinculados à União não recebiam os honorários de sucumbência devidos pela parte vencida nas causas em que a Fazenda Pública se sagrava vencedora. A despeito das disposições do Estatuto da OAB, tais quantias ingressavam diretamente nos cofres públicos.

Sendo assim, é possível considerar que as verbas pagas ao erário em razão da sucumbência se classificavam como receita pública? E o que são receitas públicas? Uma boa definição do instituto nos é fornecida por Aliomar Baleeiro¹⁷⁴, que afirma que receita pública “é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer seu vulto, como elemento novo e positivo”.

De acordo com a definição acima, caso os honorários de sucumbência sejam recolhidos diretamente aos cofres públicos, é possível considerar que adquirem natureza de receita pública originária ou de receita corrente, em harmonia com o art. 11 da Lei 4.320/1964 (KANAYAMA e KANAYAMA, 2017).

Ilmar Galvão, ex-ministro do STF, redator do parecer da ANAFE juntado aos à ADIN 6.053, alega, porém, que a sucumbência não é, pela sistemática proposta pela Lei 13.327/16, receita pública. Segundo ele, as verbas sucumbenciais não encontrariam correspondência nas hipóteses do art. 11 da Lei 4.320/1964, não podendo, assim, ser classificadas como receita pública. Trata-se, portanto, de uma concepção mais estrita de receita pública.

Ainda nesse ponto, a Lei 13.327/16 previu, em seu art. 35, que as quantias provenientes desse tipo de honorários sequer passem pelos cofres públicos sendo recebidas diretamente pela instituição financeira contratada para gerir o montante a ser rateado entre os advogados públicos da União. Tal artifício parece pretender evitar que as verbas sejam consideradas como receitas públicas e também que componham a remuneração do advogado público - assim, evita-se também a incidência do teto constitucional.

Cabe destacar também que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 117.513-5/RS, anterior à edição do atual CPC, firmou entendimento de que os honorários advocatícios de sucumbência, quando no polo vencedor se encontrasse a Fazenda Pública, integrariam o patrimônio público da entidade, não constituindo direito autônomo do advogado público.

174 BALEEIRO, Aliomar. Introdução à Ciência das Finanças. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 150 apud KANAYAMA, Renato Alberto Nielsen e KANAYAMA, Rodrigo Luis. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 8, p. 147-161, 2017.

Quanto ao caráter alimentar dos honorários sucumbenciais, o entendimento da Súmula Vinculante n. 47 do STF acabou sendo positivado pelo art. 85, § 14 do CPC. Tal caráter alimentar, porém, está atrelado à ideia de remuneração. Neste sentido, veja o que afirma Araújo (2018):

“(...) essa verba, quando recebida pelos advogados públicos, possui natureza alimentar e está vinculada, ainda que acidentalmente, com a relação de trabalho. Desse modo, a honorária faz jus aos mesmos privilégios e proteções outorgados às demais parcelas remuneratórias, tais como salários, subsídios, proventos e etc., pois todas elas possuem a mesma finalidade, qual seja, subsidiar o sustento do profissional, retribuindo o seu trabalho”.

No caso dos advogados públicos, entretanto, é necessário analisar se essa vinculação à remuneração atrairia a incidência do teto constitucional e também se estaria em consonância com o regime de subsídios previsto na nossa constituição, que é o modelo remuneratório determinado para as carreiras jurídicas.

O regime jurídico dos subsídios foi implantado no texto constitucional através da Emenda Constitucional nº 19/98 (EC 19/98), e está previsto no art. 39, § 4º e §8º e no art. 135 da Constituição Federal. As carreiras enquadradas neste regime devem ser remuneradas, como dispõe o art. 39, §4º da nossa magna, “(...) exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória (...)”. Nem todo servidor público está submetido ao regime jurídico dos subsídios, mas, aqueles que estão, recebem sua contraprestação fundamentalmente por meio de um pagamento em parcela única - neste grupo se inserem os advogados públicos. Acerca dos subsídios ensina Canotilho (2018, p. 1022):

