

RE DP

QUALIS
A2

e-ISSN nº 1982-7636

Rio de Janeiro - Brasil

Revista Eletrônica de Direito Processual

PPGD Direito Processual da UERJ

Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*)



SETEMBRO-DEZEMBRO 2024

Vol 25 nº 03

RE DP

QUALIS
A2

e-ISSN nº 1982-7636

Rio de Janeiro - Brasil

Revista Eletrônica de Direito Processual

PPGD Direito Processual da UERJ

Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*)

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (uerj)

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD)

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL (REDP). e-ISSN: 1982-7636

Vol. 25, n. 3, Set-dez 2024

A Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP é um periódico quadrimestral voltado à divulgação artigos e outros trabalhos de cunho acadêmico que contribuam para a área de Direito Processual (civil, penal, do trabalho, administrativo, internacional, tributário, comparado). A missão da REDP é contribuir para o permanente desenvolvimento do Direito Processual por meio da publicação eletrônica de artigos de alta qualidade, acompanhando a rápida e constante evolução do campo.

The Procedural Law Electronic Review – REDP is a journal published every four months dedicated to the dissemination of articles and other academic works that contribute to the area of Procedural Law (civil, criminal, labor, administrative, international, tax, and comparative). REDP's mission is to contribute to the permanent development of Procedural Law through the electronic publication of high-quality articles, following the rapid and constant evolution of the field.

e-ISSN: 1982-7636 | **Ano de criação/Year of foundation:** 2007 | **Área do conhecimento/Subject matter:** Direito/Law | **Qualis:** A2 (Direito/Law) | **Periodicidade/Publication Frequency:** Quadrimestral/Every four months

Endereço: Campus Maracanã, Pavilhão João Lyra Filho, 7º andar. Bloco F, sala 7123. Rio de Janeiro/RJ. Brasil. Telefones: (21) 2334-0072 ou 2334-0312. E-mail: fhrevistaprocessual@gmail.com

Patrono

José Carlos Barbosa Moreira (*in memoriam*).

Diretores Eméritos/Emeritus Directors

Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Editores/Editors

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Conselho Editorial/Editorial Board

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Ángel R. Oquendo, University of Connecticut, Hartford, CT, Estados Unidos

Bruno Dantas Nascimento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Bryant Garth, Universidade de Irvine, Califórnia

Chiara Besso Marcheis, Università degli Studi di Torino, Torino, Itália

Christoph Paulus, Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin, Alemanha

Cláudia Elisabete Schwerz, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Cleber Francisco Alves, Universidade Federal Fluminense, RJ, Brasil

Darci Guimaraes Ribeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Diego Eduardo López Medina, Universidad de los Andes, Bogotá, Colômbia

Dierle Nunes, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil

Eduardo Oteiza, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Argentina

Fabiana Marion Spengler, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil

Fernando da Fonseca Gajardoni, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, BrasiFlávia Pereira Hill, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Flavio Mirza Maduro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Gisele Mazzoni Welsch Medeiros, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, e IDP, Brasil

Hermes Zanetti Junior, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

João Paulo Fernandes Remédio Marques, Universidade de Coimbra, Portugal.

José Roberto dos Santos Bedaque, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

José Rogério Cruz e Tucci, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Leonardo Faria Schenk, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Leonardo José Carneiro da Cunha, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Luiz Mariano Negrón, Universidad Interamericana de Puerto Rico, Guayama, Porto Rico

Marcio Carvalho Faria, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil

Mauro Braga, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil

Nuria Belloso Martín, Universidad de Burgos, Burgos, Espanha

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Plínio Lacerda, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Rodrigo Mazzei, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil

Rosalina Moitta Pinto da Costa, Universidade Federal do Pará, Belém, Pará, Amazônia, Brasil.

Santiago Pereira Campos, Universidad de Montevideo, Uruguay

Teresa Arruda Alvim, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Valesca Raizer Borges Moschen, Universidade Federal do Espírito Santo UFES, Brasil

Equipe Editorial/Editorial Support

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Professor Titular - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Márcia Michele Garcia Duarte, Professora Associada - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Amanda de Lima Vieira, Doutora pela UERJ. Assistente Acadêmica - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Larissa Clare Pochmann da Silva, Pós-doutora pela UERJ. Assistente Acadêmica - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Adrielly da Silva Apolinário, Ac. Extensionista – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Ana Theodoro, Est. Docência – Doutoranda - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Bruno da Silva de Carvalho, Ac. Extensionista – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Cristiane Sereido, Est. Docência – Mestranda - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Diana Freiha, Est. Docência – Doutoranda - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Eyshila Cristine Ferreira do Sêro (Bolsista DEPEX UERJ), Ac. Extensionista - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Gustavo Abdalla, Est. Docência – Doutorando - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Stella Klimroth de Sá, Ac. Extensionista – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

A responsabilidade pelas opiniões emitidas, pelas informações e ideias divulgadas são exclusivas dos autores.

Revista Eletrônica de Direito Processual REDP [recurso eletrônico]. – V. 25, n. 3, (2007-). – Rio de Janeiro, RJ: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, 2007-
Recurso online.

Periodicidade quadrimestral a partir de 2007.

E-ISSN 1982-7636

Disponível apenas online.

Sigla: REDP

Título, resumos e textos em português, inglês e espanhol.

Preservada digitalmente na Rede Portal de Publicações Eletrônicas da UERJ [<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index/aboutSite>]

1. Ciência Jurídica 2. Direito Processual 3. Periódicos I. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD).

CDU: 340

CDD: 340

Indexadores:



CENGAGE
Learning®



DOAJ

latindex Scopus

SUMÁRIO

PERSPECTIVAS DE APRIMORAMENTO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E A REMODELAGEM DA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DOS ÓRGÃOS JULGADORES <i>Acácio Miranda Silva Filho</i> <i>Arthur Paku Ottolini Balbani</i>	7
PAPEL DA JURIMETRIA NA AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS JUDICIÁRIAS E NA EFETIVAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS <i>Aluisio Gonçalves de Castro Mendes</i> <i>Carolina Paes de Castro Mendes</i> <i>Maurilio Guignoni Dutra</i>	32
O DIREITO À PRODUÇÃO PROBATÓRIA E O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE EFETIVA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO <i>Américo Bedê Freire Júnior</i> <i>Vladimir Cunha Bezerra</i>	58
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A INVERSÃO DA POLÍTICA PELO DIREITO À LUZ DO FENÔMENO DA SUPREMACIA <i>Ana Luiza Goulart Peres Matos</i> <i>Sérgio Henriques Zandona Freitas</i> <i>Bruno Paiva Bernardes</i>	79
DIGITISATION IN CIVIL JUDICIAL COOPERATION IN THE EUROPEAN UNION: AN ANALYSIS OF ITS EVOLUTION <i>Ana María Vicario Pérez</i>	108
A MEDIAÇÃO FAMILIAR NOS PROCESSOS JUDICIAIS DE REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS: UMA VIA PARA A COPARENTALIDADE POSITIVA? <i>Ana Raquel Magalhães Barbosa</i> <i>Lurdes Varregoso Mesquita</i>	126
COMENTÁRIOS SOBRE O JULGAMENTO COLEGIADO ESTENDIDO DO ARTIGO 942 DO CPC <i>André Garcia Leão Reis Valadares</i>	140
O PROCESSO COLETIVO E SUA PERSPECTIVA ATUAL E LEGISLATIVAMENTE PROJETADA: REFLEXÕES A PARTIR DE SEUS ELEMENTOS ESSENCIAIS COMO CONTRIBUTO AOS FLEXOS DESENVOLVIMENTISTAS <i>Antônio Pereira Gaio Júnior</i>	164
LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA DESJUDICIALIZAR LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN EN ESPAÑA <i>Antonio Vasco Gómez</i>	193
ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA FAMILIAR: MÉXICO, CANADÁ Y CHILE <i>Carina Gómez Fröde</i>	215
MINISTÉRIO PÚBLICO DE GARANTIAS <i>Cláudio José Amaral Bahia</i> <i>Robson Martins</i>	233
MEDIATION IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA: MAIN FEATURES AND TRENDS <i>Elizabeta Spiroska</i> <i>Mirjana Ristovska</i>	256

A UTILIZAÇÃO DO EXAME DE DNA PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL <i>Ellen Cristina Carmo Rodrigues Brandão</i> <i>Victória Fortunato Ferreira</i>	273
ESTRUTURA E FUNÇÃO DO PROCESSO CIVIL <i>Enio Nakamura Oku</i>	305
O OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTÁVEL (ODS) 16 (PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES) E A RESOLUÇÃO 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) ENQUANTO POLÍTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA DE ACESSO À JUSTIÇA <i>Fabiana Marion Spengler</i>	326
O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E PELA SUPREMA CORTE CONSTITUCIONAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL <i>Felipe Labruna</i> <i>Cassiano Mazon</i> <i>Gisele Pereira Aguiar</i>	356
A RELEVÂNCIA DA QUESTÃO DE DIREITO FEDERAL NO RECURSO ESPECIAL: FILTRO OBSTATIVO DE CONHECIMENTO OU INSTRUMENTO DE INTEGRAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE DEMANDAS REPETITIVAS? <i>Fernando Natal Batista</i>	385
A EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO DO ASSISTENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 <i>Filipe Ramos Oliveira</i>	420
DA FALTA DE CRITÉRIO NO USO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS PARA A OBTENÇÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL: POSSÍVEIS PROBLEMAS <i>Gabriela Luna Santana Gomes Tenório</i> <i>José Mário Wanderley Gomes Neto</i> <i>Rodrigo Tenório Tavares de Melo</i>	460
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: ENTRE AÇÕES COLETIVAS E PRECEDENTES VINCULANTES <i>Gustavo Viegas Marcondes</i>	482
CYBERJUSTICE: THE MEDIATOR'S CONCILIATORY ACTIVITY BETWEEN TECHNIQUE AND TECHNOLOGY <i>Irene Coppola</i>	509
COMPENSATION FOR DAMAGE CAUSED BY RUSSIA'S ARMED AGGRESSION AGAINST UKRAINE: PROSPECTS FOR EXTRAJUDICIAL RESOLUTION <i>Iryna Izarova</i> <i>Yuliia Hartman</i>	515
ELEMENTO VINCULANTE DAS DECISÕES DO SUPREMO: ENTRE TESES JURÍDICAS E PRECEDENTES JUDICIAIS <i>Jair Marocco</i>	537
AUTOCOMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA: A INTEGRAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS AOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS <i>Jovina d'Avila Bordoni</i> <i>Luciano Tonet</i> <i>Ana Paula de Oliveira Adriano</i>	557



ATOS PROCESSUAIS POR MEIOS ELETRÔNICOS E REFLEXÕES SOBRE A CITAÇÃO POR WHATSAPP. **573**

Márcia Michele Garcia Duarte

Thaís Dias David Junqueira

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS EM CONFLITOS ESTRUTURAIS NA ÁSIA E DIRETRIZES JUDICIAIS **595**

Marco Félix Jobim

A VINCULAÇÃO DA ARBITRAGEM AOS PRECEDENTES JUDICIAIS **615**

Marina Mendes Evangelista

Osmar Mendes Paixão Côrtes

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ADR E ODR: UM OLHAR A PARTIR DO ORDENAMENTO ESPANHOL **630**

Paulo Ramón Suárez Xavier

DIREITO À MORADIA EM REPERCUSSÃO GERAL: A DISCUSSÃO SOBRE A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO LOCATÍCIO COMERCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **659**

Renan Francelino da Silva

José Mário Gomes Wanderley Neto

Alexandre de Paula Filho

A INFLUÊNCIA DA DESJUDICIALIZAÇÃO LUSITANA NO PL 6204/2019 E AS ALTERAÇÕES QUE TÊM SIDO FEITAS NO SEU PERCURSO **688**

Rosalina Moitta Pinto da Costa

Iracecília Melsens Silva da Rocha

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AS INFRAÇÕES PENAIS PRETÉRITAS INSIGNIFICANTES: UMA NOVA PROPOSTA INTERPRETATIVA **715**

Thiago Rocha de Rezende

DELIBERAÇÃO E VINCULAÇÃO: OS IMPACTOS DO MODELO DE JULGAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O SISTEMA DE PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS DO CPC/2015 **735**

Tiago Cisneiros de Araújo

José Mário Gomes Neto

QUALIS
A2

PERSPECTIVAS DE APRIMORAMENTO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E A REMODELAGEM DA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DOS ÓRGÃOS JULGADORES¹

PERSPECTIVES ON THE ENHANCEMENT OF PUBLIC POLICIES' JUDICIAL REVIEW: RELATIVIZATION OF THE RES JUDICATA AND REMODELATION OF THE COURTS' ADMINISTRATIVE STRUCTURE.

Acácio Miranda Silva Filho

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pelo IDP/DF. Master em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada/Espanha. cursou pós-graduação lato sensu em Processo Penal na Escola Paulista da Magistratura e em Direito Penal na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. É especialista em Teoria do Delito na Universidade de Salamanca/Espanha, em Direito Penal Econômico na Universidade de Coimbra/IBCCRIM e em Direito Penal Econômico na Universidade Castilla - La Mancha/Espanha. Tem extensão em Ciências Criminais, ministrada pela Escola Alemã de Ciências Criminais da Universidade de Gottingen/Alemanha, em Direito Penal pela Universidade Pompeu Fabra/Espanha, ministrada em convênio com a Escola Paulista da Magistratura, em Direito Parlamentar pela Universidade Castilla La-Mancha/Espanha e de Prevenção à Lavagem de Capitais pela Universidade de Salamanca/Espanha. São Paulo/SP, Brasil. Vinculado à UNIFMU. E-mail: acaciomirandafilho@gmail.com.

Arthur Paku Ottolini Balbani

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Especialista (pós-graduação lato sensu) em Direito Empresarial pela Escola Paulista da Magistratura/SP. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Vinculado à Universidade de São Paulo e ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (onde exerce a função de assistente jurídico em gabinete de Desembargador). São Paulo/SP, Brasil. E-mail: arpaku@gmail.com.

RESUMO: O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade decorrente do papel assumido pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, no qual a tutela dos direitos fundamentais e o estabelecimento de meios efetivos de sua concretização é a finalidade do Estado. No entanto, o

sistema jurídico brasileiro, seja em termos de gestão de tribunais, seja no que toca ao próprio processo civil, ainda não assimilou na integralidade essa nova perspectiva, o que compromete qualitativamente o aspecto decisório do controle. Através de revisão bibliográfica da doutrina especializada e da análise

¹ Artigo recebido em 10/9/2022 e aprovado em 26/01/2023.

da realidade específica dos Tribunais, partindo de experiências análogas, o presente estudo busca analisar as propostas possíveis para o aprimoramento do controle jurisdicional das políticas públicas, indicando, ao final, uma solução administrativa – a criação de varas judiciais especializadas, concomitante à dotação de maior estrutura técnica aos quadros dos tribunais, para lidar com as demandas atinentes ao controle jurisdicional de políticas públicas – e outra processual – a relativização da coisa julgada quanto aos meios eleitos pelo Judiciário para implementar a política pública – para a superação desse *status quo*, ciente de que, para o tratamento dessa matéria, é fundamental ter como norte o aspecto de efetivação dos direitos fundamentais. Tais propostas derivam das duas conclusões deste trabalho, no sentido de que as estruturas processuais hoje existentes, baseadas em uma concepção clássica do processo civil, não são adequadas ao *standard* contemporâneo de controle, e que é necessário buscar uma integração entre soluções processuais (perspectiva teórica) com mecanismos administrativos de gestão (perspectiva fático-concreta).

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada; controle jurisdicional; direitos fundamentais; estrutura dos tribunais; políticas públicas.

ABSTRACT: Due to the Democratic Rule of Law, public policies' judicial review is a new trend to the Judiciary since the

State's finality now demands him to be the fundamental rights' guardian and to assure effective ways to make them concrete. However, the juridical structure adopted in Brazil, both related to Judiciary Administration and Civil Procedure, has not yet conceived this new perspective, struggling with the qualitative aspects of this type of control. By reviewing specialized bibliography on the theme and analysing the specific reality faced by Brazilian Courts in similar situations, this article aims to analyse possible proposals to upgrade the current mechanisms used for the public policies' judicial review; this paper also proposes two different solutions to the issue, the first one related not only to the specialization of some judges, but also with reinforcements in Courts' staff, and the second one related to the relativization of *res judicata*, aiming that both of them may be able to create a better environment to public policies' judicial review. Both of these proposals are related to the conclusions of the paper, which indicates that the current structures and mechanisms are not enough to fulfil the contemporary control standards and that it is necessary to adopt a solution that integrates processual solutions (based on theory) and administrative mechanisms (based on concrete structures).

KEYWORDS: Courts' structure; fundamental rights; judicial review; public policies; *res judicata*.

INTRODUÇÃO

A consolidação do Estado Democrático de Direito trouxe consigo a superação de importantes paradigmas jurídicos e administrativistas – o que, por evidente, não importou no abandono de estruturas já utilizadas, mas de sua ressignificação para compatibilizá-las com a nova realidade estatal. A concepção enrijecida de Separação de Poderes deu lugar a uma tese eclética, que reconhece a possibilidade de intervenção na discricionariedade administrativa quando esta se mostra desprovida de proporcionalidade e razoabilidade.

Com esse novo panorama, a discussão acerca da admissibilidade do controle jurisdicional de *per se* dá lugar à discussão acerca da extensão do controle. Com a mudança do eixo de debate, era esperado que houvesse uma modificação da estrutura do Poder Judiciário, para que este pudesse receber as demandas e apreciá-las de maneira mais efetiva: afinal, fora isso que acontecera quando outras matérias, igualmente dotadas de maior complexidade e de nuances que ensejavam a especialização da jurisdição – violência doméstica e crimes financeiros, por exemplo -, passaram a ter proeminência na pauta de julgamentos. Contudo, a pretendida especialização não foi concretizada, sendo o tema ainda afeto às varas com competência para julgar processos atinentes à Fazenda Pública.

E, feita esta opção administrativa, teve o Judiciário de arcar com as consequências, dentre as quais

a inclusão de processos de tutela coletiva no mesmo universo deliberativo que outros feitos cuja lógica decisória é distinta, sobretudo quando da fase de cumprimento de sentença: não se tratam de obrigações pontuais ou que se esgotam em uma cadeia simples de atos administrativos, mas, em regra, de conjuntos de obrigações encadeadas, cada qual demandante de um acompanhamento próprio e que enseja apreciação à luz das constantes mutações da realidade concreta. Ato contínuo, na ausência da separação administrativa dos órgãos jurisdicionais competentes para a apreciação destas duas matérias, resta incrementado o risco de não ser destinada a devida atenção a tais feitos ou não ser o órgão jurisdicional provido da estrutura necessária para a adequada e integral prestação jurisdicional.

Em paralelo, emergem, na doutrina, alternativas decorrentes da modificação da estrutura do processo civil para tentar maximizar a efetividade do controle das políticas públicas e aproximá-lo da realidade típica da sua implementação pela via administrativa. Dentre elas, a proposta de flexibilização da coisa julgada, a qual, segundo seus defensores, permitiria evitar que o resultado útil do processo seja inócuo se, na fase de execução, se constatar a necessidade de readequação da política pública.

As duas opções destacadas nos parágrafos acima são apenas parte do amplo leque de sugestões e técnicas de aprimoramento possível que pode o legislador brasileiro adotar para solucionar os vícios usualmente

apontados do controle jurisdicional das políticas públicas.

O presente artigo, assim, não possui a finalidade de analisar de maneira individualizada as políticas públicas sujeitas ao controle jurisdicional, mas sim de propor alterações na própria estrutura por detrás do controle, de modo a aumentar a eficácia decisória e maximizar o resultado útil das demandas judicializadas. Objetiva-se, assim, a analisar a eficácia de duas estratégias que podem ser utilizadas para aprimorar o controle jurisdicional das políticas públicas, quais sejam, a reestruturação da administração judiciária – compatibilizando-a com as necessidades inerentes a esta espécie de controle – e a resignificação dos institutos tradicionais do processo civil, originalmente voltados à tutela individual.

A escolha feita por este tema se justifica na constatação de que, enquanto a tutela coletiva, os processos estruturais e o próprio controle jurisdicional de políticas pública têm ganhado fôlego nos Tribunais e adquirido maior relevância prática, pouco é feito para aperfeiçoar o modelo processual e de gestão administrativa e adequar estes dois tópicos à nova realidade posta. A hipótese que se propõe, deste modo, é que, acaso superados alguns dogmas processuais – ao que se destaca a relativização da coisa julgada – e incorporadas, à seara do controle das políticas públicas, técnicas de gestão já utilizadas em outras matérias – como a especialização de varas e a criação de núcleos de apoio

aos magistrados – será possível tornar este processo mais eficiente.