“(...) Trata-se de remuneração em parcela única, não admitindo “o acréscimo de qualquer gratificação, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”. Assim, todos os ocupantes dos cargos mencionados no dispositivo sob enfoque, bem como dos outros que expressamente são submetidos por força do texto cons-

titucional ao regime do subsídio, não poderão receber outra remuneração que não o próprio subsídio, considerado assim - repita-se - como a única parcela devida como contraprestação do trabalho por eles desempenhado. Essa afirmação, porém, merece reparos. Isso porque o §4º deve ser interpretado em harmonia com o §3º, que garante alguns direitos à remuneração especial. Por exemplo, sendo o servidor remunerado por subsídio, não fará jus ao previsto no inciso XVI do art. 7º da CF? Parece óbvio que fará sim jus a tal remuneração extraordinária, já que não se pode interpretar o §4º de modo a retirar todo o sentido protetivo dos direitos mencionados no §3º. Desse modo, sempre que o gozo dos direitos sociais consagrados no art. 39, §3º, do texto constitucional representarem algum acréscimo na remuneração do servidor, essa parcela será somada ao subsídio, sob pena de desnaturação de uma garantia expressa do trabalhador”.

O objetivo do legislador constitucional ao prever o subsídio em parcela única parece ser justamente o de evitar o pagamento, a determinadas categorias de servidores, de uma quantia fixa junto a uma outra variável, porque esta última, muitas vezes, acaba tendo valores exorbitantes para os cofres públicos. Neste sentido, ensina José Afonso da Silva (2016, p. 693-695):

“Historicamente, o subsídio era uma forma de retribuição em duas parcelas: uma fixa e uma variável. Se a Constituição não exigisse ‘parcela única’, expressamente, essa regra prevaleceria. A primeira razão da exigência da ‘parcela única’ consiste em afastar essa duplicidade de parcelas que a tradição configurava nos subsídios. A proibição expressa de acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória reforça o repúdio ao conceito tradicional e elimina o vício de fragmentar a remuneração com múltiplos penduricalhos, que desfiguram o sistema retributório do agente público, gerando desigualdades e injustiças”.

Aqueles que defendem a inconstitucionalidade do recebimento de honorários de sucumbência pelos advogados públicos afirmam que há

uma evidente incongruência com o regime jurídico dos subsídios. Ilmar Galvão, por outro lado, afirma que tal previsão, na verdade, vai exatamente de encontro à intenção do legislador ao prever o regime dos subsídios.

Para o ex-ministro, o regime dos subsídios foi inserido na Constituição Federal para observar as particularidades de cada carreira pública e, mais ainda, estimular uma atuação diligente do servidor na defesa do interesse público. Ou seja, Galvão defende que a EC 19/98 pretendia descentralizar o modelo remuneratório constitucional, a fim de adequá-lo às realidades fáticas de cada cargo. Sendo assim, não haveria óbice alguma ao recebimento da sucumbência pelos advogados públicos, já que tais verbas seriam inerentes às especificidades dessa carreira pública e, de quebra, estimulariam a eficiência do servidor.

O parecer lembra que o art. 39, §1º, I, da Constituição Federal, prevê que os padrões de vencimento e demais componentes do sistema remuneratório do servidor considerarão as peculiaridades dos cargos. Para Galvão, esta seria justamente a hipótese dos honorários sucumbenciais, tendo em vista o seu recebimento ser, na sua visão, uma prerrogativa da advocacia.

Outro instituto relacionado a essa discussão é o teto constitucional, que está no texto constitucional no art. 37, XI, além de constar no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em linhas gerais, o instituto prevê que o subsídio recebido pelo ministro do STF não poderá ser ultrapassado por qualquer outro servidor público, com regras distintivas conforme o ente federativo ao qual o servidor está ligado.

E, como regra geral, submetem-se a esse teto quaisquer modalidades de remuneração recebidas pelo servidor público. Como exceção a este limite, porém, estão as verbas de natureza indenizatória recebidas pelo servidor, destinadas a ressarcir-lo de eventuais gastos que tenha suportado para o exercício do seu trabalho, e os direitos trabalhistas de cunho social.

Porém, como as verbas de sucumbência são pagas por particulares, aqueles que defendem a titularidade dos advogados públicos sobre elas alegam que não estariam sujeitas ao teto constitucional. Dessa forma, é importante pontuar que não se trata de caracterizar os honorários de sucumbência como tendo natureza indenizatória, pois não se identifica nenhuma doutrina relevante defendendo esta tese. Os partidários da hipótese da não submissão da sucumbência ao teto constitucional partem de

outro ponto, a origem da receita, que é privada – e assim, para eles, alheia a quaisquer limitações constitucionais.

ADIN 6.053 E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Na ADIN 6.053, a PGR alega que os honorários de sucumbência possuem natureza jurídica de receita pública *sui generis* e lembra que, antes da edição da Lei 13.327/16, tais verbas ingressavam ao erário como receita da União, em conformidade com o art. 1º do Decreto-Lei 1.025/1969. Tal dispositivo legal, como ressalta a PGR, não foi revogado pela edição da Lei 13.327/16, que até mesmo o menciona em seu art. 30, II. Sendo assim, para o órgão, eventual transferência da titularidade sobre as quantias da sucumbência para os advogados públicos configuraria renúncia tácita de receita da União.

Neste ponto, porém, discorda Ilmar Galvão, que afirma que as verbas sucumbenciais não possuem natureza pública, mas, sim, privada, por não se adequarem às hipóteses trazidas pelo art. 11, §1º e §2º da Lei 4.320/1964 – logo, não haveria renúncia tácita de receita.

A PGR, porém, argumenta que se as verbas de sucumbência possuíssem natureza privada, o art. 4º, XXI, da Lei Complementar nº 132 seria inconstitucional, já que prevê os honorários sucumbenciais recebidos pela Defensoria Pública sejam utilizados exclusivamente para aparelhamento e capacitação profissional da instituição. Para a PGR, caso se considere a sucumbência como receita privada, não poderia a referida lei dispor sobre qual deve ser sua destinação, pois estaria invadindo-se direito subjetivo de particulares, tanto no caso da Defensoria, como no rateio previsto na Lei 13.327/16.

Na peça da PGR também é questionada a legitimidade da Advocacia-Geral da União para interpor recursos visando a majoração da sucumbência, caso se entenda que esta é devida aos particulares. Para o órgão, nestas hipóteses não existiria interesse público que justificasse o uso da estrutura pública e, por isso, nem mesmo as peças poderiam ser produzidas durante o expediente no serviço público. O parecer de Galvão, por sua vez, rebate essa alegação afirmando que se trata de matéria exclusivamente administrativa, sem influência sobre a análise da constitucionalidade da norma.

A ADIN 6.053 também questiona a criação do Conselho Curador dos Honorários Advocatícios, prevista no art. 33 da Lei 13.327/2016, já que, ainda que se reconheça como entidade privada, foi criado por lei, tratamento reservado às autarquias. Segundo a PGR, tal Conselho, por tratar de interesses particulares, não deveria receber suporte da Advocacia-Geral da União, a despeito do disposto no art. 34, § 6º da Lei 13.327/2016. A mesma lei ainda dispõe, no art. 33, §4, que “a participação de advogados públicos no CCAH é considerada serviço público relevante”, o que também é questionado pela PGR, já que a entidade trataria exclusivamente de interesses particulares.

No que toca à inconstitucionalidade formal, a PGR argumenta que houve ofensa ao disposto no art. 37, X, da Constituição Federal, que prevê que a remuneração ou subsídio dos servidores apenas pode ser alterado por meio de lei específica. O mesmo dispositivo prevê que deve ser respeitada a iniciativa privativa em cada caso – na hipótese em tela, seria do Presidente da República. Como o CPC é norma geral processual e teve sua origem na Câmara dos Deputados, para a PGR, haveria vício de inconstitucionalidade formal.