Optou-se, no presente trabalho, por analisar a questão essencialmente a partir de uma revisão bibliográfica da doutrina sobre o tema, ainda que se utilizem exemplos/situações práticas para melhor elucidação de alguns pontos. Ademais, por se tratar de uma nova proposta para enfrentamento de um problema concreto, partir da revisão bibliográfica permite que se tenha um quadro mais adequado da situação que ora se enfrenta e do estado da discussão doutrinária acerca das possíveis soluções.

Feitos estes esclarecimentos, elucida-se que o trabalho se encontra subdividido em quatro tópicos, para além desta introdução. O primeiro tópico abordará a temática da implementação de políticas públicas e dos desafios encontrados neste processo. O segundo item propõe discutir o controle jurisdicional destas políticas públicas em si, expondo as premissas do modelo hoje existente e quais os limites enfrentados na prática. O terceiro item, a seu turno, exporá duas propostas de aperfeiçoamento para o modelo de controle hoje existente: uma na seara processual (relativização da coisa julgada) e outra na seara de gestão administrativa (criação de varas especializadas e de núcleos de apoio aos magistrados). Por fim, o quarto item tratará das considerações finais a este trabalho, prestando-se como capítulo conclusivo.

1. A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM SUA “VIA

TRADICIONAL” E SEUS ASPECTOS DE COMPLEXIDADE

Antes de se adentrar na análise do controle jurisdicional de políticas públicas e da estrutura disponível nos tribunais brasileiros para tal, é importante que se tenha um panorama sobre o processo natural de implementação da política pública – ou seja, qual o fluxo de interações e a estrutura por detrás delas quando o Poder Executivo atua dentro dos ditames previstos pela Constituição Federal.

Bucci² conceitua “políticas públicas” como arranjos institucionais encadeados e organizados na forma de um processo, que resultam em ações estatais, configurando um programa de ação governamental: trata-se, portanto, da atividade do governo que visa a concretizar a finalidade do Estado³. A autora ainda concebe a existência de um ciclo formador das políticas públicas que deve necessariamente ser percorrido pelo gestor para que se implemente o plano de ação delineado, partindo-se do estabelecimento da agenda, que elencará as pautas sociais prioritárias e dentre as quais se escolherá aquela sobre a qual deverá o

governo deliberar, e prosseguindo com a fixação das condições de debate, a efetiva estruturação da política pública e a sua implementação pelos órgãos competentes.

Por outro lado, a despeito de apresentarem convergência quanto ao conceito de política pública, Baumgartner e Jones⁴ afirmam não serem elas estruturadas na forma de ciclo, mas em forma de processo, na medida em que, se na primeira proposição, uma fase seria necessariamente seguida por outra, conservando as mesmas sua relativa independência, na segunda tese haveria a possibilidade de retorno a um estágio anterior, inexistindo uma distinção estanque entre cada uma de suas etapas constitutivas.

Não há consenso doutrinário sobre a adoção de um modelo cíclico ou processual para as políticas públicas, e nem quanto ao número de estágios e sub-estágios verificados no seu desenrolar. Entretanto, independentemente da concepção, é possível afirmar que a toda política pública passa por quatro fases principais, como demonstrado na comparação entre os principais

² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83

³ Nina Ranieri define a finalidade do Estado como a fundamentação última para as suas ações, representando um traço norteador de suas políticas – o que, contemporaneamente, corresponderia à concretização dos direitos fundamentais. Deste modo, as políticas públicas seriam instrumentos por meio dos

quais o Estado, concretamente, buscaria a sua finalidade e, ato contínuo, a ação ou omissão estatal que se desvie desse objetivo poderia ser questionada em Juízo. (RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013. p. 123)

⁴ BAUMGARTNER, Frank e JONES, Brian. *Policy dynamics*. Chicago: University of Chicago Press, 2002. p. 29-31

modelos teóricos existentes feita por Smith e Larimer⁵.

A primeira fase consiste na identificação de uma demanda no tecido social que necessita de intervenção estatal para ser reparada, em regra, associada à concretização dos direitos fundamentais (por exemplo, o fornecimento de medicamentos a portadores de determinada doença, a disponibilização de vagas em creche e a construção de moradia popular). A segunda fase corresponde à discussão acerca da necessidade de se adotar uma política pública estruturada para a resolução da demanda, considerando, ainda, a possibilidade de intervenção por meios menos complexos. A oitiva da população a ser beneficiada pela política pública é indispensável nessa fase, pois permite aferir a efetiva extensão da ação governamental a ser executada, ao mesmo tempo em que se começam a coletar elementos que, na fase subsequente, serão utilizados no desenho do plano de ação estruturado da administração – é o que se convencionou denominar de subfase de percepção, como destacado por Zahariadis⁶. Já a terceira fase é referente à estruturação da política pública em si, na qual, partindo-se do contexto previamente verificado nas duas primeiras etapas, decide-se acerca da fixação da modelagem que será utilizada. É a fase na qual se gesta o

núcleo da política pública, sendo imprescindível que se agregue ao conhecimento jurídico – que ditará os contornos do que o ordenamento pátrio admite para aquela política pública – os conhecimentos técnicos necessários para que os resultados produzidos se coadunem com as finalidades daquela política pública e sejam os mais efetivos possíveis. Por fim, a quarta fase consiste na implementação da política pública, ou seja, a subsunção da modelagem desenhada à realidade concreta. Resulta ela na grande “prova de fogo” para o trabalho da Administração Pública, pois sua efetividade se encontra diretamente condicionada com a capacidade de aderência do desenho elaborado às exigências e necessidades sociais, consoante proposto por Peters⁷. Daí se conclui que, se existentes ruídos entre a segunda e a terceira fase, ou se formulada uma política pública sem a observação daqueles dois passos anteriores, a qualidade do resultado será impactada.

A implementação de políticas públicas, assim, não se resume a decisões isoladas do Poder Executivo, mas sim de um processo composto por atos complexos e cujo resultado não é estanque e nem deve se prender a premissas enrijecidas. Deste modo, a superveniência de um novo panorama fático que afete a razão de ser daquela política pública ou que recomende uma

⁵ SMITH, Kevin B.; LARIMER, Christopher W. *The Public Policy Theory Primer*. Boulder, Colorado: Westview Press, 2013. p. 29

⁶ ZAHARIADIS, Nikolaos. *Handbook of Public Policy Agenda Setting*. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2016. p. 8

⁷ PETERS, B. Guy. *Advanced Introduction to Public Policy*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015. p. 21

reestruturação de seu planejamento deve ser imediatamente considerada e, se o caso, realizada uma nova modelagem.

O cenário que se apresenta ao gestor quando da elaboração de uma política pública, portanto, não é simples e nem decorre da ação de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos com as mesmas características, perpassando uma análise ampla, sob o prisma das áreas do conhecimento atinentes àquela política pública. Muitas vezes, ao gestor caberá encontrar a melhor solução exequível para um problema fático, ainda que, em teoria, existam alternativas mais adequadas para a solução em potencial – mas não em concreto – daquela situação. E o fato das políticas públicas ensejarem recursos – humanos, temporais e financeiros – para serem implementadas tem como consequência imediata a impossibilidade material de se buscar soluções, ao mesmo tempo, para todos os problemas verificados na realidade fática. Cabe ao gestor públicos definir a agenda governamental e elencar prioridades para seus planos de ação, na linha do proposto por Bachrach e Baratz⁸, o que, contudo, não implica em excluir a adoção de medidas efetivadoras dos demais direitos fundamentais ou relegá-las a um futuro

distante: dentro do exercício de seu mandato, cabe a ele decidir quais medidas serão tomadas de pronto e quais podem ser paulatinamente implementadas, considerando os orçamentos futuros.

Para Peters⁹, ainda que teoricamente este argumento acerca da formação da agenda encontre adeptos, estando amparado pelo princípio da racionalidade limitada dos agentes públicos, na prática, pode ele ser levado a fundamentar, de maneira implícita, a não implementação seletiva de políticas públicas: basta que o gestor alegue a priorização de outro ponto de sua agenda e que, em virtude de óbices orçamentários, não é possível executá-lo. Também não pode ser ignorada a hipótese levantada por Birkland¹⁰, na qual o gestor público, para satisfazer seus eleitores ou os *stake-holders*, tenta evitar controvérsias e deixa de lado a apreciação de medidas para sanar determinada problemática social, pois, apesar de sua urgente, não é ela “popular” e/ou carece de boa recepção por esses grupos.

É justamente em face desse desbalanceamento do sistema em favor de quem está no poder, afetando diretamente as minorias e outros grupos com algum tipo de vulnerabilidade, que se faz imprescindível no Estado Democrático de Direito a existência de

⁸ BACHRACH, Peter e BARATZ, Morton S. Decisions and non-decisions: na analytical framework. *American Political Science Review*, v. 57, n.3, pp. 632-642. p. 638.

⁹ PETERS, B. Guy. *Advanced Introduction to Public Policy*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015. p. 27-28.

¹⁰ BIRKLAND, Thomas. *An Introduction to the Policy Process: theories, concepts, and models of public policy making*. Nova York: Routledge, 2020. p. 216-217.

mecanismos aptos ao reequilíbrio estrutural, criando alternativas às quais podem esses grupos recorrer na inércia ou na atuação “inadequada” do Poder Executivo: a principal dessas alternativas¹¹, e a qual se enfatiza nesse trabalho, é o controle jurisdicional.

2. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PREMISSAS E LIMITES

A Constituição Federal consagra, em seu artigo 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição: vale dizer, é inadmissível que a lei exclua da apreciação jurisdicional lesões ou ameaças a direitos, não podendo a Administração, portanto, usar da Separação de Poderes como blindagem ao controle de suas ações e omissões.

É inócua, assim, qualquer discussão acerca do controle jurisdicional das políticas públicas caso não se parta da premissa de que a própria Constituição Federal o reputa válido e possível, desde que demonstrado que, no mínimo, da ação ou inação administrativa tenha decorrido violação a direitos fundamentais. Ademais, deve-se ressaltar que o reconhecimento da admissibilidade da intervenção do Poder Judiciário sobre as políticas públicas não implica na realização de juízo de

valor sobre o seu resultado ou sobre a melhor técnica decisória a ser aplicada – pontos estes que, além de maior controvérsia doutrinária, serão abordados mais adiante neste tópico -, mas apenas que há compatibilidade entre tal medida e os primados basilares do Estado Democrático de Direito.

Também é de se reiterar, ainda preliminarmente, que o controle jurisdicional e a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo que tome providências para implementar determinada política pública – inclusive mediante a fixação dos parâmetros a serem observados – não substituem, e nem são equiparáveis, ao processo natural de formação, desenvolvimento e execução da ação governamental: são apenas medidas paliativas e subsidiárias, que devem ser analisadas e implementadas com cautela.

Deste caráter secundário da intervenção jurisdicional decorre a tese de que o controle jurisdicional é mecanismo assecuratório do mínimo existencial, ou seja, do provimento material basilar que deve ser assegurado aos indivíduos para que possam eles gozar de seus direitos fundamentais e ter inserção na vida social – se projetando como aquilo necessário para se usufruir

¹¹ Ainda que existam outras alternativas à omissão administrativa, por mecanismos de pressão não judiciais (pressão midiática, controle político em eleições, formulação de questionamento junto às ouvidorias e obtenção de informações pela Lei de Acesso Informação, a título de exemplo), estas tendem a ter pouca

efetividade quando manejada por grupos mais vulneráveis ou cujos pleitos não possuem grande penetração junto à sociedade. O acesso à justiça, portanto, é uma garantia que se revela, por vezes, como a única estratégia possível para garantir a efetivação de seus direitos fundamentais.

minimamente de uma vida digna, na definição dada por Sarlet¹².

Sobre o tema, Grinover¹³ assevera que é imprescindível a interpretação e ponderação do mínimo existencial à luz da razoabilidade, de modo que, se determinada política pública for potencialmente apta a atingir a sua finalidade, ainda que não se revista do melhor desenho teórico, e se atender uma necessidade premente da população que dela se beneficiará, então não caberia o Poder Judiciário atuar para adotar uma modelagem que entenda ser mais adequada. A mensagem transmitida pela autora consiste em indicar que o Poder Judiciário deve avaliar se a política pública é apta a garantir o mínimo existencial, e não se existem técnicas que o garantam de uma maneira mais eficaz ou mediante o dispêndio de uma quantidade menor de recursos públicos. Entendida a ação estatal como proporcional e razoável, o restante da parametrização se imiscui no aspecto discricionário do mérito do ato administrativo, ao qual não cabe ao Poder Judiciário intervir.

E mesmo a utilização das normas de Direito Financeiro não é suficiente para ilidir a necessidade de efetivação

dos direitos fundamentais. Não se ignora a finitude dos recursos públicos, e nem o fato de que é preciso tentar garantir a homogeneidade de seu uso, mas, ao mesmo tempo, se concebe, tal qual feito por Canela Junior¹⁴ que ao gestor público é incumbida a tarefa de executar o orçamento de modo a garantir a consecução das finalidades do Estado. Logo, o gestor tem o dever jurídico de utilizar adequadamente os recursos públicos, devidamente alocados pela legislação orçamentária, permitindo o desenvolvimento das políticas públicas necessárias a atender as demandas sociais: e, uma vez que não é possível atendê-las integralmente e ao mesmo tempo, em tese, deveria o gestor deve elencar estas ações de acordo com sua prioridade e executá-las ao longo de seu mandato – o que, como destacado no item anterior, sabe-se não encontrar grande aderência prática, reforçando a importância da existência de mecanismos de controle.

Deste modo, para evitar arbitrariedades por parte dos gestores públicos e impedir uma “desídia seletiva”, os impedimentos de ordem orçamentária não podem ser utilizados como fundamento para obstar o acesso dos jurisdicionados ao mínimo

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis (SC), v. 1, n. 1, p. 29–44, 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24>. Acesso em: 17 ago. 2022. p. 34.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. “in”

GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 125-150. p. 133-134.

¹⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a Reserva do Possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. “in” GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 225-236. p. 234.

existencial ou para afastar a efetiva concretização da decisão judicial que determine a implementação da política pública. O Judiciário, entretanto, pode fazer uso da argumentação orçamentária para ponderar o termo de cumprimento da decisão, permitindo ao gestor público tempo razoável para tal – o início de novo exercício orçamentário por exemplo –, balanceando a necessidade da execução da política pública e a imprescindibilidade de se dar continuidade às outras políticas já existentes: aplica-se o princípio da razoabilidade efetividade da garantia do mínimo existencial, à luz da finitude dos recursos estatais¹⁵.

Logo, a “demonização” da intervenção jurisdicional das políticas públicas não é possível, porque parte de uma análise deveras simplista sobre a relevância do controle jurisdicional. Como já destacado anteriormente, é preciso assegurar que seja conservada ao menos uma solução possível para a inação ou a insuficiência de ação estatal, sendo a via jurisdicional, no mais das vezes, o único meio apto a cumprir essa função. E, fixada essa premissa, é possível afirmar que a discussão atinente ao ativismo judicial não recai sobre a existência do controle, mas sobre seus limites, havendo autores que defendem um escopo de

atuação mais amplo e outros que preferem a tese de contenção máxima do Poder Judiciário – o próprio vocábulo “ativismo judicial” encontra polissemia decorrente destas duas teses.

Predominam duas grandes correntes acerca do ativismo judicial: a primeira, sintetizada nos escritos de Barroso¹⁶, que assevera que os órgãos julgadores não podem se manter passivos frente à anomia social provocada pela inação do Poder Executivo, devendo ser adotadas medidas enérgicas para garantir a concretização dos Direitos Fundamentais, os quais não se revestem dos trejeitos de meras normas programáticas; já a posição doutrinária oposta, sintetizada nos escritos de Ramos¹⁷ preconiza a autocontenção do Judiciário, admitindo a intervenção jurisdicional, mas que deve ser direcionada ao mandamento para que o Executivo atue ou reestruture uma ação desprovida de proporcionalidade/razoabilidade, sendo vedado ao Judiciário que delimite os parâmetros de atuação a apenas direcionar ao Executivo o seu cumprimento.

Analisando a fundamentação ensejadora do ativismo judicial, que Ferreira Filho¹⁸ resume na ocorrência simultânea de três eventos distintos e

¹⁵ A jurisprudência majoritária corrobora a tese acima exarada, na linha do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 45 – julgado paradigma da matéria, que, embora não tenha tido seu mérito apreciado por perda de objeto, representou uma inflexão relevante na postura da Corte, que, em abstrato, exarou a possibilidade do controle jurisdicional

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 324.

¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Saraiva, 2015. p. 102.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do judiciário e suas implicações*. “in” FRANCISCO, José Carlos.

não necessários correlatos – a expansão do controle judicial das políticas públicas, o desprestígio da classe política e a atribuição ao Judiciário de um papel de efetivação das normas constitucionais -, nota-se que nem mesmo a adoção da corrente refratária ao ativismo judicial é apta a ilidir a existência do controle jurisdicional. Afinal, se o ativismo decorre da expansão do controle, tem-se que este é causa daquele, e não que ambos são eventos simultâneos: mesmo para aqueles que criticam uma atuação excessiva dos magistrados, seria possível vislumbrar o controle jurisdicional, desde que observada a razoabilidade decisória.

Diante deste panorama, dúvida não há que o ativismo e o controle jurisdicional não se confundem, devendo ser eles diferenciados, inclusive quanto às críticas feitas. Mas há limites que devem ser observados, os quais restam evidenciados mesmo em decisões estruturais tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (v.g. ADPF 347). Não pode o julgador ignorar as premissas da implementação das políticas públicas ou impor uma modelagem incompatível com o necessário para solucionar a omissão estatal que ensejou a política pública – e nem propor algo que transcenda a capacidade executória da Administração.

O cerne da intervenção jurisdicional, decerto, é a substituição

do Administrador dentro do juízo de discricionariedade. Não é adequado que o Poder Judiciário, dotado de uma estrutura com menor capacidade para compreender os aspectos globais da política pública, substitua o Administrador Público caso a medida implementada ordinariamente atenda à razoabilidade e concretize, de maneira adequada, os seus fins. Entretanto, cabe fazer o alerta de que esse juízo de suficiência e adequação da política pública não é absoluto e deve ser analisado à luz do caso concreto: com o passar do tempo, a escolha do administrador pode se tornar insuficiente, o que admitiria a revisão jurisdicional.

As críticas ao controle também decorrem de outro problema, que será abordado no item subsequente: muitas vezes, o se entende por um controle ativista e desarrazoado resulta da inadequação das estruturas existentes em nosso ordenamento jurídico a essa nova realidade institucional. E, entre tomar uma postura mais drástica, com conotação negativa de ativista, e deixar os direitos fundamentais dos jurisdicionados ao relento, fazendo essa escolha necessária tão somente porque a estrutura existente não permite a obtenção de um ponto de equilíbrio, dúvida não há que deve o julgador preferir pela segunda saída.

Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 222.

Periódico Quadrimestral da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Processual.
Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (*in mem.*).
[www. redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br)



<https://creativecommons.org.br>

Ano 18. Volume 25. Número 3. set./dez. 2024.

3. INSUFICIÊNCIA DAS ESTRUTURAS TRADICIONAIS DO PROCESSO CIVIL

Firmada a premissa de que o controle jurisdicional de políticas públicas é constitucionalmente garantido no sistema jurídico brasileiro e delineadas as suas finalidades, pode-se avançar para um segundo momento de análise, que recai sobre a perspectiva da constituição e execução do processo de controle.

Em regra – ressalvados casos pontuais em que se tentou a adoção de estratégias externas ao processo para buscar a melhor satisfação da pretensão –, a tutela jurisdicional das políticas públicas não difere das regras ordinárias do processo civil. Do ajuizamento da ação segue-se o desenrolar da fase do conhecimento, com oferecimento de defesa pela Fazenda Pública, produção de provas, prolação de sentença e eventual interposição de recursos, até o trânsito em julgado. Formada a coisa julgada, inicia-se a fase executiva, em que se busca a satisfação daquilo que fora decidido na fase de conhecimento, em regra, obrigações de fazer (implementação da política pública) ou não fazer (abstenção de executar ações governamentais tidas como desproporcionais e/ou desarrazoadas).