O parecer da ANAFE discorda desta alegação. Segundo Galvão, o CPC apenas dispõe em abstrato sobre a distribuição dos honorários de sucumbência, confirmando a titularidade do advogado público sobre esta verba no art. 85, § 19º, o que já estava estabelecido no Estatuto da OAB desde 1994. Além disso, defende que a norma só produziu efeitos após a edição da Lei 13.327/16, que, por sua vez, é lei específica e foi proposta pelo chefe do executivo da União.

No tocante ao regime dos subsídios, a petição inicial da PGR lembra que, apesar do STF ter entendido que as atuações dos ministros junto ao Tribunal Superior Eleitoral – TSE devem ser remuneradas, tal pagamento só é devido porque são ultrapassadas as exigências comuns do cargo, o que evidentemente não se aplica aos advogados públicos com relação aos honorários de sucumbência. Ademais, aduz a PGR que o STJ já decidiu que a Defensoria Pública não faz jus aos honorários advocatícios nas ocasiões em que atua como curadora especial, uma vez que se trataria de atividade intrínseca às suas funções institucionais.

A PGR alega também que a sucumbência recebida pelos advogados públicos afrontaria a previsão do art. 39, §1º, da Constituição Federal,

que fixa critérios para a remuneração dos servidores públicos, já que constituiria uma espécie de prêmio a uma categoria específica de servidores, criando uma fonte de receitas fortuita para estes. O parecer da ANAFE, contudo, apresenta um entendimento oposto. Galvão atenta que o art. 39, §1º, III, da Constituição Federal prevê que a remuneração do servidor observará as peculiaridades do cargo, o que, para ele, se amolda perfeitamente à hipótese de recebimento da sucumbência pelos advogados públicos.

Quanto à submissão das verbas sucumbenciais ao teto constitucional, a PGR lembra que, no seu entender, os honorários sucumbenciais detêm natureza de receita pública, logo, sua submissão ao teto constitucional seria mandatória, já que o art. 37, XI, da Constituição Federal prevê o teto para todo o funcionalismo público e afirma textualmente que nele estão “incluídas todas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza”. Neste contexto, a PGR defende que a existência do teto constitucional possui a finalidade de limitar os valores recebidos pelos servidores públicos. Sendo assim, para o órgão, permitir que os advogados públicos recebam essas quantias sucumbenciais sem qualquer limitação beneficiária injustamente essa única categoria, que receberia valores acima até mesmo daqueles praticados no setor privado, configurando uma clara ofensa aos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade e supremacia do interesse público.

Ilmar Galvão, por outro lado, considera que a sucumbência é receita privada, afirmando que, por isso, as quantias não devem ser submetidas ao teto constitucional e nem compor a remuneração do servidor para quaisquer efeitos.

Já no que toca ao regime estatutário dos servidores públicos, a PGR alega que os mandamentos da Lei 13.327/16 criam uma disparidade entre categorias submetidas ao mesmo regime, ao prever o recebimento da sucumbência pelos advogados públicos, ressaltando ainda que tal benesse não é estendida aos defensores públicos, por exemplo, que também são advogados.

No ponto da comparação com a Defensoria Pública, o parecer da ANAFE argumenta que cabe a cada órgão destinar as suas verbas de sucumbência, em razão da autonomia dos Estados, Municípios e Distrito Federal. No caso da Defensoria Pública da União, que prevê o seu uso para aparelhamento da instituição e capacitação de pessoal, segundo o

parecer, existiriam evidentes benefícios e incentivos para os membros da carreira. Sendo assim, analogicamente, não haveria óbice à disposição prevista na Lei 13.327/16.

Voltando aos argumentos da PGR, também é dito na inicial da ação que o recebimento da sucumbência pelos advogados públicos configuraria uma ofensa ao princípio republicano, insculpido no art. 1º da Constituição Federal. Para a PGR, sendo destinada a sucumbência aos advogados públicos, ocorreria um inegável conflito de interesses entre estes e a União, o que comprometeria a consecução da finalidade pública.

Para Ilmar Galvão, porém, não subsiste tal conflito de interesses em uma possível dicotomia entre majoração dos honorários e defesa do interesse público. Segundo o ex-ministro, o argumento apresentado pela PGR é meramente retórico, sem qualquer nexo de causalidade e contraria a realidade da atuação dos advogados público federais do país, classificados por ele como uma “categoria exemplar do funcionalismo público”.

Já na jurisprudência, o TRF-5 entendeu pela constitucionalidade das normas no julgamento de embargos de declaração no curso do processo nº 0800328-16.2015.4.05.8205. O relator da ação, acompanhado em unanimidade pelos demais desembargadores, defendeu que os honorários de sucumbência não podem ser caracterizados como integrantes da remuneração do advogado público, já que são pagos pela parte vencida, e não pelo Estado. O acórdão ainda citou precedente da mesma turma do tribunal, no qual se afirma que “o subsídio é devido ao advogado público em razão do exercício do cargo, enquanto as verbas honorárias sucumbenciais decorrem da eventualidade da sucumbência da parte contrária, não havendo incompatibilidade entre eles”.

Por sua vez, no âmbito do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0011142-13.2017.4.02.0000, no TRF-2, o entendimento, em um primeiro momento, foi contrário. O acórdão explica que o recebimento de honorários sucumbenciais por advogados públicos feriria o regime jurídico dos subsídios, ao qual somente se excetuam a esse regime as verbas indenizatórias e os direitos sociais expressamente previstos no art. 39, §3º da Constituição Federal.

O acórdão questiona também que, embora a Lei 13.327/16 tenha previsto o pagamento de honorários sucumbenciais para ativos e inativos,

o art. 32 previu que esses valores não devem integrar a base de cálculo, seja compulsória ou facultativa, da contribuição previdenciária. Para o relator, haveria nisto um flagrante descumprimento do art. 40, § 18 da Constituição Federal, que prevê a contribuição previdenciária sobre aposentadorias e pensões, assim como para os servidores em atividade.

Quanto ao teto constitucional, o relator afirma que as expressões “ou outra espécie remuneratória”, “percebidos cumulativamente ou não” e “incluindo vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza”, previstas no art. 37, XI, de nossa carta magna, deixariam evidente que eventual recebimento de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos se submeteria a este limite.

Também se enfrenta, no acórdão, a tese de que a previsão de recebimento dos honorários sucumbenciais pelos advogados públicos nada mais seria que igualar as carreiras jurídicas pública e privada, tratando-as de maneira isonômica, já que tal recebimento seria uma prerrogativa da advocacia. O relator discorda dessa alegação de isonomia, uma vez que argumenta que os advogados privados possuem diversos gastos que não são partilhados pelos advogados públicos, tais como pagamento de aluguel dos escritórios, aquisição de material, contratação de pessoal etc. Os advogados públicos, por outro lado, contam com todo o aparato estatal para o exercício de seu trabalho, não havendo que dispor de seu próprio patrimônio para isso. Sendo assim, tal conceito de isonomia, segundo o relator, traria somente os benefícios financeiros da advocacia para os advogados públicos.

O acórdão também aborda a previsão de apoio administrativo estatal ao Conselho Curador dos Honorários Advocatícios, cujos interesses, segundo o relator, são particulares, configurando flagrante ofensa aos princípios constitucionais da moralidade e da razoabilidade.

Ademais, ainda conforme o acórdão, o art. 35 da Lei 13.327/16 teria a intenção de evitar que as verbas oriundas da sucumbência transitassem pela conta única do Tesouro Nacional, em uma evidente busca de desvirtuar o caráter de receita pública dessas quantias.

Por fim, o acórdão ainda julga que há inconstitucionalidade formal das normas em comento, uma vez que a previsão trazida pelo CPC só poderia ter sido feita por meio de lei específica e respeitando a iniciativa privativa do Chefe do Executivo.