Em uma análise perfunctória, a estrutura acima apresentada aparenta encontrar aderência ao modelo de tutela pretendido. Afinal, ao cidadão que busca gozar da ação estatal, pouco importa o modo como se chegará ao resultado final, mas sim a certeza de que

este será produzido. Entretanto, analisando detalhadamente a matéria, a produção do resultado é indissociável de seu meio: a adoção de uma melhor modelagem processual, que traga para o processo parte dos elementos de complexidade que orbitam em torno da formulação de políticas públicas, tem aptidão a levar a produção de resultados mais adequados.

As demandas atinentes ao controle das políticas públicas, contudo, não se adequam ao perfil tradicional dos litígios. Analisando-se a espécie de tutela buscada, dúvida não há de que se trata da busca pela efetivação de direitos transindividuais, de natureza tipicamente difusa. Tal característica, por si só, não justificaria a tese ora proposta, já que o processo civil brasileiro já há muito tem lidado com a temática dos direitos difusos – a tutela consumerista, por exemplo – e tem encontrado soluções satisfatórias para tal, sem a necessidade de criação de uma nova estrutura. Ocorre que é justamente pela ênfase atribuída ao meio de concretização da tutela que se afirmam serem estruturais as decisões que readéquam à normalidade o estado de coisas marcado anteriormente pela falta ou insuficiência de políticas públicas, prevendo tanto um resultado final a ser alcançado e as condutas/medidas que devem ser observadas para que nele se chegue,

consoante proposição de Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira¹⁹.

Agregando-se a esse caráter porventura estrutural da decisão, é possível identificar outros desafios que precisam ser observados tanto pelos operadores do direito e pelos Tribunais que necessitam ser solucionados. Uma das candentes dificuldades acerca da judicialização das políticas públicas está na visão individualizada das decisões do Poder Judiciário, a qual decorre da ausência de estrutura do Poder Judiciário para agir em demandas estruturais. Sobre o tema, Susana Henriques da Costa²⁰ afirma que a exigência de técnicas mais adequadas para o controle jurisdicional de políticas públicas implicaria em um redesenho do modelo processual a ser aplicado. Para a autora, seria insuficiente que simplesmente se imputasse ao juiz um parâmetro de controle ou que se alterasse o perfil do julgador, mas que se buscasse uma modificação sistêmica, apta a captar as nuances desse tipo de decisão e permitir que os seus resultados não fossem “contaminados” com expectativas e interpretações típicas das demais demandas na esfera civil.

Assim, é possível afirmar a necessidade de tratamento diferenciado desse tipo de demanda em virtude da complexidade multidisciplinar para a constituição e implementação de seus

resultados, para o que é imprescindível a dotação de maior estrutura aos Tribunais. Ao mesmo tempo, nota-se, pelo caráter estrutural e fluído da demanda, a incompatibilidade com a rigidez da coisa julgada, pelas já mencionadas sujeições da política pública às necessidades dos cidadãos, o que se dá de maneira dinâmica inclusive no curso do processo.

Não resta dúvidas, assim, que a doutrina processualista enseja por mudanças na técnica processual utilizada para a intervenção jurisdicional em políticas públicas. Isso pode ocorrer de duas maneiras: mediante a criação de um regramento processual próprio para o tema – o que é discutido na Câmara dos Deputados na forma do Projeto de Lei nº 8.058/14, ainda em estágio inicial de tramitação -, ou através da adaptação de estruturas administrativas e de aspectos processuais pontuais para harmonizar o regramento processual civil já existente com o quadro peculiar do controle das políticas públicas.

Ainda que a primeira estratégia pareça ser a mais adequada, do ponto de vista sistêmico, pois permitiria um “começo do zero” e contemplaria todos os aspectos revisionais importantes da matéria, o presente estudo não possui o condão de analisá-la, seja pelo fato de existir proposição legislativa versando sobre tema, seja por se tratar de

¹⁹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). Processos

estruturais. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 423-461. p. 431.

²⁰ COSTA, Susana Henriques da. Controle judicial de políticas públicas: relatório geral do Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 57, jul./set. 2015. p. 240.

proposta aplicável apenas a longo prazo, ensejando maturação normativa e reestruturação completa do Poder Judiciário.

A análise a ser feita neste item, portanto, contempla duas contribuições que podem ser incorporadas no Poder Judiciário brasileiro para aprimorar o controle jurisdicional, e que não são necessariamente excludentes e nem representam a totalidade das alternativas existentes: a primeira, de natureza administrativa, toca a implementação de varas especializadas para julgamento desse tipo de demanda; a segunda, de natureza processual, enseja a revisitação do instituto da coisa julgada para a tutela coletiva, pretendendo a sua flexibilização.

3.1. REESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS TRIBUNAIS: A CRIAÇÃO DE VARAS ESPECIALIZADAS PARA JULGAR DEMANDAS ATINENTES AO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E O ESTABELECIMENTO DE NÚCLEOS DE APOIO AOS MAGISTRADOS

Ao contrário da solução que será proposta no item subsequente – que enseja uma alteração em pontos nevrálgicos do sistema processual civil ora vigente –, a reestruturação administrativa dos Tribunais para que sejam criadas varas especializadas para julgar as demandas atinentes ao controle de políticas públicas é a que encontra menos entraves jurídicos.

Deve-se fazer consideração preliminar antes de analisar o tema propriamente dito. Ainda que as grandes questões atinentes às políticas públicas tendam a chegar aos Tribunais Superiores e lá resultem em decisões definitivas – como ocorrido com o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, na ADPF 347 já mencionada, e com a fixação dos requisitos normativos para concessão de medicamentos não padronizados, no Tema 106 dos Recursos Repetitivos do Superior Tribunal de Justiça –, é fato que as ações manejadas tendem a seguir toda a *via crucis* do Poder Judiciário brasileiro, sendo apreciadas pelas instâncias ordinárias e por elas sendo cumpridas. E, além dessas ações, há também outras políticas públicas judicializadas e cuja discussão sequer é levada aos Tribunais Superiores, sobretudo a nível municipal, e cuja realidade fica mascarada pelo universo de demandas represadas nos tribunais brasileiros.

Assim, a proposta de reestruturação interna das instâncias ordinárias possui a finalidade não apenas de melhorar a execução dos julgados, mas de permitir que a sua deliberação desde a fase de conhecimento seja feita da maneira mais adequada, reduzindo o risco de decisões teratológicas – as quais se encontram na raiz do movimento crítico à judicialização. Afinal, como preconizado por Araújo²¹, a alegação de “inexperiência” dos magistrados na

²¹ ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas. A sentença estruturante e o pleno acesso à Justiça: em

busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das

implementação de políticas públicas não pode ser um obstáculo à admissibilidade do controle destas e, se o caso, do proferimento de decisões estruturais: cabe ao próprio Poder Judiciário oferecer os subsídios necessários para que a atividade jurisdicional seja satisfeita adequadamente.

Tal proposição, entretanto, não significa que o julgamento da matéria apenas deva ser feito por varas especializadas em todas as comarcas do país – como se destacará adiante, para evitar que os custos da solução sejam maiores do que seus benefícios, algumas condicionantes deverão ser feitas -, sob risco de criação de entraves ao acesso à justiça, pretensão que afrontaria a Constituição Federal. Busca-se, assim, a proposição de solução intermediária, que, evitando prejuízos ao acesso à justiça, maximize a efetividade da prestação jurisdicional.

Já é pacífico na jurisprudência brasileira que a criação de varas especializadas pelos Tribunais não ofende o princípio do juiz natural e nem exige regulamentação legal, uma vez que se trataria de matéria afeta a organização interna dos Tribunais, o que pode ser regulamentado por ato interno da Corte (v.g. o decidido no Habeas Corpus nº 88.660/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, *leading case* da matéria no Supremo Tribunal Federal).

Trata-se de medida, ademais, que tem sido verificada como adequada para destacar os processos dotados de peculiaridades dos demais litígios e minimizar os riscos de erros decisórios não decorrentes do desconhecimento da lei, mas de uma má interpretação de traços singulares daquele tipo de processo e que possuem a aptidão de comprometer o processo decisório.

A especialização das varas, aliás, tem sido reconhecida pelos usuários do sistema de justiça, em pesquisas feitas pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020)²² como uma solução administrativa que satisfaz de maneira adequada a prestação jurisdicional de litígios complexos. E conclusão diversa dificilmente seria obtida, se analisada em abstrato as premissas por detrás

Todavia, a adoção desta estratégia esbarraria em problemas materiais: a insuficiência de estrutura de Tribunais, principalmente longe dos grandes centros, quando a estruturação das comarcas na forma de varas únicas ou em subdivisões mais singelas, e a falta de pessoal capacitado para montar o quadro necessário a atender a essa demanda especializada.

Uma primeira alternativa seria a criação de varas regionalizadas, que responderiam por um conjunto de comarcas. Este mecanismo foi adotado pelo Estado de São Paulo por meio da Lei Complementar nº 1.336/18 para as

políticas públicas. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 1136-1159. p. 1148-1149.

²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Juízes, servidores e advogados aprovam especialização*

de varas para melhoria do serviço. Notícia eletrônica. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juizes-servidores-e-advogados-aprovam-especializacao-de-varas-para-melhoria-do-servico/>>. Divulgada em 28 ago. 2020. Acesso em 19 ago. 2022.

varas empresariais no interior o Estado, mas ainda não implementado. Posiciona-se contrariamente ao uso da regionalização e aglutinação de comarcas para as políticas públicas em virtude da maior vulnerabilidade dos litigantes, de modo que tal medida poderia acarretar em incremento das dificuldades do acesso à justiça e de aferição da realidade fática local – problemática que se visa a afastar.

A questão da falta de estrutura poderia ser solucionada com a fixação de critérios para a criação das varas especializadas em litígios atinentes a políticas públicas, limitando seu uso apenas em comarcas de maior porte, tal qual feito pelo Conselho Nacional de Justiça quando da recomendação da criação das Varas Especializadas em Direito Sanitário – restringindo a proposição apenas às comarcas que apresentassem mais de uma vara de Fazenda Pública, nos termos da Resolução nº 238/2016 – e das Varas Especializadas em Recuperação Empresarial e Falências – restringidas às comarcas que atingissem a média de 221 casos novos principais relacionados à matéria, admitindo-se, para atingir esse índice, o somatório da distribuição de comarcas contíguas, nos termos da Resolução nº 56/2019.

Entretanto, a simples reorganização interna dos Tribunais e a criação das varas especializadas não esgota todas as dificuldades atinentes ao controle jurisdicional, já que a realidade da implementação das políticas públicas transcende os conhecimentos jurídicos e a prática de equívocos pode levar não apenas ao

dispêndio de recursos públicos, mas a manutenção do *status quo* de afronta aos direitos fundamentais dos interessados naquela demanda. Assim, de nada adiantará a segregação dos processos se os Tribunais não dotarem esses órgãos de mecanismos aptos a analisar de maneira mais adequada esses processos, ou seja, é imprescindível que junto às novas varas seja paulatinamente incorporada solução de *expertise*, com a disponibilização de profissionais técnicos que permitam dar ao magistrado uma visão mais ampla daquela política pública e aumentem a sua segurança decisória.

É o que ocorre, por exemplo, em matéria de direito sanitário, com a disponibilização aos magistrados de acesso ao sistema NAT-JUS, que permite a realização de consultas sobre a possibilidade de concessão de determinadas terapias medicamentosas e realização de cirurgias, com a expedição de resposta em prazos exíguos – até setenta e duas horas. No entanto, a medida encontra resistências dos magistrados, seja por desconhecimento da plataforma, seja por desinteresse, por não se apresentar a questão do direito à saúde, *prima facie*, como matéria deveras complexa.

Entretanto, já que a solução efetiva das políticas públicas recomenda o conhecimento das circunstâncias reais e das dificuldades operacionais “na ponta”, adotar uma exclusivamente uma plataforma virtual para auxílio aos magistrados no tema não aparenta ser a alternativa mais adequada, ainda que, em um primeiro

momento, seja a de mais fácil implementação. Por outro lado, pelas dificuldades estruturais já indicadas anteriormente, é completamente inviável que todas as varas especializadas em controle de políticas públicas sejam dotadas de uma equipe completa de profissionais de apoio ao magistrado aptos a orientá-lo plenamente em todas as demandas.

Mais interessante é a adoção de um regime híbrido, disponibilizando uma equipe de apoio mínima, que integraria o gabinete do magistrado, e, paralelamente, criar plataforma que permita a consulta do magistrado a especialistas sobre matérias de maior complexidade, mas com resultados em tempo menor do que o verificado para a perícia judicial.

É de se pontuar que tal estrutura não poderia simplesmente ser substituída pela designação de peritos judiciais, e nem vice-versa. A proposta é que se conservem ambos os mecanismos, mas com finalidades distintas: enquanto a estrutura de apoio seria destinada a auxiliar o juiz em questões mais urgentes e em aspectos gerais da política pública judicializada, a produção da prova pericial continuaria possível para atender a exigência de provar determinada situação de fato.

Ilustrativamente, basta pensar em uma ação civil pública em que seja pedida tutela de urgência para determinar que o Poder Público

promova obras emergenciais para assegurar saneamento básico a determinado grupo populacional ou, subsidiariamente, adote medidas para atenuar essa lesão aos direitos fundamentais desse grupo. Ainda que possível a deliberação do magistrado sem a consulta a profissionais de apoio, é certo que, tendo disponível mecanismos que lhe auxiliem a melhor compreender a situação e fundo e a suficiência daquilo que já é feito pela Administração Pública, ao magistrado é minimizada a chance de erro; contudo, admitir apenas o uso de perícia nessa hipótese ensejaria o decurso de maior intervalo temporal, no qual a lesão aos direitos continuaria a ocorrer.

Além disso, as estruturas cooperativas internas aos Tribunais contribuem para que a própria Corte comece a desenvolver o *know-how* na temática e busque a qualificação de seus profissionais para melhor decidir, evitando que a racionalidade limitada dos julgadores – que Rosa²³ afirma ser dificuldade inerente ao processo estrutural e cuja superação é necessária para que o instituto alcance as suas finalidades e para agregar elementos de convencimento ao magistrado que permitam a melhor concatenação da decisão estrutural – se torne um empecilho à efetivação do direito à prestação jurisdicional qualitativa.

Zufelato²⁴, nesse sentido, já afirmara a importância da participação

²³ ROSA, Viviane Lemes da. Aplicações da Teoria da Racionalidade Limitada às decisões estruturais. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*.

3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 1221-1245. p. 1228.

²⁴ ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. “in” GRINOVER, Ada Pellegrini

de especialistas em assuntos não jurídicos, mas que sejam pertinentes à formação da política pública em questão, para a produção de um resultado satisfativo mais adequado – o tema constava do Projeto de Lei nº 5.139/09, já arquivado pelo Congresso Nacional, e que buscava criar nova lei para a Ação Civil Pública.

Esses especialistas, ainda, em nada se confundiriam com a figura do *amicus curiae* prevista no artigo 138 do Código de Processo Civil - que em nada seria afetada pela proposição ora feita, já que ela possibilita um incremento qualitativo do substrato decisório, garantindo, conjuntamente às audiências públicas, que as técnicas de controle jurisdicional efetivamente permitam a manifestação da sociedade civil e tenham cognoscibilidade da realidade fática, “vivificando” a letra da lei, consoante ensinamento de Couto e Silva²⁵.

O *amicus curiae* é o defensor de um interesse institucional e que, em tese, traz ao debate provocado pelo ajuizamento de uma demanda uma visão exoprocessual e apartada dos interesses subjetivos, mas não é completamente isento quanto às suas pretensões com o resultado final do processo, considerando suas projeções em abstrato²⁶. Já a Comissão de Especialistas ou a equipe jurisdicional

de apoio teriam a isenção necessária para atuar como efetiva auxiliar do juízo, mantendo sua equidistância tanto das partes como de interesses diversos na matéria analisada no processo.

3.2. REMODELAÇÃO DA COISA JULGADA

A segunda proposta que se faz neste artigo não toca na reestruturação administrativa dos Tribunais, mas na alteração de disposições processuais civis e na própria maneira como aplica o processo às peculiaridades da forma de tutela coletiva ora analisada. O grau de polêmica, portanto, é mais acentuado. Não se pretende no presente artigo trazer à tona todos os debates doutrinários sobre a relativização da coisa julgada, de modo que o presente tópico trará uma síntese dessa discussão e a amoldará ao presente objeto de estudo, destacando pontos positivos e negativos da sua adoção para o controle das políticas públicas.

A Constituição Federal preconiza, em seu artigo 5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. No entanto, tal disposição normativa não impede que se questione se haveria a possibilidade de, ante as peculiaridades deste tipo de demanda, se admitir algum tipo de flexibilização da

(Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 309-332. p. 327

²⁵ COUTO, Monica Bonetti. SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Amicus Curiae, Modelo Processual Democrático e o novo Código de Processo Civil*. *Revista Eletrônica de Direito*

Processual, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, 2017. pp. 256-279. p. 276-277.

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinela. *Amicus Curiae no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun.2011. pp. 111-121. p. 115.

coisa julgada endoprocessualmente: ou seja, que a tutela a ser satisfeita pelo ente público possa ser maleabilidade em relação ao título formado na fase de conhecimento.

A coisa julgada subdivide-se em formal e material, consistindo a primeira na imutabilidade endoprocessual de uma relação jurídica processual, enquanto a segunda projeta-se externamente a ele, impedindo sua rediscussão junto ao Poder Judiciário ou a alteração dos limites objetivos do título lá formado, como afirma Lucchesi²⁷. Considerando o somatório dessas duas espécies, pode-se dizer que a formação da coisa julgada tornará imutável a decisão final do órgão jurisdicional e impedirá a rediscussão da matéria, garantindo às partes e a sociedade maior segurança jurídica, como explica Arruda Alvim²⁸.

Fazzalari²⁹, ao tratar da coisa julgada, exara o entendimento de que esta possui a finalidade de trazer contornos de definitividade o processo, obstando a sua rediscussão *ad infinitum*, o que não implicaria, contudo, na inviabilidade de se fazer uso de outros instrumentos processuais para evitar que seus efeitos, se viciados, possam provocar dano, como é o caso do manejo dos embargos de terceiro. A essa discussão deve ser agregado o

escólio doutrinário de Barbosa Moreira³⁰ que, ao tratar da imutabilidade decorrente da coisa julgada, afirmava ser esta uma característica da nova situação jurídica verificada quando do fim da fase de conhecimento do processo e que torna definitivo um provimento jurisdicional anteriormente precário e sujeito a constantes revisões.

A formação da coisa julgada, assim, é umbilicalmente ligada com a noção de segurança jurídica, mas pode ser ilidida muito excepcionalmente: o ponto nevrálgico das discussões doutrinárias está na extensão dessas exceções, que, na estrutura clássica do processo civil, tendem a ser associadas à ideia de um dano patrimonial. Contudo, no campo do controle de políticas públicas, parece mais prudente abandonar em parte certos dogmas incorporados à construção da coisa julgada por se constituírem em premissas da tutela individual, notadamente, a menor relevância do aspecto instrumental do cumprimento da obrigação – ou seja, a diretriz de como este deverá se desenrolar.

Sintetizando a questão sobre outro prisma, se de um lado a relativização da coisa julgada na tutela das políticas públicas poderia causar tumulto desnecessário ao sistema jurídico-processual, pois traria a um

²⁷ LUCCHESI, Érika Rubião. Relativização da coisa julgada: aspectos constitucionais e processuais e seus reflexos nas ações coletivas. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 12, p. 223-264, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/168>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

²⁸ ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões Prévias e Limites da Coisa Julgada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 43.

²⁹ FAZZALARI, Ezio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 557

³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*: Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 112

elemento de instabilidade e de possibilidade revisional constante, de outro poderia ser estratégia de harmonização da economia processual e da garantia do mínimo existencial.

Retomando a discussão feita no segundo tópico deste artigo, a judicialização das políticas públicas parte do pressuposto que o Estado deixou de agir (omissão) ou agiu insuficientemente, deixando de dar concretude a uma medida necessária para efetivar os direitos fundamentais. Em decorrência deste fato, busca-se a tutela jurisdicional para que seja sanada essa falha na ação estatal, indicando-se, desde a inicial, qual a estratégia que se pretende adotar e/ou qual o resultado útil buscado. Quando prolatada a sentença, de modo a nortear a ação administrativa, é definido o que deve ser feito, com parametrização mínima de como se chegará ao resultado, decisão esta que, uma vez transitada em julgado, passará a estar acobertada pelo manto da coisa julgada.