CONCLUSÃO

No que toca a suposta inconstitucionalidade formal das normas, conclui-se que tais alegações não subsistem a um exame mais acurado da produção das mesmas. Como explica Ilmar Galvão, o CPC apenas versou sobre a titularidade dos honorários sucumbenciais, manejando-a para os advogados públicos e confirmando o que já estava estabelecido no Estatuto da OAB desde 1994. Apenas com a edição da Lei 13.327/16 é que os advogados públicos federais, de fato, passaram a receber a sucumbência. Logo, tal alteração se afigura legítima, tendo em vista que o CPC, uma lei geral, apenas previu, de forma abstrata, um comportamento que só passou a ser obedecido posteriormente quando da edição de lei específica sobre o assunto. Ademais, a Lei 13.327/16 também respeitou a iniciativa privativa da Presidência da República.

Quanto à constitucionalidade material das normas, porém, conclui-se que o recebimento da sucumbência pelos advogados públicos não é harmonioso com o regime jurídico dos subsídios. O objetivo dos subsídios é exatamente eliminar qualquer tipo de ganho remuneratório variável e, sendo assim, o recebimento dos honorários de sucumbência pelos advogados públicos, incertos e variáveis, feriria sua ideia central.

Ademais, o argumento de que o direito ao recebimento da sucumbência é uma prerrogativa dos advogados e que, por isso, estendê-la aos advogados públicos seria uma questão de tratamento isonômico, não parece convincente. A advocacia privada demanda diversos custos para o seu exercício, além da preocupação na busca e manutenção de clientes e da responsabilidade pela continuidade do escritório. Os advogados públicos, por sua vez, contam com todo o suporte administrativo do Estado para o exercício de sua atividade profissional e, nas hipóteses em que são obrigados usar de seu próprio patrimônio para tal, são depois indenizados por isso.

Quanto à natureza da receita, a sucumbência é, de fato, paga pelo particular. Contudo, conforme definição apresentada neste trabalho, a partir do momento que tais valores ingressam aos cofres públicos, adquirem status de receita pública, submetendo-se a todos as previsões legais e constitucionais que disciplinam esse instituto. Entendendo-se tais verbas como receita pública, inevitavelmente a resposta seria que compõem a

remuneração do servidor e que, portanto, devem se adequar ao regime jurídico dos subsídios e ao teto constitucional.

Conclui-se, portanto, que os advogados públicos federais devem, sim, ser muito bem remunerados pelos excelentes serviços que prestam ao Estado, mas por meio de seus subsídios constitucionalmente previstos, não pela titularidade incerta e variável da sucumbência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fabiana Azevedo. **A remuneração do advogado: investigações acerca da natureza jurídica dos honorários de sucumbência**. Revista Virtual da AGU. Ano VIII. n. 79, 2008. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/79752>.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 1.025, de 21 de outubro de 1969. **Declara extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida Pública da União e dá outras providências**. Brasília, 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1025.htm. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Lei 13.327, de 29 de julho de 2016. **Altera a remuneração dos servidores públicos (...)**. Brasília, 29 jul. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113327.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. **Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e**

- do Distrito Federal.** Brasília, 4 mai. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- BRASIL. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. **Estatuto da OAB.** Brasília, 4 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- BRASIL. Lei Complementar 132, de 7 de outubro de 2009. **Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados (...).** Brasília, 7 out. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Petição Inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.053.** n. 003/2018 – SGJ/PGR. Sistema Único n. 362229/2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/PetioInicialADIAAdvogados.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). **Arguição de Inconstitucionalidade nº 0011142-13.2017.4.02.0000.** Agravante: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e OUTRO. Agravado: Comércio de Bebidas Sede Zero da Central LTDA-ME. Relator: Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Rio de Janeiro, 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/honorario-sucumbencia-advogado-publico1.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). **Embargos de Declaração em Apelação nº 0800328-16.2015.4.05.8205.** Apelante: União Federal. Apelado: Rita Gonçalves da Silva. Embargante: Rita Gonçalves da Silva. Relator: Desembargador Federal Carlos Rebelo Júnior. Recife, 13 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/trf-aprova-honorarios-advogados.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GALVÃO, Ilmar. **Parecer: Honorários Sucumbenciais percebidos por Advogados Públicos Federais**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-ex-ministro-ilmar-galvao.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

KANAYAMA, Renato Alberto Nielsen; KANAYAMA, Rodrigo Luis. **Os honorários de sucumbência da Advocacia Pública: breve análise sob o olhar do Direito Financeiro**. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. Curitiba, n. 8, p. 147-161, 2017. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/revista_2017/OshonorariosdesucumbenciadaAdvocaciaPublica.pdf>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

VIEIRA, Hélio; CERNOV, Zênia. **Honorários Advocatícios**. São Paulo: LTr, 2018.

RESUMO

A RECLAMAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES: DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS À INTERPRETAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Larissa Pochmann Da Silva

Marcelo Pereira De Almeida

A reclamação constitucional vem se revelando um instrumento de imensurável relevância no modelo de tutela dos direitos no Brasil, pois se destina a garantir a observância dos julgados dos tribunais e a preservação das suas competências. Essa importância ganha mais relevo a partir do momento em que se busca valorizar um modelo de precedentes judiciais, fortalecendo e uniformizando os provimentos das cortes superiores, de sorte a proporcionar mais estabilidade e confiança na atividade jurisdicional. Nesse panorama, a reclamação constitucional surgiu e foi se amoldando até ganhar um status bem significativo na regulamentação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015.

Para demonstrar seu delineamento no ordenamento jurídico brasileiro, pretende-se analisar o tema à luz do entendimento firmado pelos

Tribunais Superiores, a partir da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com um tratamento qualitativo das informações obtidas.

As origens da reclamação remontam à postura judicante do Supremo Tribunal Federal (STF), que consolidou em sua jurisprudência a utilização desse instrumento, inicialmente, para preservar o cumprimento dos seus julgados. Para isso, utilizou a teoria dos poderes implícitos, de origem no direito norte-americano, na fundamentação do julgamento da Reclamação nº 141 de 1952, destacando que a competência dos tribunais, mesmo não estando expressamente definida na Constituição, pode ser construída por interpretação do seu próprio texto (LEONEL, 2011, p. 113).

Com base nesse entendimento, em 1957, valendo-se do art. 97, II da Constituição de 1946, que concedia aos tribunais competência para a elaboração de seus próprios regimentos, o Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do seu então presidente Ministro Orozimbo Nonato, incluiu expressamente em seu Regimento Interno a previsão da reclamação como medida capaz de garantir a autoridade de suas decisões e preservar-lhe a competência. Foi neste momento que reclamação, até então aplicada apenas em sede jurisprudencial, foi aprovada e incorporada ao mencionado Regimento (DANTAS, 2000, p. 209).

Apesar da previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal autorizada pela Constituição de 1946, foi somente com a promulgação da Constituição de 1967 que ao Supremo Tribunal Federal foi permitido dispor sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal (CF/1967, art. 155, par. único). A partir de então, a previsão regimental da reclamação estava sedimentada e, julgados importantes se seguiram, podendo ser destacada a Reclamação nº 831/DF de relatoria do Ministro Moacyr Amaral Santos, consolidando sua natureza jurisdicional.

Apenas na Constituição Federal de 1988, a reclamação foi expressamente prevista (arts. 102, I, “I”, e 105, I, “f”), estabelecendo a competência para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça processarem e julgarem reclamação destinada a preservar a competência e garantir a autoridade de suas decisões.

Com essa previsão, o legislador editou a Lei nº 8.038/90, instituindo regras procedimentais para os processos de competência do e o Superior Tribunal de Justiça, inclusive as destinadas a regular a dinâmica da recla-

mação perante esses tribunais, nos termos das orientações já previstas nos respectivos regimentos internos. A partir desse momento, a reclamação começou a ganhar vulto, e cada vez mais fortalecer a competência e preservar a força normativa dos julgados dessas cortes.