No entanto, no curso da demanda, é possível que se verifiquem as seguintes situações fáticas: (i) manutenção do *status quo*, de modo que ainda não se vislumbra garantido o direito fundamental; (ii) reversão completa do *status quo*, tendo o Estado agido para sanar a deficiência de sua atuação que fora previamente verificada ou (iii) alteração do panorama fático, de modo que, ainda que se continue a vislumbrar a falta de proteção do direito fundamental, a tutela originalmente postulada – ou o mandamento exarado pelo órgão jurisdicional – não se mostra mais adequado. As duas primeiras

hipóteses não ensejam interferência na estruturação processual civil ora vigente: no primeiro caso, prossegue-se com a execução da tutela, enquanto no segundo caso ocorre a perda superveniente do interesse de agir, extinguindo-se o cumprimento de sentença. No entanto, a terceira hipótese é mais complexa: se a tutela jurisdicional concedida já fixou parâmetros para o cumprimento da política pública e se encontra acobertada pela coisa julgada, não é possível readequá-los para um modelo mais condizente com essa nova necessidade. Contudo, a extinção do processo por falta de interesse de agir também é medida inviável, pois ainda se necessita da adoção de providências para sanar a insuficiência de ação administrativa.

Há, portanto, verdadeira zona cinzenta que deve enfrentar o julgador: ou promove a extinção do feito porque a tutela específica concedida é inócua, o que acarretaria prejuízo aos jurisdicionados, que continuariam sem gozar da plenitude de seus direitos fundamentais, bem como atentado à economia processual, ou promove o cumprimento do título executivo, ciente de que pode não ser ele suficiente naquele momento temporal, ainda que anteriormente o fora. O delineamento do cumprimento da obrigação e a sequência de etapas de readequação da política pública, assim, ainda que integrem a coisa julgada formada naqueles autos, se submetem a cenário distinto daquele verificado nas tutelas individuais, em que a forma como se

procederá ao cumprimento da obrigação tende a ser irrelevante.

Ocorre que no caso da tutela coletiva de políticas públicas essa estrutura procedimental passa a ser extremamente relevante justamente pela sua implementação cíclica/processual. O resultado, assim, é diretamente afetado pela modelagem adotada para a política pública, que, como destacado anteriormente neste trabalho, é um ato complexo e que, em seu desenrolar, pode resultar na conclusão de que o mecanismo que até então se tinha desenvolvido é excessivamente custoso em face dos benefícios ou, simplesmente, que é inócuo na alteração do panorama fático.

Considerando o sopesamento proposto entre a segurança jurídica, de um lado, e a economia processual e o cumprimento da tutela jurisdicional pretendida – anotando-se que o jurisdicionado, em *ultima ratio*, tem maior interesse no resultado do que no meio – a relativização da coisa julgada para esse tipo de demanda seria uma exceção possível de ser agregada ao sistema jurídico brasileiro.

No entanto, para evitar que a relativização da coisa julgada se

transforme em mecanismo de inefetividade da tutela jurisdicional – impedindo a abertura de brechas que resultem na falta de sanções à desídia estatal –, algumas condicionantes devem ser impostas. Propõe-se, em primeiro lugar, que a relativização da coisa julgada neste tipo de demanda atinja apenas os aspectos instrumentais da formação, desenvolvimento e execução da política pública, não repercutindo sobre (i) a declaração da omissão da Administração Pública e o reconhecimento do seu dever de tomar providências para sanar este estado e (ii) a aplicação de sanções para o descumprimento da obrigação de fazer, observada a possibilidade de flexibilização e readequação na fase executiva³¹. Ou seja, utilizando-se a denominação proposta por Didier Jr., Zaneti Jr. e Oliveira³², a relativização se projetaria apenas sobre a parte do dispositivo que assuma a estrutura de uma norma-regra. No entanto, tal qual afirmado por Lucchesi³³, é imprescindível que esta construção seja positivada através de modificação legislativa, de modo a atenuar a insegurança jurídica que dela pudesse decorrer e evitar a vulneração da

³¹ Esta questão já se encontra pacificada na jurisprudência, que entende a possibilidade de revisão destes aspectos acessórios da condenação para assegurar efetividade ao princípio da razoabilidade. Nesse sentido, a título exemplificativo, destaca-se o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.355.927/RS (Rel. Min. Manoel Erhardt, Primeira Turma, j. 09/08/2021).

³² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao

processo civil brasileiro. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 423-461. p. 432

³³ LUCCHESI, Érika Rubião. Relativização da coisa julgada: aspectos constitucionais e processuais e seus reflexos nas ações coletivas. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 12, p. 223-264, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/168>>. Acesso em: 20 ago. 2022. p. 261.

proteção à coisa julgada auferida pela Constituição Federal. Ao mesmo tempo, a realização da inovação pela via legislativa permitiria, em tese, que o tema fosse debatido pela sociedade e pelos profissionais do direito, agregando-se elementos que permitiriam um melhor desenho processual para a coisa julgada relativizada da tutela coletiva, inclusive no que toca ao esclarecimento de seus limites e hipóteses de aplicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle jurisdicional de políticas públicas é mais do que uma mera tendência do Estado Democrático de Direito, mas verdadeira exigência para assegurar a proteção dos direitos fundamentais em um contexto de ação deficiente ou omissão estatal. Não se trata de medida atentatória à Separação dos Poderes ou apta a causar instabilidade institucional, mas ferramenta corretiva de desvios na conduta estatal.

A estrutura clássica do processo civil, contudo, não é apta a enfrentar adequadamente as questões postas por essa espécie de controle. Afinal, fora ela concebida para um modelo de litígios em que os resultados importavam mais do que os meios – e que, a bem da verdade, não possuíam os meios influência considerável na produção do resultado –, e não para um modelo que é necessário desenhar uma modelagem clara para que o resultado a ser produzido quando da execução tenha efetividade.

A judicialização das políticas públicas envolve justamente esse desenho: o julgador deve verificar a falha na ação – ou identificar a omissão – do Administrador e condená-lo a sanar esse vício, com indicativo expresso do caminho a ser percorrido e das sanções a serem fixadas caso tal percurso estrutural deixe de ser observado. E, sendo as políticas públicas assumidas enquanto um fenômeno complexo, composto pela sucessão e encadeamento de diversos atos administrativos, cabe ao julgador indicar o seu conteúdo mínimo, partindo da análise da realidade fática e aderindo-a ao modelo criado.

Contudo, o panorama teórico esbarra no mencionado enrijecimento do processo civil: a coisa julgada, por exemplo, obstaria que o julgador, em sede de cumprimento de sentença, readequasse o título executivo para melhor aderir-lo a modificações superveniente da realidade fática, sacrificando ainda mais os direitos vulnerados dos jurisdicionados. O sacrifício de parte da segurança jurídica, por meio da relativização da coisa julgada, tão somente no que toca aos meios de concretização da política pública, para possibilitar que o controle jurisdicional alcance sua finalidade protetiva, é medida que deve ser ponderada pelos estudiosos do Direito e incorporada à legislação pátria.

Menos gravosas seriam medidas simples a serem incorporadas na estrutura dos Tribunais, como a especialização de varas para julgamento da matéria afeta ao controle das políticas públicas – observados alguns

parâmetros, como a instalação apenas em comarcas de maior porte ou cujo volume de processos justifique a medida, evitando que, para o aumento de qualidade do julgamento, se sacrifique o acesso à prestação jurisdicional – e a criação de estruturas internas nas Cortes que disponibilizassem corpo técnico especializado para o assessoramento dos magistrados, minimizando o risco de decisões teratológicas ou inexequíveis.

A busca por essas medidas internas aos Tribunais, que reforçariam a sua estrutura, decerto não excluiria a atuação de outros importantes atores processuais como os peritos e os *amici curiae*, mas somariam forças para o incremento na qualidade da prestação jurisdicional, cada qual fornecendo um ponto de vista e cumprindo uma diferente função processual que, quando somados, permitiram ao julgador vislumbrar de maneira mais efetiva o quebra-cabeça das políticas públicas.

Não há apenas uma alternativa possível e nem mesmo um único campo em que o direito brasileiro, bem como a gestão administrativa dos Tribunais, pode avançar para a melhoria da prestação jurisdicional no que toca ao controle das políticas públicas. Entretanto, independentemente da solução a ser adotada, é importante que a mesma seja apta a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais dos jurisdicionados como um todo – sendo inadmissível o sacrifício integral de uma garantia para fundamentar o reforço de outra –, até que se chegue o

momento em que o controle jurisdicional se torne desnecessário, pela possibilidade de o Estado, por si só, concretizar na integralidade as políticas públicas demandadas pelos seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas. A sentença estruturante e o pleno acesso à Justiça: em busca da adequada solução dos litígios coletivos complexos e da efetividade das políticas públicas. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 1136-1159.
- ARRUDA ALVIM, Thereza. *Questões Prévias e Limites da Coisa Julgada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- BACHRACH, Peter e BARATZ, Morton S. Decisions and non-decisions: an analytical framework. *American Political Science Review*, v. 57, n.3, pp. 632-642.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BAUMGARTNER, Frank e JONES, Brian. *Policy dynamics*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinela. Amicus Curiae no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun.2011. pp. 111-121.
- BIRKLAND, Thomas. *An Introduction to the Policy Process: theories, concepts, and models of public policy making*. Nova York: Routledge, 2020.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Juizes, servidores e advogados aprovam especialização de varas para melhoria do serviço*. Notícia eletrônica. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juizes-servidores-e-advogados-aprovam-especializacao-de-varas-para-melhoria-do-servico/>>. Divulgada em 28 ago. 2020. Acesso em 19 ago. 2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a Reserva do Possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. “in” GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 225-236.
- COUTO, Monica Bonetti. SILVA, Guilherme Amorim Campos. Amicus Curiae, Modelo Processual Democrático e o novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, 2017. pp. 256-279.
- COSTA, Susana Henriques da. Controle judicial de políticas públicas: relatório geral do Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 57, jul./set. 2015.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 423-461.
- FAZZALARI, Ezio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do judiciário e suas implicações*. “in” FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. “in” GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 125-150.
- LUCCHESI, Érika Rubião. Relativização da coisa julgada: aspectos constitucionais e processuais e seus reflexos nas ações coletivas. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 12, p. 223-264, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/168>>. Acesso em: 20 ago. 2022.
- PETERS, B. Guy. *Advanced Introduction to Public Policy*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. Saraiva, 2015.
- RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Manole, 2013.
- ROSA, Viviane Lemes da. Aplicações da Teoria da Racionalidade Limitada às decisões estruturais. “in” ARENARTH, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos estruturais*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021. pp. 1221-1245.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis (SC), v. 1, n. 1, p. 29-44, 2013.

- Disponível em:
<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24>. Acesso em: 17 ago. 2022.
- SMITH, Kevin B.; LARIMER, Christopher W. *The Public Policy Theory Primer*. Boulder, Colorado: Westview Press, 2013.
- ZAHARIADIS, Nikolaos. *Handbook of Public Policy Agenda Setting*. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2016.
- ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. “in” GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 309-332.

PAPEL DA JURIMETRIA NA AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS JUDICIÁRIAS E NA EFETIVAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS³⁴

THE USE OF JURIMETRICS TO EVALUATE JUDICIAL POLICIES AND MAKE THE SYSTEM OF BINDING PRECEDENTS EFFECTIVE IN BRAZIL

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Desembargador Federal, Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2); Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Professor Titular de Direito Processual no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (Unesa); Bolsista do Programa de Pesquisa e Produtividade da Universidade Estácio de Sá; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Universität (Frankfurt am Main, Alemanha); Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), em doutorado cooperativo com a Johann Wolfgang Universität (Frankfurt am Main, Alemanha); Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha); Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Membro e ex-diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual; Membro da International Association of Procedural Law; Membro e diretor da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLI).

Carolina Paes de Castro Mendes

Professora Adjunta do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Doutoranda, Mestre e Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Maurilio Guignoni Dutra

Mestre e Doutorando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). MBA em Finanças e Administração pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais. Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar uma visão sobre o estágio de implementação da política judiciária de precedentes judiciais obrigatórios no Poder Judiciário brasileiro. No item introdutório, será evidenciado o contexto social, econômico e jurídico no qual o sistema

de precedentes foi gestado, tendo o princípio da segurança jurídica como motivação central para o fortalecimento do papel da jurisprudência no direito brasileiro. Em seguida, serão apresentados alguns desafios associados à implementação efetiva do sistema de precedentes criado pelo

³⁴ Artigo recebido em 05/08/2024 e aprovado em 07/08/2024.

Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e sobre como se deu o processo de planejamento estratégico do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para buscar a superação dos mesmos. Por fim, serão expostos os métodos e técnicas que estão sendo utilizados pelo CNJ para acompanhar o desempenho da sua Estratégia Nacional do Poder Judiciário no que se refere ao macrodesafio de Consolidação do Sistema de Precedentes Obrigatórios, com destaque para o papel da jurimetria e dos bancos de dados sobre precedentes na adequada condução dos respectivos processos de monitoramento e avaliação de efetividade. O artigo pretende retratar o tema a partir de uma abordagem multidisciplinar, relacionando teoria e prática, bem como trazendo reflexões sobre a promoção da eficiência e da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes Judiciais Obrigatórios. Jurimetria. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Política Judiciária. Estratégia. Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present an overview of the stage reached in the implementation of the judicial policy of binding judicial precedents in Brazil. In the introductory section, the social, economic and legal context in which these system was created will be highlighted, with the principle of legal certainty as the central motivation for strengthening the role of judicial precedent in Brazilian law. Next,

some of the challenges associated with the effective implementation of the system of precedents created by the Brazilian Civil Procedure Code (CPC/2015) will be presented, as well as how the National Council of Justice's (CNJ) strategic planning process has worked to overcome them. Finally, the methods and techniques being used by the CNJ to follow-up the performance of its strategy regarding the System of Binding Precedents will be presented, with emphasis on the role of jurimetrics and databases on precedents in the appropriate conduction of the processes of monitoring and evaluating effectiveness. The article aims to portray the issue from a multidisciplinary approach, linking theory and practice, as well as reflecting on the promotion of efficiency and legal certainty.

KEYWORDS: Binding Courts Precedents in Brazil. Jurimetrics. Brazilian National Council of Justice (CNJ). Judicial Policy. Strategy. Monitoring and Evaluation of Public Policies.

INTRODUÇÃO

As aspirações e expectativas em torno de níveis adequados de segurança e previsibilidade do/para o sistema jurídico, é tema que, há muito, ocupa as rodas de reflexões de operadores do direito e juristas. Francesco Carnelluti, com a genialidade que lhe era peculiar, chegara a afirmar sobre o tópico que *“aqui está assim qualquer coisa que os meus mestres não me contaram, mas a vida se encarregou de esclarecer: esse fazer saber a qualquer um aquilo que ele*

pode querer é um benefício que, para poder gozar, demandaria que as leis fossem poucas, mas em vez disso são muitas, muitas e se sucedem rapidamente, assim vertiginosamente uma depois da outra; e, no emaranhado de sua multidão, os homens se perdem como num labirinto”³⁵.

Tentando delimitar o aspecto funcional-sociológico ³⁶ da segurança jurídica, Canotilho bem assentara que:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo, se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral,

considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito –, enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos.³⁷

A segurança jurídica, portanto, na sua acepção normativa preponderante, é *norma-princípio*, voltada a estabelecer um estado de coisas que deve ser buscado mediante a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuam para a sua promoção gradual ³⁸. A relevância dessa *norma-princípio* foi bem destacada na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole

³⁵ CARNELLUTTI, Francesco. *La Certeza del Diritto*. In Rivista de Diritto Civile, n. 20, 1942, p. 81.

³⁶ Derivada dessa funcionalidade é a expressão econômica da insegurança jurídica. Sobre o ponto, a Confederação Nacional das Indústrias (CNI) advoga que: “Segurança jurídica é o princípio de previsibilidade e coerência na aplicação das leis sobre os ambientes de negócios, garantindo aos investidores e empresas um cenário mais previsível, razoável e estável para maior segurança entre as relações de negócios. O conceito de segurança

jurídica busca maior clareza e melhor compreensão de direitos e deveres e de sua aplicação ao longo prazo”. *Segurança jurídica: o caminho para um bom ambiente de negócios*. Portal da Indústria. Disponível em: <<https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/seguranca-juridica/>>. Acesso em: 01.08.2022.

³⁷ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, Coimbra, 2000, p. 256.

³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 721.

*constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.*³⁹

O prestígio desse princípio constitucional materializou-se no texto do novo *codex* em diversas passagens e institutos processuais⁴⁰, sendo certo que sua associação teleológica mais marcante se deu no campo da disciplina dos precedentes judiciais. Corroborando a assertiva, Claudio Brandão, em comentário às mudanças introduzidas pelo CPC de 2015 pontua que:

São muitas e significativas as alterações. A maior delas, certamente, se deve à introdução da técnica de julgamento dos recursos

*repetitivos e da força obrigatória dos precedentes judiciais, novidades que despertarão acirrado debate na doutrina, inquietações por parte de órgãos do Poder Judiciário e na comunidade jurídica, mas objetivam contribuir para a garantia da segurança jurídica, preservação do princípio da igualdade e, ao final, agilização dos processos.*⁴¹

O objetivo central do sistema de precedentes, portanto, é a concretização do princípio da segurança jurídica⁴², pressuposto para que externalidades jurídicas positivas como desestímulo à litigância excessiva, igualdade perante a jurisdição, incentivo a acordos, economia processual e eficiência da prestação jurisdicional, possam, por consequência, ser igualmente materializadas.

A disciplina dos precedentes tem despertado atenção e relevância não só na seara acadêmico-jurídica, onde há uma profusão de trabalhos técnico-processuais de qualidade sobre o tema, fruto de intensas investigações e reflexões que visam definir os contornos

³⁹ *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, p. 27.

⁴⁰ O CPC/2015, em pelo menos sete dispositivos, associa o termo “segurança jurídica” à disciplina dos precedentes judiciais, quais sejam: Art. 525, § 13, Art. 535, § 6º, Art. 927, §§ 3º e 4º, Art. 976, II, Art. 982, §3º, Art. 1.029, § 4º.

⁴¹ BRANDÃO, Claudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei n. 13.015/2014 (de acordo com o CPC/2015)*. 2. ed. São Paulo : LTr, 2016, p. 17.

⁴² MENDES, Aluisio de Castro Mendes. *Jurisprudência e Precedentes no Direito Brasileiro: Panorama e Perspectivas*. In Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 3, p. 48.

teóricos e práticos para a escorreita aplicação do instituto pelos tribunais do país.

Para além do interesse jurídico-dogmático, o sistema de precedentes tem por condão induzir preocupações de outras ordens, em especial, naquilo que parece ter sido a motivação central do legislador em sua instituição: ser um instrumento de política pública de gestão judiciária frente aos desafios/críticas sobre insegurança jurídica e ineficiência que a Justiça brasileira vinha enfrentando há décadas, notadamente, em função da multiplicidade de processos, da falta de padrão para as decisões e da demora na prestação jurisdicional⁴³. Nessa linha, Rodolfo de Camargo Mancuso registra que⁴⁴:

Dentre as concausas da dispersão excessiva da jurisprudência, sobrelevada na Exposição de Motivos do novo CPC, deve ser contado, de um lado, o demandismo judiciário exacerbado, à sua vez insuflado por fatores diversos, tais como a produção legislativa desenfreada, que desnorteia os

destinatários da norma e desorienta os operadores do Direito incumbidos de aplicá-la, e, de outro lado, a leitura - que em outra sede chamamos ufanista e irrealista - da garantia do acesso à Justiça, levando a se extrair do art. 5º, XXXV da CF mais do que nele se contém, resultando num estímulo à judicialização massiva, praticamente convertendo o direito de ação em dever de ação, em detrimento de outros meios auto e heterocompositivos de solução de conflitos...A cultura demandista, instalada ao longo das últimas décadas, foi impactando o afluxo crescente de processos, em número muito superior à capacidade instalada do Judiciário, com isso projetando externalidades negativas, dentre as quais a tendencial oferta de resposta rápida e massificada (fast track processual), ambiente que desfavorece o exame detido e criterioso das lides

⁴³ Fenômeno que tem recebido de alguns doutrinadores a alcunha de “Tragédia da Justiça”. Para Erick Navarro Wolkart “a expressão, pouco conhecida no meio jurídico, é uma adaptação da tragédia dos comuns, locução econômica clássica utilizada pioneiramente por Garret Hardin para tratar dos incentivos envolvidos com o uso descontrolado e o consequente esgotamento dos chamados bens comuns...bens comuns são aqueles a que todos têm acesso, mas cujos recursos diminuem conforme o uso, de forma que a fruição excessiva os leva a um cenário de esgotamento

pela falta de tempo para sua renovação” (WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. 2018. 801 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. P. 33.

⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 13-14.

judicializadas e propicia a ocorrência de injustiças, dando azo a uma produção judiciária igualmente massiva e de conteúdo dispersivo, sem compromisso com um momento ou etapa de unidade exegética, necessária à segurança jurídica e ao tratamento isonômico dos jurisdicionados.

A partir dessa premissa, torna-se imperioso considerar que, para além dos esforços voltados à melhor compreensão conceitual-jurídica dos novos institutos que perfazem o microssistema de precedentes, a consolidação efetiva de tal inovação legislativa demandará, com igual força, um estreito compromisso com o arcabouço conceitual-metodológico aplicável ao gerenciamento de políticas públicas (judiciárias), sem o que, torna-se pouco provável (ou mesmo, impossível) mensurar o grau de

efetividade do referido microssistema nos tribunais do país e o seu impacto real em termos de incremento de segurança jurídica e isonomia na vida dos jurisdicionados.

1. DESAFIOS À EFETIVIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES

Rompendo com a indiferença de seu antecessor em relação ao tema dos precedentes judiciais ⁴⁵, o CPC/2015 valorizou fortemente a uniformização da jurisprudência que, na dicção do seu Art. 926, deve ser mantida “estável, íntegra e coerente”⁴⁶.

Não se trata de uma modificação institucional-jurídica qualquer. Apesar das mudanças graduais que já vinham ocorrendo, pelo menos ⁴⁷, desde o advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, e das Leis n.º 11.418, de 2006, e n.º 11.672, de 2008 (que instituíram no sistema processual brasileiro as disciplinas da Repercussão Geral e dos Recursos Repetitivos), é com

⁴⁵ Seria até possível afirmar que o Código de 1973 teria ignorado o instituto, não fosse a singular menção contida em seu Art. 479: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

⁴⁶ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Breves notas sobre as inovações do novo Código de Processo Civil. In: CARNEIRO, Paulo César Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; GRECO, Leonardo (coords.). Inovações do Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro, 2016, p. 11.

⁴⁷ Importante destacar que, antes disso, a Emenda Constitucional 7, de 1977, já previa a “arguição de relevância da questão federal” como forma de racionalizar o julgamento dos

Recursos Extraordinários por parte do Supremo Tribunal Federal. Com a criação do Superior Tribunal de Justiça (com a Constituição de 1988) e na expectativa de que este teria o potencial para desafogar a carga de trabalho do STF, o instituto citado acabou não sendo replicado pela nova ordem processual-constitucional que àquele momento se iniciava. Fredie Didier, ademais, informa que a experiência de seguir decisões pretéritas teria raízes até mais remotas, citando o exemplo dos assentos da Casa de Suplicação portuguesa que se aplicavam obrigatoriamente no Brasil colônia (DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. *O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro*. In: *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul-dez. 2015, versão eletrônica).

o Código de 2015 que efetivamente se consolida um arcabouço legislativo e teórico ⁴⁸ estruturado acerca do denominado Sistema de Precedentes.

Além de ditar os atributos relacionados ao sistema de precedentes, a novel codificação processual consolidou importante transição conceitual-jurídica no que se refere à categorização da jurisprudência dentre as fontes do direito, conforme bem explica Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁴⁹:

Houve uma modificação relevante, quanto à premissa e ao conceito, no que diz respeito à jurisprudência. O Código de Processo Civil de 2015 (...) estabelece um sistema de precedentes com efeito vinculativo. Há precedentes persuasivos, mas os vinculativos são mais importantes e esse sistema

também passa a prestigiar e a estabelecer que os precedentes qualificados advêm de procedimentos concentrados, nos recursos repetitivos, no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e no incidente de assunção de competência (IAC). Há uma ruptura. A jurisprudência pode advir de julgamentos reiterados proferidos, normalmente, pelos órgãos fracionários, não ensejando um precedente qualificado. Mas, pode advir também de julgamentos concentrados, a partir de procedimentos concentrados, que resultam em precedentes qualificados, nos termos do artigo 927. Então, a jurisprudência continua podendo ser aferida a partir de

⁴⁸ Ilustrando esse fenômeno, em 2017, Hermes Zaneti Junior já contabilizava, nada menos, que 33 livros e artigos científicos sobre o tema dos precedentes (ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 366-367). Citando nominalmente alguns exemplos de obras/autores, Rafael Norr Lippmann informa que as primeiras obras monográficas sobre o tema precedente judicial produzidas na vigência do CPC/1973 remontam ao final dos anos 1990 e início dos anos 2000 (...), ganhando maior atenção da doutrina a partir dos anos 2010, quando já tramitava perante o Congresso Nacional o projeto de lei que, futuramente, colimaria no CPC/2015. Entre o final dos anos 1990 e início dos anos 2000 exemplo de obras sobre o tema foram: Sérgio Sérulo da Cunha, *O efeito vinculante e os poderes do juiz*; José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente judicial como*

fonte do direito; Marcelo Alves Dias de Souza, *Do precedente judicial à súmula vinculante*; Roger Stiefelmann Leal, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. A partir dos anos 2010, inúmeros outras obras começam a aparecer (v.g.): Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Direito jurisprudencial*; Thomas da Rosa de Bustamante, *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*; Tiago Asfor Rocha Lima, *Precedentes judiciais civis no Brasil*; Rodolfo de Camargo Mancuso, *Sistema brasileiro de precedentes*.

⁴⁹ MENDES, Aluisio de Castro Mendes. *Jurisprudência e Precedentes no Direito Brasileiro: Panorama e Perspectivas*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 3, p. 48.

instrumentos não concentrados, ou seja, da reiteração de julgados. Contudo, houve uma ampliação, para considerar os posicionamentos estabelecidos a partir de julgamentos concentrados, com a fixação de teses, precedentes qualificados, firmadas nas hipóteses elencadas no art. 927 do CPC.

Para alguns,⁵⁰ a genuína inovação trazida pelo novo código foi a tentativa de dar escala/popularizar a cultura dos precedentes no âmbito dos tribunais brasileiros, buscando romper com algumas práticas judiciais renitentes fundadas em ideias retrógradas sobre papel (meramente declaratório) do magistrado na aplicação da lei e em padrões comportamentais que preservam uma visão limitada e varejista sobre o fenômeno da litigiosidade. Nesse sentido, a existência de um texto legal afirmando que “os juízes e tribunais observarão” (art. 927, do Código) determinadas decisões judiciais represente, talvez, a mais valiosa novidade inaugurada pelo Código de 2015⁵¹.

Para transformar em realidade as aspirações do novo código quanto à necessária mudança do contexto institucional identificado como problemático, a superação de alguns desafios parece ser algo inexorável. Recorrendo, mais uma vez, às investigações e inferências de Aluisio de Castro Mendes⁵² sobre o tema, é possível destacar alguns dos principais obstáculos a serem suplantados a bem da aplicação plena da sistemática dos precedentes no país: (i) os tribunais precisam assumir e priorizar o exercício da função uniformizadora, implementando mecanismos capazes de romper com a cultura judicial decisionista, que se baseia no arraigado costume pretoriano de privilegiar o julgamento de casos concretos/individuais; (ii) os julgamentos necessitam ser, cada vez mais, inteligíveis, para que não haja dúvidas sobre os contornos das teses e em que hipóteses devem ser aplicadas (é imprescindível clareza quanto ao que é a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, e se o acolhimento é colegiado ou individual); e (iii) é fundamental consolidar uma cultura que priorize os conflitos de interesse de massas e julgamentos colegiados, através de mecanismos como o IRDR e o IACP.

⁵⁰ OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Estado de Direito, Precedente e Arbitragem: a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais como pressuposto da unidade e da coerência do Direito*. 2022. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. P. 137.

⁵¹ Nesse sentido, afirmando que a existência de um “rol de precedentes normativos formalmente

vinculantes a ser observado por todos” é “uma das maiores novidades da nova legislação, senão a maior”, ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015*. In *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 257, jul. 2016, versão eletrônica.

⁵² MENDES, op. cit., p. 50.

Por óbvio, dada a natureza estrutural da mudança proposta pelo CPC/2015, não se pode esperar que ela se concretize no curto prazo e como uma consequência natural/exclusiva do novo texto legal. É inegável que o CPC/2015 teve um enorme protagonismo nessa cruzada, em especial pela consolidação de um robusto microssistema legal de precedentes, o que, sem dúvida, contribuiu sobremaneira para facilitar o entendimento conceitual e prático sobre os institutos ferramentas processuais a eles inerentes, por parte de juízes, advogados, membros do Ministério Público etc.

Contudo, para além dessa dimensão dogmático-pedagógica, a ocorrência de outras variáveis é elemento fundamental para o avanço da agenda de consolidação dos precedentes no país. Uma dessas variáveis é a assunção de um novo papel institucional a ser assumido pelas cortes de superposição, caracterizado por julgamentos mais seletivos (menos “varejistas”) e, tal como em relação aos tribunais de segundo grau, voltados ao desempenho da função de uniformização do direito no âmbito de suas competências constitucionais.

O CPC/2015 fez e a doutrina tem feito o seu trabalho no que se refere ao desenvolvimento do microssistema de precedentes sob o aspecto conceitual-jurídico. Reconhecido o sucesso nessa frente dogmático-normativa, impõe-se que parte dos esforços da comunidade acadêmica, dos tribunais e dos operadores passem a ser alocados, também, às reflexões e análises acerca do “como” superar os inúmeros desafios

concretos/empíricos para a efetivação das inovações introduzidas pelo novo *codex* processual.

Pode-se, mesmo, afirmar que a mudança de perfil almejada pelo CPC/2015 para a atividade pretoriana nacional passa, necessariamente, pela adequada sistematização de processos gerenciais de planejamento, implementação, monitoramento e avaliação da política judiciária de precedentes, em relação aos quais torna-se imperioso o conhecimento sobre métodos e técnicas presentes em outros ramos do saber (como a ciência política, a administração, a economia e a tecnologia da informação).

2. POLÍTICA JUDICIÁRIA E SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Marco importante e representativo de um verdadeiro *turning point* para a magistratura brasileira foi a chamada “Reforma do Judiciário”. Tendo como marco inaugural a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, e pautada nos objetivos constantes do “*Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano*”, firmado pelos Chefes dos três Poderes, em dezembro do mesmo ano, esse movimento reformista tinha por mote, dentre outras medidas, priorizar a aprovação de um conjunto de projetos de lei voltados à modernização da legislação processual civil, penal e trabalhista, baseando-se nos seguintes pressupostos:

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no

*tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático. Em face do gigantesco esforço expendido sobretudo nos últimos dez anos, produziram-se dezenas de documentos sobre a crise do Judiciário brasileiro, acompanhados de notáveis propostas visando ao seu aprimoramento.... Tramitam hoje nas Casas Parlamentares muitos projetos de lei propondo alterações nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, bem como em aspectos do processo trabalhista. Tais reformas são reclamadas por toda a comunidade jurídica, que deseja regras capazes de agilizar e simplificar os julgamentos - sem prejuízo das garantias individuais.*⁵³

Algumas das modificações introduzidas no sistema jurídico-processual por esse movimento reformador foram a súmula vinculante no STF (Art. 103-A, da Constituição

Federal)⁵⁴ e as sistemáticas da repercussão geral (Art. 102, §3º, da Constituição Federal⁵⁵ e Lei n.º 11.418, de 2006) e dos recursos especiais repetitivos (Lei n.º 11.672, de 2008).

Também a partir da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, ganha feição constitucional a preocupação com eficiência e adequada administração do aparelho judiciário, colocando na “ordem do dia” dos tribunais a necessidade de realização de investimentos em medidas administrativas que incrementassem profissionalismo e qualidade à gestão das políticas públicas constitucionalmente atribuídas ao Poder Judiciários, tais como aquelas voltadas à ampliação do acesso à justiça, à efetivação de direitos fundamentais e à manutenção de uma ordem jurídica estável, coerente e isonômica. A respeito da quebra de paradigma representada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, Antônio Ernani Pedroso Calhão bem anota que, muito embora a atividade jurisdicional fosse “reconhecida como uma das três funções típicas do Estado, inexistia, até então, um órgão de cunho nacional para atuar executivamente a fim de se cumprir o desiderato constitucional do autogoverno, decorrente da independência orgânico-funcional”.⁵⁶

Essa diretriz constitucional associada à boa governança judicial ganha concretude com a criação do

⁵³ *Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*. Diário Oficial da União, 16 de dezembro de 2004. Seção 1, p. 8-9.

⁵⁴ Introduzido pelo Emenda Constitucional n.º 45, de 2004.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010, 249.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao qual foi atribuído o papel de “controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, bem como de supervisor geral da “situação do Poder Judiciário no País” (art. 103-B, §4º, incisos VI e VII, da Constituição Federal). E a instituição dessa nova vertente gerencial no Judiciário brasileiro torna-se ainda mais evidente com o advento da Lei n.º 11.364, de 2006, que dispõe sobre as atividades de apoio ao CNJ⁵⁷.

Desde então, o CNJ tem buscado se consolidar como o órgão central de

planejamento e coordenação de políticas judiciárias nacionais que visam uniformizar, racionalizar e automatizar procedimentos e processos necessários ao aprimoramento da prestação jurisdicional.⁵⁸ E uma das ferramentas mais importantes nessa marcha foi a institucionalização da cultura do Planejamento Estratégico,⁵⁹ no âmbito do Poder Judiciário, a partir do final da Década de 2000.⁶⁰ Representando o terceiro ciclo dessa nova cultura gerencial, a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026,⁶¹ instituída pela Resolução CNJ n.º 325, de 30 de junho de 2020, definiu as diretrizes

⁵⁷ “Art. 5º Funcionará, junto ao Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Pesquisas Judiciárias - DPJ, com sede na Capital Federal. § 1º Constituem objetivos do DPJ: II - desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira; III - realizar análise e diagnóstico dos problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder Judiciário; IV - fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias.” Os incisos I e V, do parágrafo transcrito foram revogados pela Lei n.º 11.618, de 2007.

⁵⁸ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional: Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional*. Brasília. CNJ, 2021, p. 2.

⁵⁹ O desejo de implantação da referida cultura constou expressamente como um dos objetivos do já mencionado *Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*: “Todas as informações disponíveis, além de amplamente divulgadas, serão repassadas, até abril de 2005, à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, à Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA e às Universidades, para que tais instituições realizem as análises que considerarem

pertinentes, inclusive cotejando-as com outros dados de que disponham. Os documentos elaborados serão apresentados ao Poder Judiciário, para reflexão e debate, visando à consolidação de cultura de planejamento estratégico na gestão judiciária no Brasil”.

⁶⁰ “O primeiro ciclo de planejamento e gestão estratégica do Poder Judiciário (2009-2014) foi instituído pela Resolução CNJ nº 70, de 18 de março de 2009, e representou um passo importante para disseminar a cultura de administração gerencial, voltada para resultados, e da importância do planejamento estratégico como ferramenta de gestão pelos órgãos da justiça brasileira. A Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020, segundo ciclo do planejamento, foi instituída pela Resolução CNJ nº 198, de 1º de julho de 2014, e se deu por meio de políticas judiciárias, programas e metas e instrumentos de aferição que permitem identificar se os objetivos estratégicos estão sendo atingidos pelos órgãos.” (CNJ. *Estratégias Nacionais Anteriores*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/estrategias-nacionais-antteriores/>>. Acesso em: 22 ago. 2022).

⁶¹ CNJ. *Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e->

nacionais da atuação institucional dos órgãos do Poder Judiciário para o próximo sexênio, cujos componentes (Missão, Visão e Valores) e macrodesafios seguem representados graficamente no seu mapa estratégico (Figura 1, ao final do texto).

Analisando mais detidamente o texto da referida Resolução, verifica-se que seu Anexo I enuncia como um dos “Macrodesafios do Poder Judiciário” a “Consolidação do Sistema de Precedentes Obrigatórios”, por meio da “Promoção do sistema de precedentes estabelecido pelo novo Código de Processo Civil, buscando fortalecer as decisões judiciais, racionalizar o julgamento de casos análogos, garantir a segurança jurídica, bem como, a coerência e a integridade dos provimentos judiciais” abarcando, também, “a redução do acúmulo de processos relativos à litigância serial, visando reverter a cultura da excessiva judicialização”.⁶²

Traduzindo o significado da inclusão desse macrodesafio, no âmbito da Estratégia Nacional do Poder Judiciário, o Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional define “por política judiciária nacional, a política instituída pelo CNJ, de caráter contínuo ou de vigência

determinada, que impulse o desenvolvimento pelos órgãos do Poder Judiciário de programas, projetos ou ações voltadas à efetivação da Estratégia Nacional do Poder Judiciário.”⁶³ Não restam dúvidas, portanto, que a “Consolidação do Sistema de Precedentes Obrigatórios”, constitui uma verdadeira e formal política pública cuja execução está a cargo do Poder Judiciário.

Políticas públicas podem ser entendidas como “o conjunto de programas ou ações governamentais necessárias e suficientes, integradas e articuladas para a provisão de bens ou serviços à sociedade.”⁶⁴ Referem-se a “um conjunto de diretrizes e intervenções emanadas do Estado, feitas por pessoas físicas e jurídicas, públicas e/ou privadas, com o objetivo de tratar problemas públicos e que requerem, utilizam ou afetam recursos públicos”.⁶⁵

Como fruto de demandas sociais por transparência, racionalização dos gastos públicos e fornecimento de bens/serviços de qualidade, elas requerem uma atuação estatal pautada em boas práticas de gestão para sua formulação, implementação e avaliação de resultados/impactos. E isso se torna ainda mais necessário em se tratando de

planejamento/estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2021-2026/>. Acesso em: 22 ago. 2022.

⁶² Id.

⁶³ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional: Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional*. Brasília. CNJ, 2021, p. 3. O guia em questão apresenta conceitos e estratégias típicas do gerenciamento de políticas públicas, de forma adaptada à realidade do

Poder Judiciário, e tem a intenção de auxiliar os gestores do CNJ que atuam na coordenação dos processos de formulação, planejamento, implementação, monitoramento e avaliação de políticas judiciárias nacionais.

⁶⁴ BRASIL. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante*. Vol. 1. Brasília: Ipea, 2018, p. 13.

⁶⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Política Pública em Dez Passos*. Brasília, 2021, p. 10.

políticas de natureza programática – como parece ser o caso do desafio associado ao sistema de precedentes obrigatórios –, assim entendidas aquelas que possuem objetivos e diretrizes que ensejam ações contínuas e coordenadas para a solução de um problema, demandando, ademais, maior esforço gerencial e contínuos processos monitoramento, avaliação e eventual correções de rotas.

O já citado Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional propõe uma divisão desse processo de condução de políticas públicas em seis etapas: (i) **Formação da agenda**: inclusão de um problema no espaço formal de deliberação do órgão; (ii) **Diagnóstico do problema**: caracterização e dimensionamento do problema que se busca solucionar; (iii) **Formulação da política**: definição dos objetivos, público-alvo, das frentes de ação, e das estruturas de governança e de gestão responsável pela execução da política; (iv) **Planejamento da implementação**: definição das estratégias e ferramentas de implementação, dos responsáveis pela execução, dos prazos e recursos necessários, e planejamento da comunicação da política; (v) **Monitoramento**: definição dos parâmetros de acompanhamento e controle das ações propostas e de avaliação dos resultados a serem alcançados; e (vi) **Transparência da informação**: gerenciamento e divulgação de informações da política.⁶⁶

O status da política judiciária sob análise revela que já foram superadas as etapas de Formação da Agenda, Diagnóstico, Formulação da Política e do Planejamento da Implantação. Portanto, parece mais relevante investigar, doravante, quais ações e métodos estão sendo considerados em uma das etapas em curso: a de Monitoramento.

3. MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIO

Como já dito alhures, o fortalecimento da jurisprudência e a sistematização do sistema de precedentes foram as principais apostas do CPC/2015 para otimizar o tratamento de litígios de espectro coletivo e/ou recorrente, bem como para promover a proteção objetiva da ordem jurídica em seus aspectos de integridade, coerência e estabilidade, em linha com o preconizado pelo Art. 926 do *codex*.

Em relação a essas e todas as novidades apresentadas, o Art. 1.069 do CPC/2015 impôs um imperativo: “O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código”. O Código, portanto, revela um pressuposto lógico-normativo a ser observado, em linha com o que já professava o grande mestre José Carlos

⁶⁶ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional*:

Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional. Brasília. CNJ, 2021, p. 3-4.