Para demonstrar essa curva de fortalecimento do instituto da reclamação perante as cortes superiores destacam-se alguns julgados relevantes, como no MS 2.904-5/DF, em que o Superior Tribunal de Justiça definiu que cabe reclamação constitucional e não mandado de segurança para fazer cumprir decisão de Tribunal não respeitada por juízo a ele subordinado.

Vale destacar, ainda, o reconhecimento de seu cabimento contra acórdão proferido por turma recursal em Juizados Especiais Estaduais no intuito de uniformizar os entendimentos perante esse ambiente jurisdicional, em conformidade com os pronunciamentos, principalmente do STJ. Esse entendimento foi firmado, haja vista a ausência de uma via recursal aberta para esse fim, em virtude do descabimento de recursos especial contra acórdãos proferidos por turmas recursais.

Essa hipótese foi reconhecida no julgamento dos EDcl no RE 571.572.8/BA, de relatoria da Min. Ellen Gracie, permitindo o cabimento da reclamação constitucional para o STJ com o objetivo de preservar a sua competência como órgão de superposição com função de uniformizar a interpretação e aplicação das leis federais.

A partir deste julgado, o STJ editou a Resolução nº 12/2009, regulando os contornos para a utilização da reclamação constitucional para esse fim, redimensionando o instituto no intuito de fortalecer cada vez mais a força dos julgados das cortes superiores.

No Código de Processo Civil de 2015(CPC de 2015), a reclamação constitucional foi redimensionada e fortalecida, se revelando imprescindível instrumento na implementação do almejado modelo de precedentes de observância obrigatória.

Trata-se, a nosso sentir, na verdade, de instrumento que não é mais reconhecido apenas diante do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, como também dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais. Houve significativa ampliação das suas hipóteses de cabimento, além do detalhamento de algumas regras procedimentais.

O artigo 988 do Código de Processo Civil passou expressamente a prever 4 (quatro) hipóteses de reclamação: i) para preservar a competência de um tribunal; ii) garantir a autoridade das decisões do tribunal; iii) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e iv) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Por sua vez, o parágrafo quinto do mesmo dispositivo prevê que não será cabível reclamação: i) proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; ii) proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Para interpretar essas hipóteses, no ano de 2019, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou à Corte Especial se a reclamação poderia ser utilizada para o controle da aplicação dos temas repetitivos e de repercussão geral (Reclamação nº 36.476).

Cumpra, ainda, salientar que, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 24.417/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luis Roberto Barroso, reconheceu-se que a reclamação possui natureza de ação, inclusive com a possibilidade de fixação de honorários sucumbenciais, como se extrai do voto do Ministro Barroso: “o CPC/2015 promoveu uma modificação essencial no procedimento da reclamação, ao instituir o contraditório prévio à decisão final (art. 989, III). Disso decorre o ingresso do beneficiário do ato impugnado efetivamente como parte, com a respectiva obrigatoriedade de se lhe oportunizar a defesa do seu direito. Isto é, a reclamação indiscutivelmente tornou-se uma ação, dotada de um rito próprio”.

Pode-se constatar, portanto, que a reclamação é uma ação que pode ser enquadrada como a “garantia das garantias” (WAMBIER et al, 2016, p. 1.414), por apresentar, na atualidade, não apenas a finalidade pura e simples de que o direito seja cumprido, mas, mais do que isso, garantir a efetividade das decisões jurisdicionais, par assegurar que direitos que já foram reconhecidos sejam respeitados.

Referências

- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional no direito brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 3. 13 ed. Salvador: Juspodium, 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais. Revista síntese de Direito Penal e Processual Penal. n. 2, jun-jul. 2000.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Reclamação Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil – Artigo por Artigo. São Paulo: RT, 2016

**LEITURAS DE SOLUÇÃO
DE CONFLITOS**

Haroldo Lourenço, Larissa Pochmann da Silva,
Marcelo Pereira de Almeida e Márcio Galvão

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Dezembro de 2019