Barbosa Moreira, há duas décadas atrás⁶⁷:

Depois de reformar a lei, impende acompanhar de perto, com lentes adequadas, a repercussão adequada da reforma no dia a dia forense. Não há outra maneira de se descobrir o que realmente mudou, em que sentido e com que alcance. Nem se concebe, sem esse elementar cuidado, uma avaliação minimamente objetiva, à luz da qual possamos decidir se vale a pena dar marcha à ré. Retomando o paralelo com a medicina: administrado o remédio, começando o tratamento, nem por isso está finda a missão do médico: incumbe-lhe observar como está reagindo o organismo do doente e, conforme o caso, aumentar ou diminuir a dose, quando não substituir a terapia que se haja revelado anódica ou contraproducente. Ora, não tenho notícias de pesquisas que precedam as sucessivas reformas do Código de Processo Civil, ministrando aos projetos base firme de dados concretos. E, sobretudo, quase nenhum sinal enxergo de interesse com relação aos efeitos práticos das inúmeras

modificações consagradas. É pouco, pouquíssimo, o que deles se sabe com certeza.

Caracterizado substancial e formalmente como um elemento de política judiciária nacional pelo CNJ (conforme já visto, anteriormente), é de fundamental importância para a adequada consolidação do sistema de precedentes a observância do disposto no Art. 1.069 do CPC/2015, a partir da utilização de técnicas consagradas de avaliação de políticas públicas, assim entendida como “uma aferição objetiva da extensão do cumprimento dos objetivos de uma intervenção, política pública ou atividade”, que “tem como finalidades contribuir para o aprimoramento do planejamento e da gestão e demonstrar os resultados alcançados para as partes interessadas”⁶⁸.

No que se refere aos chamados “macrodesafios”, categoria gerencial na qual se enquadra a “Consolidação do Sistema de Precedentes Obrigatórios”, o monitoramento da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 é realizado, sempre que possível, anualmente, por meio dos seguintes Indicadores de Desempenho: **Indicador 1** - Tempo médio entre o trânsito em julgado do precedente e o trânsito em julgado do processo em que a tese deveria ter sido aplicada; **Indicador 2** - Tempo médio entre afetação e a

⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In *Temas de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10-11.

⁶⁸ PINTO, Rafael de Carvalho Cayres; NEVES, Luiz Felipe de Castro; HIRATA, Elydia Silva Hirata.

Conceitos e metodologias de avaliação aplicáveis ao financiamento de exportações de serviços. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2019. Textos para discussão: 139, p. 9.

(publicação do acórdão) sentença de mérito nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR); **Indicador 3** - Tempo médio entre a afetação, admissão e a (publicação do acórdão) sentença de mérito nos Incidentes de Assunção de Competência (IAC).

Com base na medição desses indicadores de desempenho, os tribunais e a Rede de Governança Colaborativa⁶⁹, anualmente, formulam as metas nacionais e prioridades estratégicas para o exercício vindouro. Em 2021, como resultado dessa dinâmica, foram emitidas as seguintes “sugestões de monitoramento” relativamente macrodesafio da “Consolidação do Sistema de Precedentes Obrigatórios”: quanto ao **Indicador 1**, “Realizar programas, projetos e ações (campanhas de

sensibilização, capacitação de magistrados e assessores)”; quanto ao **Indicador 2**, “Meta Nacional 7 – STJ”⁷⁰; quanto ao **Indicador 3**, “Meta recomendada a todos os tribunais”.

Condição antecedente para que o monitoramento e avaliação da estratégia sejam adequadamente realizados, sem dúvida, é a implementação de uma ampla e consistente base de dados estatísticos⁷¹. Nesse sentido, um dos grandes desafios do CNJ enquanto supervisor geral do aparelho judicial tem sido manter sistemas de informação e bases de dados confiáveis capazes de revelar a realidade do cotidiano forense em todo o país.

4. JURIMETRIA E BANCO NACIONAL DE PRECEDENTES

⁶⁹ A Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário é regulamentada pela Portaria CNJ n.º 59/2019, sendo composta por representantes indicados pelos órgãos do Poder Judiciário. Exerce importante papel na condução da Estratégia Nacional do Poder Judiciário, impulsionando sua execução, seu monitoramento e a divulgação de seus resultados. A Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário, sob a coordenação do CNJ, possibilita a integração dos órgãos da justiça brasileira, tornando possível a tomada de decisão compartilhada para a proposição de soluções que visem o enfrentamento de problemas comuns do Judiciário.

⁷⁰ Os presidentes/representantes dos tribunais do país, nos dias 02 e 03 de dezembro de 2021, durante o 15º Encontro Nacional do Poder Judiciário, aprovaram as Metas Nacionais para o Judiciário Brasileiro alcançar em 2022. A Meta 7 ficou a cargo do STJ e tem a seguinte redação: “Priorizar o julgamento dos processos dos

recursos repetitivos. Garantir tempo médio de 365 dias da afetação à publicação do acórdão dos recursos repetitivos”.

⁷¹ Tal preocupação também constou do já citado *Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano*, assinado em 2004: “Para que as políticas corretas sejam reforçadas, as equivocadas sejam retificadas e novas sejam elaboradas, é fundamental que todos os agentes estatais e sociais contem com conjunto organizado de informações sobre o funcionamento do Judiciário no Brasil. Passos substantivos já foram concretizados, com o funcionamento do Banco Nacional de Dados sobre o Poder Judiciário, em aperfeiçoamento e ampliação desde junho de 2004 em face do projeto “Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário”, desenvolvido sob a coordenação do Supremo Tribunal Federal. Paralelamente, o Ministério da Justiça divulgou importante colaboração, intitulada “Diagnóstico do Judiciário”.

Atribui-se ao jurista norte-americano Lee Loevinger o uso pioneiro da expressão “jurimetrics”, no seu momento inaugural definida como o conjunto de atividades que envolviam a investigação científica de problemas legais e as análises quantitativas dos comportamentos dos juízes⁷²⁻⁷³. Em sua acepção mais contemporânea e específica, a jurimetria pode ser entendida “como a disciplina do conhecimento que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica”⁷⁴. Como bem explica Fábio Ulhoa Coelho⁷⁵:

A Jurimetria é a aproximação de dois conhecimentos, o jurídico e o estatístico. Pode-se defini-la como o conhecimento sobre a mensuração de fatos jurídicos, entendidos estes como decisões judiciais e

administrativas, celebração de contratos, realização de operações societárias, decretação e falências, impetração de recuperação de empresa, crescimento do número e processos em andamento, relação entre a quantidade de juízes e a população etc. Esta nova disciplina jurídica auxilia os dois níveis do saber doutrinário. À ciência, ajuda na identificação das normas que devem ser adotadas para orientar a superação dos conflitos de interesse. É instrumento da política pública jurídica. À tecnologia jurídica, colabora na definição de estratégias argumentativas e na racionalização de um novo tipo de argumento.

⁷² LOEVINGER, Lee. *Jurimetrics: the next step forward*. Minnesota Law Review, v.33, 1949.

⁷³ Em escrito posterior, Loevinger, contudo, se abstém de emprestar à expressão jurimetria uma definição precisa: “It is unnecessary, and perhaps impossible, to give a precise definition to the field of jurimetrics. As in any pragmatic discipline, the definition will be given by the activities of its practitioners, and will undoubtedly change and expand as experiment and experience give answers to specific questions. The distinction between jurisprudence and jurimetrics is already evident. Jurisprudence is concerned with such matters as the nature and sources of the law, the formal bases of law, the province and function of law, the ends of law and the analysis of general juristic concepts. Jurimetrics is concerned with such matters as the quantitative analysis of judicial behavior, the application of communication and information theory to legal

expression, the use of mathematical logic in law, the retrieval of legal data by electronic and mechanical means, and the formulation of a calculus of legal predictability. Jurisprudence is primarily an undertaking of rationalism; jurimetrics is an effort to utilize the methods of science in the field of law. The conclusions of jurisprudence are merely debatable; the conclusions of jurimetrics are testable. Jurisprudence cogitates essence and ends and values. Jurimetrics investigates methods of inquiry”. (LOEVINGER, Lee. *Jurimetric: the methodology of legal inquiry*. Law And Contemporary, v. 28, 1963, p. 8).

⁷⁴ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito*. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 115.

⁷⁵ A definição consta do prefácio subscrito pelo autor na já citada obra de Marcelo Guedes Nunes já citada (ibid. p. 17-18).

É possível afirmar que a chegada da Jurimetria ao mundo do direito, impôs um giro epistemológico análogo àquele proposto pelos pensadores realistas do início do Século XX,⁷⁶ deslocando o centro de interesse da pesquisa do plano abstrato do ordenamento jurídico para o plano concreto do direito efetivo, aquele capaz de afetar a relação entre os sujeitos, corresponde às sentenças, acórdãos, contratos e demais ordens jurídicas produzidas no plano concreto.

No Brasil, a prática da estatística descritiva,⁷⁷ no âmbito dos tribunais, tem se tornado uma realidade, como decorrência do arcabouço gerencial-normativo inaugurado a partir da

Emenda Constitucional n.º 45, de 2004. Como já visto em tópicos anteriores deste trabalho, atualmente, tanto a Constituição Federal (art. 103-B, §3º, VI e VII), quanto a legislação ordinária (Art. 5º, II, III e IV da Lei n.º 11.364, de 2006, e Art. 1.069 do CPC/2015) impõem aos gestores judiciários (particularmente, ao CNJ) o dever de tomada de decisão informada e baseada em dados estatísticos, no que se refere às iniciativas e ações caracterizadas como de interesse do sistema judicial brasileiro.

Em linha com o mandamento constante do Art. 979, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC/2015⁷⁸, marco institucional relevante na construção desse sistema

⁷⁶ Oliver Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo são alguns dos principais expoentes do chamado “Realismo Jurídico”, movimento de origem norte-americana, mas que teve grande influência, também, na Europa, especialmente nos países escandinavos. O “Realismo Jurídico” entendia o direito como um “fato social” e pregava que sua compreensão teria que enfatizar não um conjunto de princípios e valores abstratos, mas os fatos concretos integrados à realidade social. Entendiam os representantes dessa corrente de pensamento que o “Direito Verdadeiro” seria aquele decorrente do estudo/entendimento das decisões dos tribunais nos casos concretos.

⁷⁷ Conforme assenta Marcelo Guedes Nunes, a Estatística Descritiva estuda o processo de exploração, visualização e sumarização de dados, estando limitada ao que se consegue observar diretamente e apenas descrevendo, de maneira sumarizada ou exaustiva, o conjunto de dados coletados (modelos de diagnósticos). Por outro, lado a chamada Estatística Inferencial estuda como certas conclusões podem ser logicamente induzidas a partir *da análise de um conjunto de dados sujeitos a uma variação aleatória* (modelos preditivos). A segunda

espécie de jurimetria é de uso mais comum em escritórios de advocacia e empresas, que buscam melhorar a acurácia de suas avaliações de riscos sobre determinadas carteira de processos e/ou antecipar tendências e entendimentos pretorianos. Em 2019, na França, a Lei 2019-222, tornou crime a utilização de dados do Poder Judiciário francês para a construção de modelos preditivos, por considerar a potencial violação da lei de proteção de dados e visando a evitar uma suposta influência negativa no julgamento dos seus magistrados.

⁷⁸ “Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas

jurimétrico aplicado aos tribunais brasileiros foi a edição da Resolução CNJ n.º 235, que dispôs sobre “a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência”, e criou, no âmbito do CNJ, o Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios (BNPR), visando a agregar e consolidar os dados referentes aos respectivos incidentes geradores de precedentes obrigatórios. Com base nessa normativa, o CNJ organiza/disponibilizada na Internet extensa base dados sobre precedentes judiciais, agregando diversos temas submetidos ao julgamento segundo o rito das demandas repetitivas nos tribunais estaduais, federais e tribunais superiores.

Para além de cumprir com os requisitos objetivos expressos no Art. 979 do CPC/2015, o banco de dados em questão representa uma opulenta base sobre o comportamento dos tribunais brasileiros no tocante aos precedentes obrigatórios, a partir da qual inúmeros exercícios estatísticos podem ser feitos, a bem do adequado acompanhamento

da sua consolidação enquanto prática pretoriana no país.

Através da plataforma de visualização de dados intitulada “*Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*”⁷⁹ é possível realizar uma série de exercícios estatísticos descritivos, por meio do levantamento/cruzamento de uma série de dados sobre o comportamento de cada tipologia de incidente, em cada tribunal.⁸⁰ como sugerem os exemplos de gráficos apresentados.

E foi essa organicidade de dados que possibilitou, em 2018, a edição do Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios⁸¹, que teve como propósito “fornecer fotografia da utilização de instrumentos como a repercussão geral dos recursos extraordinários, o rito de julgamento de recursos especiais ou de revista repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência na Justiça brasileira”⁸². Através do referido relatórios inúmeros achados estatísticos foram apresentados, tais como, (i) número de temas por tribunal, (ii) número de

constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário”.

⁷⁹ Os painéis do CNJ estão disponíveis no seguinte endereço: https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa. Acesso em 11 ago. 2022.

⁸⁰ Como sugerem os exemplos apresentados nos Gráficos 2 e 3, ao final do texto.

⁸¹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Brasília. CNJ, 2015, p. 5.

⁸² Exemplos de estudos jurimétricos semelhantes feitos a partir das bases de dados do CNJ são: “*Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições*” (2017) e “*100 maiores litigantes*” (2012).

incidentes por ramo da justiça, (iii) tribunais com maior número de IRDRs e ACPs admitidos, julgados e pendentes, (iv) ritmo de criação de temas/instauração de incidentes e seus respectivos julgamentos, (v) assuntos mais recorrentes por tipo de incidente, (vi) temas com maior número de processos sobrestados e (vii) institutos geradores de precedentes obrigatórios com mais processos sobrestados a ele vinculados.

E a partir desses achados algumas inferências e diagnósticos puderam ser feitos. Observou-se, por exemplo, que os temas geradores de precedentes judiciais obrigatórios são dominados por questões de Direito Público (o assunto “Direito Administrativo e outras Matérias de Direito Público” apareceu como o mais recorrente nos temas de repercussão geral e IRDR e o segundo com mais ocorrências dentre os incidentes de assunção de competência). O relatório evidenciou, ainda, que, entre os dez temas com o maior número de processos sobrestados em todo o Brasil, dois estavam associados a Recurso Especial repetitivo, entre os quais o que possuía o maior número de feitos (19,1% do total de processos sobrestados no Brasil) e tratava da aplicação da TR como

índice de correção monetária de saldos de contas do FGTS.

Estavam, ainda, na lista, cinco temas de repercussão geral, dos quais quatro cuidavam das alegadas diferenças na correção monetária de saldos em caderneta de poupança em razão de expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos como os Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II (o outro tema de repercussão relacionava-se ao instituto da “desaposentação”). Havia, por fim, entre os dez temas, o IRDR n. 9 do TJ/SP, que tratava de tarifas de uso do sistema de distribuição e transmissão de energia na base de cálculo do ICMS.

Recentemente foi editada pelo CNJ a Resolução n.º 444, de 2022, que instituiu o Banco Nacional de Precedentes (BNP), em sucessão ao BNPR, consistindo em repositório e plataforma tecnológica unificada de pesquisa textual e estatística, que busca contribuir com o aprimoramento da plataforma já existente e com o maior acesso aos precedentes editados por toda a sociedade⁸³.

A expectativa é, portanto, que a nova plataforma venha a robustecer o cabedal de ferramentas tecnológicas e métodos estatísticos/quantitativos de análise sobre o efetivo funcionamento

⁸³ Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, um dos coordenadores do trabalho que redunou na Resolução: “O Banco contribui com medidas concretas para dar maior acesso aos precedentes por toda a sociedade. É uma plataforma onde toda a sociedade possa buscar os temas e encontrar os precedentes afirmados ou já iniciados. Hoje em dia, todos sabemos que para encontrar um precedente é preciso fazer

muitas buscas em muitos sites. Com esse banco contribuímos para que sejam não ajuizadas ações fadadas ao fracasso” (*Banco de precedentes permitirá acesso a todos os tribunais*. Conjur, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-23/banco-precedentes-permitira-acesso-todos-tribunais>>. Acesso em: 10 de agosto de 2022).

dos instrumentos previstos na legislação para a formação de precedentes obrigatórios, contribuindo com todos os tribunais do país e de forma relevante na construção de diagnósticos mais precisos, definição de prioridades e (re) organização de pautas de julgamento.

CONCLUSÃO

A *norma-princípio* constitucional da segurança jurídica foi sobremaneira prestigiada pelo CPC/2015, materializando-se em diversos institutos processuais no novel *codex* e, de forma mais marcante, na disciplina dos precedentes judiciais. O sistema de precedentes busca, destarte, a concretização do próprio princípio da segurança jurídica, na medida em que se traduz como ferramenta importante para tratar algumas de suas causas mais usuais, como a falta de uniformidade das decisões, a litigância excessiva/predatória e a ineficiência da prestação jurisdicional.

O CPC/2015 teve por objetivo fortalecer o papel da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro e consolidou normativamente um verdadeiro sistema de julgamento de demandas repetitivas e formação de precedentes judiciais. Esse sistema parece já contar com arcabouço legal-dogmático consolidado, mas sua implementação efetiva ainda depende da superação de alguns desafios estruturais, culturais e gerenciais.

Diante desse quadro, coube ao CNJ, órgão que possui a função constitucional de estabelecer e

supervisionar as ações afetas à Estratégia Nacional do Poder Judiciário, o papel de liderar o desafio de Consolidação do Sistema de Precedentes Obrigatórios no âmbito dos tribunais do país. A implantação e difusão dos precedentes obrigatórios passam a constituir, substancial e formalmente, uma política pública a ser executada pelo Poder Judiciário, de acordo com as melhores práticas de gestão empregadas pelos demais poderes da república.

Em linha com o Art. 1.069 do CPC/2015, torna-se de fundamental importância para a adequada consolidação do sistema de precedentes a utilização de técnicas consagradas de avaliação de políticas públicas, buscando-se a aferição objetiva da extensão do cumprimento dos objetivos da política judiciária dos precedentes obrigatórios, inclusive, com o fim de contribuir com o aprimoramento das ações, indicadores e metas a ela condizentes.

O método jurimétrico descritivo é aliado de primeira ordem na tarefa de investigar e entender como os tribunais vêm, em concreto, se comportando em relação ao sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015. A partir dos dados disponíveis em plataformas como o Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, é possível realizar variadas abordagens estatísticas com vistas a identificar padrões e assimetrias entre os diversos tribunais do país no que se refere ao uso, em concreto, dos precedentes obrigatórios, o que representa insumo imprescindível para

que os órgãos de cúpula do Poder Judiciário possam avaliar adequadamente a efetividade de suas políticas e ações estratégicas.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mariana Dionísio de; LAVÔR, Amanda Rodrigues; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. *O uso da jurimetria na advocacia privada para previsão dos resultados mais comuns de julgamento sobre obrigações/contratos nas câmaras de direito privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 23, n. 4, mai-ago. 2022, p. 923-960.
- ANDRADE, Mariana Dionísio de; ROSA, Beatriz de Castro; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. *Legal tech: analytics, inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada*. São Paulo: Revista Direito GV, v. 16, n. 1, 2020.
- 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, p. 27.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- Banco de precedentes permitirá acesso a todos os tribunais*. Conjur, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-23/banco-precedentes-permitira-acesso-todos-tribunais>>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.
- BRANDÃO, Claudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei n. 13.015/2014 (de acordo com o CPC/2015)*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 17.
- BRASIL. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. *Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições*. Brasília: CNJ, 2017.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2012.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional: Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional*. Brasília: CNJ, 2021.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Brasília: CNJ, 2018.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*. Brasília: CNJ, 2015.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil [et al.]. *Avaliação de Políticas Públicas: Guia Prático de Análise*

- Ex Ante. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/orgaos-vinculados/comite-interno-de-governanca-da-casa-civil/cartilha-avaliacao-de-politicas-publicas-guia-pratico-de-analise-ex-ante>. Acesso em: 05 ago. 2022.
- BRASIL. *Política Pública em Dez Passos*. Tribunal de Contas da União. Brasília, 2021, p. 10.
- BRITO, Souza Thiago; FERNANDES, Rodrigo Saldanha. *Inteligência Artificial e a Crise no Poder Judiciário: linhas introdutórias sobre a experiência norte-americana, brasileira e sua aplicação no direito brasileiro*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. 91, n. 2, set. 2020, p. 84-107.
- CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010.
- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Breves notas sobre as inovações do novo Código de Processo Civil*. In: CARNEIRO, Paulo César Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; GRECO, Leonardo (coords.). *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro, 2016, p. 1-17.
- CARNELLUTTI, Francesco. *La Certeza del Diritto*. In Rivista de Diritto Civile, n. 20, 1942, p. 81.
- CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, Coimbra, 2000, p. 256.
- DE MULDER R., VAN NOORTWIJK K., & COMBRINK-KUITERS, “*Jurimetrics Please*”, in European Journal of Law and Technology, Vol 1, Issue 1, 2010.
- DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. *O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro*. In: *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul-dez. 2015.
- FALCÃO, Aileen Raphysa Sauaia; BONATO, Giovanni. *Sistema de precedentes judiciais na ordem jurídica brasileira: análise do instituto como mecanismo de gestão e administração da justiça e das reformas empreendidas à sua introdução*. In Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/view/2569>. Acesso em 15 de julho de 2022.
- FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; NAVARRO, Trícia (coords). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- GUIGNONI, Maurilio; NASCIMENTO, Marcelo e ALBUQUERQUE, Romero. *Qualidade institucional, segurança jurídica e os investimentos em infraestrutura*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/qualidade-institucional-seguranca-juridica-e-os-investimentos-em-infraestrutura-10022021>. Acesso em: 14 de agosto de 2022.

- LAGE, Ricardo Kalil; MENEZES, Adriana Aparecida. *JURIMETRIA: A ciência de dados ao sistema de precedentes do Código de Processo Civil*. Revista Jurídica Facesf, v. 2, n. 1, p. 18-27, 2020. Disponível em: <https://periodicosfacesf.com.br/index.php/revistajuridicafacesf/article/view/36>. Acesso em: 1 ago. 2022.
- LIPPMANN, Rafael Knorr. *Precedente judicial*. In Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/455/edicao-2/precedente-judicial>. Acesso em: 16 ago. 2022.
- LOEVINGER, Lee. *Jurimetrics: the next step forward*. Minnesota Law Review, v.33, 1949.
- _____. *Jurimetric: the methodology of legal inquiry*. Law And Contemporary, v. 28, 1963.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 13-14.
- MARSHALLOWITZ, Sofia. *O que pretende a França em proibir a jurimetria?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-pretende-a-franca-em-proibir-a-jurimetria-18062019>. Acesso em: 17 de agosto de 2022.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Jurisprudência e Precedentes no Direito Brasileiro: Panorama e Perspectivas*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 3, p. 42-52.
- MOLLICA, Rogério. *Recurso extraordinário e recurso especial repetitivos*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/195/edicao-2/recurso-extraordinario-e-recurso-especial-repetitivos>. Acesso em: 18 ago. 2022.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça: alguns mitos*. In *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-13.
- NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, F. M. de. *Estudo sobre o movimento de reformas processuais: a necessidade de adequação ao devido processo legislativo*. In: CONPEDI. (Org.). Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI: Fortaleza. Florianópolis: CONPEDI, 2010, v. 1.

- NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito*. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando; TRECENTI, Julio. *A lei francesa de acesso a dados judiciais: algumas reflexões*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/304441/a-lei-francesa-de-acesso-a-dados-judiciarios--algumas-reflexoes>. Acesso em: 17 de agosto de 2022.
- OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Estado de Direito, Precedente e Arbitragem: a vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais como pressuposto da unidade e da coerência do Direito*. 2022. 324 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. P. 137.
- Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*. Diário Oficial da União, 16 de dezembro de 2004. Seção 1, p. 8-9.
- PINTO, Rafael de Carvalho Cayres; NEVES, Luiz Felipe de Castro; HIRATA, Elydia Silva Hirata. *Conceitos e metodologias de avaliação aplicáveis ao financiamento de exportações de serviços*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2019. Textos para discussão: 139.
- RODAS, Sérgio. *França proíbe divulgação de estatísticas sobre decisões judiciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-05/franca-proibe-divulgacao-estatisticas-decisoes-judiciais>. Acesso em: 17 de agosto de 2022.
- Segurança jurídica: o caminho para um bom ambiente de negócios*. Portal da Indústria. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/seguranca-juridica/>. Acesso em: 01.08.2022.
- SILVA, Antônio Donizete Ferreira da. *A jurimetria e o Conselho Nacional de Justiça: a estatística e os macrodesafios do Poder Judiciário*. In Revista de Direito Público Contemporâneo. Vol. 1, n.1, 2021. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=90797bef9ef6175e>. Acesso em 20 jul. 2022.
- SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. 2018. 801 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.
- ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015*. In Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 257, jul. 2016.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3 ed. Salvador. Editora Juspodivm, 2017.

ANEXOS

Figura 1– Estratégia Nacional do Poder Judiciário

Fonte: Portal CNJ



Gráfico 1 – Precedentes Obrigatórios: quantitativos

Fonte: Painéis CNJ

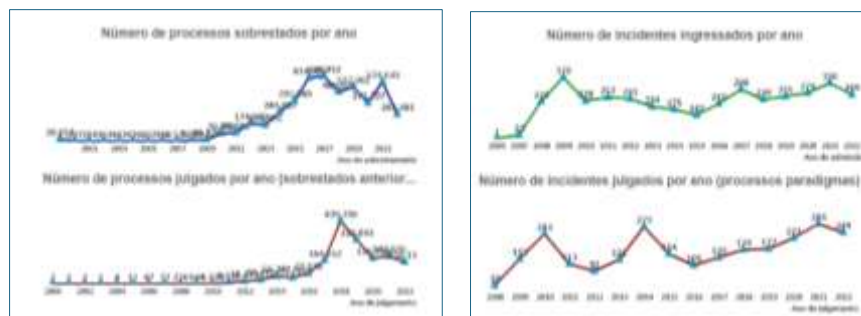
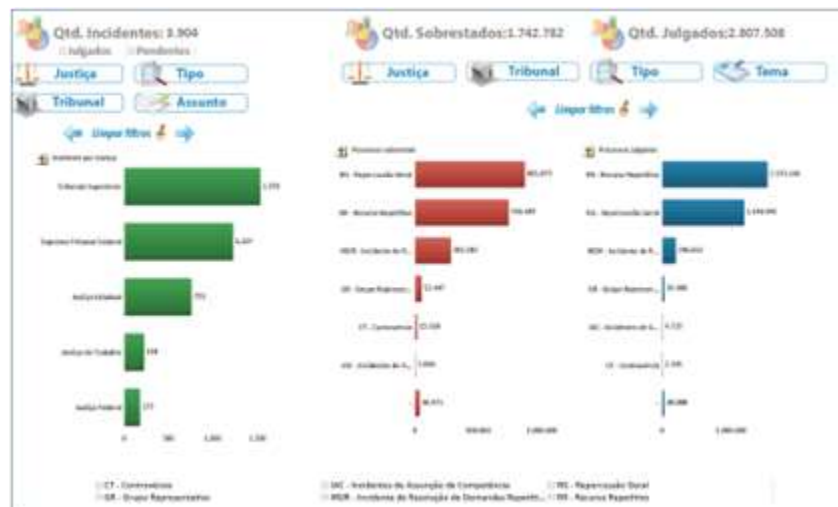


Gráfico 2 – Precedentes Obrigatórios: séries históricas

Fonte: Painéis CNJ

O DIREITO À PRODUÇÃO PROBATÓRIA E O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE EFETIVA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO⁸⁴

THE RIGHT TO PROBATORY PRODUCTION AND THE CONTRADICTION AS A RIGHT TO EFFECTIVE PARTICIPATION IN THE PROCESS

Américo Bedê Freire Júnior

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da FDUV/ES, Coordenador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional da FDUV/ES. Doutor e Mestre em Direitos Fundamentais. Juiz Federal. E-mail: bedejunior@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0136827472164962>.

Vladimir Cunha Bezerra

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDUV/ES. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Integrante do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional da FDUV/ES. Advogado concursado da Companhia Estadual de Transporte Coletivo de Passageiros do Estado do Espírito Santo. E-mail: ovlad@terra.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7393070424307388>.

RESUMO: O objetivo pretendido é verificar se a produção probatória deve se dar na conformidade das circunstâncias do caso levado à análise, na medida em que uma parte pode realizar uma determinada prova, de acordo com as possibilidades probatórias ao alcance das respectivas partes e pela característica dos fatos, e se tal questão tem conexão com o direito ao contraditório, visto como direito de efetiva participação no processo, com possibilidade de influência na formação dos provimentos jurisdicionais. O artigo se contextualiza numa eventual releitura do princípio constitucional do contraditório, assim como no fato de não ser achar, em doutrina, um trato a respeito do artigo 369, do Código de Processo Civil, no qual se leve em conta a abordagem ora proposta. Leva-se em

consideração que a parte (artigo 369, do Código de Processo Civil) tem o direito a empregar todos os meios para influenciar na convicção do magistrado. O referido dispositivo legal afirma ser direito das partes empregar os meios existentes para influenciar no resultado final do processo. O direito à prova é posto pelo texto legal como mecanismo para as partes influenciarem no feito judicial. Essa tomada de concepção é o lugar em que se conecta o contraditório (como viabilização da participação no processo) com o desenvolver do direito à prova. Como resultado da pesquisa feita, viu-se que há na legislação determinadas previsões que exigem comprovações específicas, como no artigo 2^a-A, parágrafo único, da Lei 8.560/1992, no artigo 579; no artigo 604, inciso III; bem como no artigo 753 do

⁸⁴ Artigo recebido em 20/06/2022 e aprovado em 19/08/2022.

Código de Processo Civil, também se viram exemplos colhidos a partir de julgados de Tribunais brasileiros. Atualmente há mais meios tecnológicos para influenciar no deslinde de questões fáticas submetidas a juízo. A conclusão é de que a redação empregada no artigo 369, do Código de Processo Civil, ligada ao fato de se viver numa sociedade na qual mais provas podem ser coletadas, parece fazer uma mudança de contexto para as tarefas a serem realizadas no mister probatório dentro do contexto processual. Quanto à metodologia, o trabalho é descritivo em relação aos fins. Em relação aos meios, a pesquisa foi, bibliográfica, na consulta de livros e artigos científicos, e exploratória, pois contou com análise de julgados dos Tribunais brasileiros para verificar a aplicabilidade da ideia levantada.

PALAVRAS-CHAVE: Produção da prova; contraditório; questões fáticas; participação.

ABSTRACT: This paper aims to verify whether the production of evidence must take place in accordance with the circumstances of the case under analysis, insofar as a party can perform a certain proof, according to the evidentiary possibilities available to the respective parties and due to the characteristic of the facts, and whether this issue is connected with the right to the adversary system, seen as the right to effectively participate in the process, with the possibility of influencing the formation of judicial decision. This paper is contextualized in a possible re-reading of the constitutional principle of

the adversary, as well as in the fact that it is not possible to find, in doctrine, a treaty regarding article 369, of the Code of Civil Procedure, in which the approach proposed herein is taken into account. It is taken into account that the party (Art. 369 of the Brazilian Code of Civil Procedure) has the right to use all means to influence the court conviction. The aforementioned legal provision states that it is the right of the parties to use existing means to influence the final outcome of the process. The right to proof is set by the legal text as a mechanism for the parties to influence the judicial act. This conception is the place where the contradictory (as the possibility of participation in the process) is connected with the development of the right to proof. As a result of the research carried out, it was seen that there are certain provisions in the legislation that require specific evidence, as in article 2-A, sole paragraph, of Law 8.560/1992, in article 579; in article 604, item III; as well as in article 753 of the Civil Procedure Code, examples were also seen from judgments of Brazilian Courts. Currently, there are more technological means to influence the delineation of factual issues submitted to court. The conclusion is that the wording used in article 369, of the Civil Procedure Code, linked to the fact of living in a society in which more evidence can be collected, seems to change the context for the tasks to be carried out in the probatory matter within the procedural context. As for the methodology, the work is descriptive in relation to the purposes. Regarding the

means, the research was bibliographical, in the consultation of books and scientific articles, and exploratory, as it relied on the analysis of judgments from the Brazilian Courts to verify the applicability of the idea raised.

KEYWORDS: Production of evidence; contradictory; factual issues; participation.

INTRODUÇÃO

O tema *prova* é de suma importância. A Constituição Federal estabelece, no artigo 5º, inciso LV, que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, inserindo-se, aqui, a atividade probatória. E é cabido ressaltar que o direito à prova é inerente ao devido processo legal⁸⁵, razão pela qual o tema ora trazido está conectado à Carta Magna bem como ao exercício dos direitos fundamentais⁸⁶.

O objetivo pretendido é verificar se a produção probatória deve se dar na conformidade das circunstâncias do caso levado à análise, na medida em que uma parte pode realizar uma determinada prova, de acordo com as possibilidades probatórias ao alcance das respectivas partes e pela característica dos fatos, e se tal questão

tem conexão com o direito fundamental ao contraditório.

Imagine-se uma ação de improbidade administrativa na qual se alega que determinado agente administrativo está descumprindo disposição de um edital de licitação pois não observou determinado requisito do instrumento convocatório, em determinado certame. Para demonstrar a ocorrência ou não do fato alegado, basta anexar aos autos do processo judicial cópia dos autos do processo administrativo no qual constam os documentos da aludida licitação.

Diferente seria se, num determinado feito judicial, fosse veiculada a alegação de que um agente administrativo teria recebido propina para deixar de observar disposição veiculada em edital de licitação. Com certeza não haveria um recibo de propina nos autos do processo administrativo daquela licitação.

Para demonstrar a ocorrência desse alegado fato, mais produtivo seria uma verificação na situação financeira do demandado (contas, verificação de propriedades) ou de pessoas que com ele guardassem alguma proximidade (parentes, amigos, etc).

Em havendo maneiras mais eficientes para se demonstrar a ocorrência de determinado fato jurígeno, essas não deveriam ser realizadas, para que se cumpra – de maneira escorreita – o contraditório? Esse questionamento é

⁸⁵ RMS 28517 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 25.03.2014, acórdão eletrônico DJE-082 divulg. 30.04.2014, public. 02.05.2014.

⁸⁶ Como se afirma que “...el derecho fundamental a la defensa – y por tanto sus

consecuencias inseparables, entre as que se encuentra el derecho a la prueba.” In: MORA, Fernando Escribano. *La prueba en el proceso civil*. San Salvador, Escuela de Capacitacion Judicial, 2001, p. 6.

levantado a partir da redação empregada no artigo 369, do Código de Processo Civil, que dá aos litigantes o direito de empregar todos os meios para *“provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”*.

Há um exemplo útil a ser verificado: a investigação de paternidade. Em relação a esse tipo de demanda, houve uma evolução do enunciado 301, da súmula do STJ, segundo o qual presumir-se-ia a paternidade daquele que se recusasse a se ao exame de DNA; para o artigo 2^a-A, parágrafo único, da Lei 8.560/1992, que estabelece que a *“recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”*. Poderia haver uma extrapolação dessa lógica para ser aplicada genericamente em outros casos?

O presente trabalho traz muita importância porque pode implicar uma releitura do princípio constitucional do contraditório, tendo em vista que se quer discutir sobre a robustez de uma instrução probatória havida dentro de um feito judicial para privar uma parte de seus bens ou direitos.

Ademais, parece haver outra justificativa para a questão ora levantada: não se vê ainda, em doutrina, um trato a respeito do artigo 369, do Código de Processo Civil, no qual se leve em conta a abordagem ora proposta.

Para a confecção do trabalho pretendido, avaliar-se-ão excertos doutrinários a respeito de temas visitados no presente artigo, por meio de livros e artigos científicos. Nessa parte, a pesquisa será bibliográfica, em relação aos meios empregados.

Ainda em relação aos meios, a pesquisa abordará a análise de julgados dos Tribunais brasileiros para verificar a aplicabilidade da ideia levantada.

Quanto aos fins, pode-se afirmar que o trabalho será descritivo, uma vez que pretende caracterizar o fenômeno em torno de dispositivo legal. Também se pode afirmar que a pesquisa será exploratória, dado que pretende obter uma visão geral acerca do assunto a ser abordado (sobretudo na parte em que se verificarão julgados).

1. O DIREITO DE A PARTE PRODUZIR PROVA E INFLUENCIAR NA DECISÃO DO MAGISTRADO DE ACORDO COM AS POSSIBILIDADES PROBATÓRIAS

O artigo 332⁸⁷, do Código de Processo Civil de 1973, estabelecia que todos os meios legais, mesmo que não previstos na legislação, eram aptos a provar a chamada *verdade dos fatos*. O artigo 369, do atual Código de Processo Civil, que vem a substituir o citado artigo do Código revogado, estabelece que: *“Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda*

⁸⁷ O citado dispositivo era redigido nos seguintes termos: *“Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não*

especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Cotejando os dispositivos legais mencionados, parece que o atual afirma ser direito das partes empregar os meios existentes não somente para provar a verdade dos fatos como também para influenciar no resultado final do processo; algo que o antigo item legal não estabelecia. Ao menos no que estava nitidamente positivado.

O texto do Código de 1973 estabelecia que todos os meios eram hábeis à demonstração fática. O atual enuncia que as partes guardam o direito de empregar todos os meios para provar a verdade dos fatos em que se funda sua tese (postulação ou defesa) de modo a influir eficazmente na convicção do magistrado.

Por outro lado, atualmente vive-se uma sociedade que deixa registros. Fazem-se um monte de cadastros. Postam-se um monte de fotos e vídeos. Utilizam-se aplicativos nos quais se deixam uma gama de informações, trocam-se conversas por aplicativos de mensagens, resolvem-se cada vez mais pendências por e-mail, para se deixarem registros. Há mais câmeras por onde as pessoas andam do que o próprio George Orwell poderia prever. Em suma: vive-se uma sociedade que, por aplicações tecnológicas cada vez mais ubíquas,

produz uma quantidade considerável de informações.

Há que se acrescentar a isso o fato de que atualmente há mais meios tecnológicos para influenciar no deslinde de questões fáticas submetidas a juízo. Décadas atrás não era pensável (ou não era tão acessível) resolver-se uma investigação de paternidade por meio de exame de DNA ou se dispensar a realização de prova pericial em imóveis georreferenciados, numa demanda de demarcação de terras particulares (conforme previsão do artigo 573, do Código de Processo Civil). E aqui deve-se tomar em conta a lição segundo a qual o Direito “*ostenta historicamente o papel de reação aos fenômenos de outras áreas do conhecimento e no âmbito do direito probatório não poderia ser diferente.*”⁸⁸ Não por acaso, Michele Taruffo leciona ser um fenômeno cada vez mais relevante o uso de provas científicas no processo judicial, de modo que os feitos judiciais são mais habitualmente determinados cientificamente.⁸⁹

Na introdução do presente trabalho mencionou-se a importância do exame de DNA para o deslinde das demandas de investigação de paternidade, e a evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça para a Lei 8.560/1992. Esses marcos jurídicos cravam a presunção de paternidade daquele que se recusa a se submeter ao teste de DNA. Quem

⁸⁸ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; e KLEIN, Júlia Schroeder Bald. Ata notarial como instrumento do direito processual fundamental à prova diante da vaporosidade fática no ciberespaço. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de

Janeiro. Ano 14, Volume 18, Número 2, Maio a Agosto de 2020, pp. 269-286, 2020, p. 275.

⁸⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 333.

conversa com advogados e magistrados que militavam antigamente tem a oportunidade de ouvir histórias segundo as quais – nesse modal de demanda – os atores forenses, em tempos pretéritos, olhavam o rosto das partes; cotejavam suas feições para ver se o filho apresentava semelhanças com o suposto pai. Caso houvesse um nariz, um par de olhos, uma boca parecida, supunha-se a paternidade. Com o passar das décadas, a realização de um exame de elevada acurácia dirimiu essa questão.

Em suma: quanto mais a realidade dá meios, mais se podem desvelar os fatos importantes nos processos; e a questão é que a atual realidade dá muitos meios. Nesse sentido:

Com as hodiernas tecnologias, o Direito Processual se vê diante de perspectivas que ainda assombram o referencial jurídico e desafiam a sociedade de modo agressivo oferecendo uma nova maneira de viver em sociedade diante de uma nova ordem mundial que se agrega à sede de conhecimento e trabalha oferecendo informações em abundância ao alcance de um só clique.⁹⁰

Dentro deste contexto, é interessante averiguar lições de Gadamer para o instituto sob estudo.

Considerando-se que o intérprete relê o texto à luz da história dos efeitos do texto, cabe tentar considerar se a diferença entre o contexto fático dado antigamente e o atual contexto fático (no qual há uma produção de dados, imagens, informações, etc) não propiciariam um preenchimento de significado do dispositivo legal sobre o qual se deseja realizar um estudo. Tendo em vista essas alterações, parece percuente – ao menos num primeiro momento – recorrer às lições de Gadamer, no sentido de que

Quem quiser adaptar adequadamente o sentido de uma lei tem que conhecer também o seu conteúdo de sentido originário. Ele tem de pensar também em termos históricos-jurídicos. Só que a compreensão histórica não seria, aqui, mais do que um meio para um fim. Na direção oposta, a tarefa jurídico-dogmática não interessa ao historiador como tal. Como historiador, ele se movimenta numa contínua confrontação com a objetividade histórica para compreendê-la em seu valor posicional na história, enquanto o jurista, além disso, procura reconduzir essa compreensão para a sua adaptação ao presente jurídico.⁹¹

Em se mudando a objetividade histórica, talvez seja momento para se

⁹⁰ GAIO JÚNIO, Antônio Pereira; e RAMOS, Rafaella Cardoso. Prova documental eletrônica como objeto probatório no contexto do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 282/2018, p. 179 – 199, 2018, p. 11.

⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 484.

promover um estudo a respeito dum instituto jurídico. Nesse aspecto, e colhendo lições de Giovanni Reale e Dario Antiseri sobre Gadamer,

Com efeito, cada interpretação se efetua à luz do que se sabe; e o que se sabe muda; no curso da história humana, mudam as perspectivas (ou conjeturas ou pré-juízos) com que se olha um texto, cresce o saber sobre o “contexto” e aumenta o conhecimento sobre o homem, a natureza e a linguagem. Por isso, as mudanças mais ou menos grandes, que ocorrem em nossa pré-compreensão podem constituir, conforme o caso, outras formas de releitura do texto, novos raios de luz lançados sobre ele, em suma, novas hipóteses interpretativas a submeter à prova. Eis por que a interpretação é tarefa infinita.⁹²

Logo, a redação empregada no artigo 369, do Código de Processo Civil, ligada ao fato de se viver numa sociedade na qual mais provas podem ser coletadas, parece fazer uma mudança de contexto para as tarefas a serem realizadas no mister probatório dentro do contexto processual.

Em comentários ao artigo 369, do Código de Processo Civil, afirma-se que

o “artigo em questão mostra que o legislador aceitou a tese de que a prova se destina à apuração da verdade dos fatos”⁹³. Nelson Nery Junior, sobre o mencionado dispositivo legal, destaca que é “da substância do direito material apontar as hipóteses em que se exige a prova legal” e “é da substância do direito processual fornecer o rol dos meios de prova admitidos no processo, a discriminação pormenorizada da forma e do momento de sua produção, bem como a forma e os limites de sua avaliação pelo julgador.”⁹⁴ Esse dito serve para ilustrar a questão ora trazida à baila, porque em se mudando as circunstâncias materiais nas quais se enredam os acontecimentos fáticos, deve ser visto o fenômeno probatório de maneira diferenciada. Com o passar do tempo, cada vez mais são produzidas informações; cada vez mais há maneiras de se perscrutar a maneira pela qual os fatos acontecem; cada vez mais melhoram as tecnologias para aferição de fatos.

A hipótese que se quer sustentar é que a produção probatória deve se dar na conformidade das circunstâncias do caso levado à análise, na medida em que uma parte pode realizar uma determinada prova. Nesse aspecto, leva-se em consideração que a partir do momento em que a parte (inteligência do artigo 369, do Código de Processo Civil) tem o direito a empregar todos os

⁹² REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 6: de Nietzsche à Escola de Frankfurt. Tradução - Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2006, p. 252.

⁹³ LOPES, João Batista. Direito à prova à luz do modelo constitucional de processo. *Revista de*

Processo, vol. 300, p. 17-29. São Paulo: Ed. RT, 2020, p. 5.

⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1068.

meios para influenciar na convicção do magistrado, deve ser dada a parte a possibilidade de produzir as provas na conformidade das circunstâncias do caso levado à análise.

Nesse sentido, já se afirmou que *“o objetivo da ‘teoria da prova’ não é, ao contrário do que pode parecer inicialmente, o de regular o aporte de provas ao processo. É, antes, o de oferecer critérios para analisar a motivação das decisões judiciais em matéria de fato”*.⁹⁵

Ademais, o contraditório, com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, *“ultrapassa o binômio informação-reação, devendo permear todos os momentos relevantes do procedimento”*.⁹⁶

Já que se mencionou o princípio do contraditório, é oportuno tecer algumas linhas sobre tal instituto, o que se fará no item subsequente.

2. SOBRE O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE PARTICIPAÇÃO E A ATIVIDADE PROBATÓRIA DAS PARTES

O princípio do contraditório (de indubitável arrimo constitucional) passou por uma renovação com o passar do tempo. Pode-se sustentar que ele não é mais visto *apenas* como direito de resposta, mas também como possibilidade de a parte influenciar o debate processual⁹⁷.

Tradicionalmente, tal princípio era visto como a mera *bilateralidade de instância*, comumente concebida com a observância do binômio conhecimento-reação⁹⁸. Aliás, é usual ver-se o conceito de contraditório como *“a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis”*⁹⁹.

Há tempos colhem-se indicações segundo as quais tal conceito de contraditório estaria insuficiente¹⁰⁰, de modo que *“há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo”*¹⁰¹.

Atualmente há vozes abalizadas sustentando que esse postulado deve

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 258.

⁹⁶ OLIANI, José Alexandre Manzano. O contraditório no NCPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. (coordenadores). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 47-55, p. 48.

⁹⁷ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*.

16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 222.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 177.

⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 245.

¹⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 476.

ser visto como direito de efetiva participação no processo, com a real possibilidade de influência na formação dos provimentos jurisdicionais¹⁰². Há que se “*permitir que sobre a tese de uma parte haja a manifestação da outra em forma de antítese, possibilitando-lhe afinal a formação de seu convencimento através da síntese de ambas, após um ir e vir dialético*”¹⁰³. A partir dessa evolução na compreensão do instituto em baila, pode-se depreender que

*Da visão do contraditório como simples meio de oportunizar o direito de defesa - contraditório como ciência dos atos e possibilidade de contrariá-los - passou-se à visão de necessidade de um contraditório efetivo e real, não só para garantia das partes, mas sobretudo como garantia do justo processo. Daí a necessidade de um contraditório reforçado.*¹⁰⁴

Por isso se afirma que “*não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo*”¹⁰⁵, sendo essa uma expressão da democracia deliberativa dentro do processo¹⁰⁶; de modo que se deve ofertar “*a cada uma das partes, ao longo de todo o procedimento, oportunidades para participar pedindo, participar alegando e participar provando*”¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

A última expressão do parágrafo acima qualifica a forma pela qual parte participa no processo: *provando*. E aqui se estabelece o nexo das linhas ora expendidas em relação ao contraditório com fio deste trabalho, tendo em vista que a atividade probatória se traduz numa faceta importantíssima do contraditório, atualmente visto como efetiva participação da parte. Vindo ao encontro desse entendimento ora exposto:

¹⁰² ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada, São Paulo: Atlas, 2014, p. 184.

¹⁰³ GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais. Dissertação de Mestrado apresentada à PUC/SP sob orientação da Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo, 2003.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Amicus Curiae no Processo Administrativo. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Nº 75, nov/dez de 2016, Editora Lex Magister, p. 2.

¹⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3º ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 11.

¹⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere

di dibattito. Rivista di Diritto Processuale, anno 60, n. 2, p. 449-463, Apr./Giu. 2005, p. 456.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: Fundamentos do Processo Civil Moderno. 4ª ed., v. 1, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 125.

¹⁰⁸ Aliás, pode-se trazer o escrito que: “O ordenamento jurídico brasileiro, que reputa inconstitucional qualquer tentativa de excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, deve conferir, igualmente, possibilidade às partes de influir de maneira eficaz na formação do convencimento judicial.” In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In: CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo. (coordenadores). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2015, pp. 572-588, p. 572.

Contraditório é participação, e a sua garantia, imposta pela Constituição como relação a todo e qualquer processo – civil, penal trabalhista, ou mesmo não jurisdicional (art. 5º, inc. LV) –, significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhe esses meios.¹⁰⁹

Nesse enleio, há de se chamar atenção para a redação da parte final do artigo 369, do Código de Processo Civil, que posiciona o direito à prova para que a parte possa “*influir eficazmente na convicção do juiz*”. Ou seja, a atual configuração do contraditório diz respeito às partes poderem exercer sua lúdima influência em relação aos rumos do processo. O direito à prova é posto pelo texto legal como mecanismo para as partes influenciarem no feito judicial. Deve ser levado em consideração que,

ainda que não se fale, atualmente, “*em um ‘descobrimento da verdade’, dentro do processo, a produção de provas tem como finalidade reforçar faticamente a veracidade dos argumentos das partes*”.^{110 - 111} E aqui se encaixa uma outra lição de Michele Taruffo segundo a qual a justiça da decisão não está apenas na observância da imparcialidade do magistrado ou da aplicação correta de uma norma. Nenhuma decisão pode ser considerada justa se ela não fez uma reconstrução correta do fato que constitui o objeto do processo^{112 - 113}. Ademais, a prova é instituto essencial para a melhor prestação do serviço público¹¹⁴. Essa tomada de concepção é o lugar em que se conecta o contraditório (visto como viabilização da participação no processo) com o desenvolver do direito à prova. Em sendo assim:

O direito à realização da prova é um direito fundamental que tem por substrato o direito ao contraditório e ao devido

¹⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2018, p. 62.

¹¹⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e fundamentação das decisões. *Revista de Processo*, vol. 250/2015, p. 91 – 117, 2015, p. 11.

¹¹¹ Fazendo advertências no mesmo sentido: LAGIER, Daniel González. Argumentación y prueba judicial. In: *Estudios sobre la prueba*. Serie Estado de derecho y función judicial. México, DF: *Universidad Nacional Autónoma de México*, 2006, pp. 127-128.

¹¹² TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, vol. 154, DTR\2007\710, 2007, p. 5.

¹¹³ Um exemplo que pode ser dado nesse espectro é a exigência de demonstração material nas lides em que se tratam de uniões estáveis. Sobre o tema, vide: ALVES, Francisco Glauber Pessoa. O novo regime de início de prova material para a união estável na Lei 8.213/91. *Revista de Processo*. vol. 319. ano 46. p. 305-320. São Paulo: Ed. RT, 2021.

¹¹⁴ ZANETTI, Giulia; e PASCHOAL, Thaís Amoroso. Por um tratamento eficiente da prova: notas sobre o multidistrict litigation enquanto técnica coletiva de gestão de processos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15, Volume 22, Número 1, Janeiro a Abril de 2021, pp. 409-428, 2021, p. 420.

*processo legal. Comporta o direito à adequada oportunidade de requerer a produção de uma prova, de produzir essa prova, de participar da produção dessa prova, de manifestar-se sobre essa prova e de vê-la expressamente examinada na fundamentação do órgão decisório que preside a produção dessa prova.*¹¹⁵

Justamente nesse ensejo vem a calhar o que se escreveu nas linhas lançadas no item 2, do presente trabalho, quando se destacou que o atual diploma processual civil confere o direito de as partes empregarem os meios de prova com vistas a influenciar no resultado final do processo, conforme consta do artigo 369, da referida Lei (que, como se destacou, traz uma singela, porém significativa, diferença para o texto do artigo 332, do Código de Processo Civil de 1973, que regravava que todos os meios legais, conquanto não previstos em lei, seriam idôneos a provar a chamada *verdade dos fatos*). Assim, é relevante notar que

*“a preocupação contemporânea com a racionalidade das decisões sobre questões fáticas volta-se à adoção de parâmetros adequados também para a tomada de decisão”*¹¹⁶, sendo a prova no direito processual contemporâneo compreendida como argumento¹¹⁷.

Considerando-se que cada vez mais melhoram as tecnologias para registros e aferição de fatos, deve ser compreendida uma mudança de contexto no desenvolvimento da atividade probatória quando da marcha processual. Dito de outro modo, a parte tem o direito a empregar todos os meios para influenciar na convicção do magistrado; e atualmente há muitos meios para demonstração dos fatos que podem influenciar na decisão do magistrado.

O contraditório foi lido tradicionalmente como a observância do binômio *conhecimento-reação*. Posteriormente, passou-se a entendê-lo como uma substancial atuação do processo pela respectiva parte.

Em sendo assim, para uma leitura do contraditório no contexto hodierno, deve-se levar em conta que, a parte tem meios e instrumentos para produzir

¹¹⁵ SOUZA, Victor Roberto Corrêa de; e SANTOS, Taís Loureiro. *O novo CPC e o ônus da prova nas lides previdenciárias: entre a prova plena e a verossimilhança preponderante*. Revista de Processo, vol. 262/2016, p. 287-319, 2016, p. 5.

¹¹⁶ GUEDES, Clarissa Diniz; e LOPES, Laís Almeida de Souza. Standards probatórios no contexto da responsabilidade civil do médico. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11, Volume 18, Número 2, Maio a Agosto de 2017, pp. 88-115, 2020, p. 95.

¹¹⁷ Nesse sentido, pode-se levar em conta a lição de que: “...é indispensável, em qualquer

*fundamentação judicial, não só a feitura de menções a provas produzidas, como também a especificação da natureza das provas produzidas e as suas qualidades, se estas forem indiciárias, para que, a partir daí, se mostre fundamentado, racional e passível de um controle menos subjetivo o exame dos fatos realizado pelo julgador...”. In: GAGNO, Luciano Picoli. *A prova no processo civil: uma análise sob ótica do direito fundamental de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 178.*

provas (de maneiras diversas do que se podia imaginar antigamente).

Depurando o ponto que se almeja sustentar, e amarrando-se as premissas estabelecidas até então: queda-se cabida a análise segundo a qual o contraditório é um garantidor da participação da parte no processo, com possibilidade de influenciar no resultado da lide. Guardando uma importância inerente ao contraditório, o direito à produção probatória (sobretudo levando-se em consideração a redação do artigo 369, do Código de Processo Civil) funciona como viabilizador dessa participação à qual se aludiu. Atualmente, há vários meios e mecanismos pelos quais a parte pode demonstrar/sustentar elementos fáticos de seu interesse.

Será que essa hipótese já não está testada? Isso é o que se verá no capítulo seguinte.

3. OBSERVAÇÃO EM NÍVEL LEGISLATIVO E DE CASUÍSTICA A RESPEITO DO TEMA TRATADO

No final do tópico predecessor afirmou-se que a parte que litiga no polo contrário tem direito de um mínimo de realização probatória, na conformidade dos meios ao alcance da outra parte. Tal afirmação deflui da circunstância de que o contraditório (na sua mais atual acepção) ser um garantidor da participação da parte no processo.

Depurando a hipótese com a qual se trabalha, e amarrando-se as premissas estabelecidas até então, queda-se cabida a análise segundo a qual o contraditório é um garantidor da

participação da parte no processo, com possibilidade de influenciar no resultado da lide. Guardando uma importância inerente ao contraditório, o direito à produção probatória (sobretudo levando-se em consideração a redação do artigo 369, do Código de Processo Civil) funciona como viabilizador dessa participação à qual se aludiu. Atualmente, há vários meios e mecanismos pelos quais a parte pode demonstrar/sustentar elementos fáticos de seu interesse. Logo, a parte que litiga no polo contrário tem direito de um mínimo de participação, que se manifesta na sua possibilidade de atuação probatória.

Talvez essa hipótese já esteja sendo testada, tanto em nível legislativo quanto em nível jurisprudencial. Veja-se.

3.1. CASOS PREVISTOS EM NÍVEL LEGISLATIVO DE NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE DETERMINADO TIPO DE PROVA

Já na introdução do presente trabalho indicou-se a realização de exame de DNA em demandas de investigação de paternidade. Naquele trecho deste trabalho, apontou-se uma evolução do enunciado 301, da súmula do STJ, para o artigo 2^a-A, parágrafo único, da Lei 8.560/1992. O referido dispositivo legal impõe um ônus àquele que se recusa a se submeter ao exame de DNA, presumindo-se sua paternidade.

Conquanto a redação do dispositivo em tela esteja talhada num sentido de exortar um determinado comportamento a ser adotado pela

parte, é de se levar em conta que seria teratológico o advento de uma decisão que reconhecesse uma paternidade afastando (sem adequada justificativa) a realização de exame de DNA (conforme o exemplo ilustrativo suscitado no item 2, deste trabalho).

Mas há outros exemplos colhidos na legislação que indicam a necessidade de produção probatória de uma determinada maneira.

Vide, por exemplo, a ação de divisão e demarcação de terras particulares, com o arrimo do artigo 569, do Código de Processo Civil. De acordo com o artigo 579, do Código, estabelece-se a necessidade de perícia para apurar-se o traçado da linha demarcanda, razão pela qual se afirma que – não obstante a exceção prevista no artigo 573, do Código de Processo Civil – nesse tipo de demanda, a perícia sempre foi tida como uma prova técnica *“indispensável à fixação de novos limites entre os prédios confiantes ou à aviventação daqueles que se apagaram, tendo em conta o caráter altamente técnico da operação.”*¹¹⁸

Tomando-se outro exemplo, também se determina a necessidade de produção de prova específica para a interdição, consonante previsão estatuída no artigo 753, do Código de Processo Civil, que estabelece que o magistrado determinará a produção de prova pericial para aferir a capacidade

de o interditando praticar atos da vida civil.

Já na ação de dissolução parcial de sociedade, o magistrado deve nomear perito para apuração de haveres de que trata a respectiva demanda. Conforme estabelece o artigo 604, inciso III, do Código de Processo Civil. Essa perícia é contábil, *“de forma que possa ser verificado o valor da cota social devida ao sócio que se retira ou faleceu”*.¹¹⁹

Nos exemplos acima coletados, não seria admissível que (1) determinada propriedade fosse demarcada sem perícia; (2) operasse-se a interdição de alguém sem prova pericial; ou (3) fossem apurados haveres sem exame contábil na dissolução de sociedade.

Essa é a averiguação da hipótese lançada neste trabalho.

3.2. EXEMPLOS A PARTIR DA CASUÍSTICA. VERIFICAÇÃO A PARTIR DE ALGUNS JULGADOS

Em um específico julgado, determinou-se anulação de sentença por não ter havido a produção de prova testemunhal em caso no qual se pleiteava pensão por morte ensejada por união estável. No aresto, fez-se um encadeamento lógico bastante interessante, entre os elos materiais e processuais necessários à demonstração da dita união: para

¹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais* – vol. II, 51ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 165.

¹¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1534.

configurar a existência da união, recairia à parte demandante o ônus da prova, para tanto. Tendo em vista essa circunstância, à parte deveria ser garantida a produção de prova testemunhal e outras mais, de modo que não oportunizar a produção da referenciada prova à parte violaria o contraditório e a ampla defesa, bem como a celeridade processual, e o direito à produção probatório, estatuído no artigo 369, no Código de Processo Civil.¹²⁰

Outro exemplo deveras significativo se pode observar em demanda judicial na qual se discutia possível adulteração ocorrida em veículo comprado pela autora da referida ação. O Tribunal, em grau de recurso, entendeu que a prova pericial seria essencial à solução da questão, e anulou a sentença prolatada (por afronta ao artigo 369, do Código de Processo Civil e ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal), uma vez que nessa se lançou entendimento de que a prova pericial seria inútil.¹²¹ Nesse caso, é percuciente notar que a Corte revisora indicou determinada prova como indispensável.

Em uma ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais, o Tribunal de Justiça acolheu – em sede de apelação manejada pelo demandado – preliminar de cerceamento de direito de

defesa. A razão para isso foi a alegação de que o demandado suscitara a realização de prova pericial em primeira instância, o que foi denegado pelo magistrado. A tese de defesa levantada pelo demandado era a de que a higidez dos contratos levados a juízo seria debelada mediante prova pericial. Ou seja, determinado problema nos mencionados contratos deveria ser demonstrada de determinada forma (prova pericial).¹²² Em sentido semelhante, há julgado que acolhe, em apelação, preliminar de cerceamento de direito de defesa de réu em ação de improbidade administrativa para que a ele seja oportunizado o direito de produção de determinada prova requerida em primeira instância para aclarar questão fática que dera azo à sua condenação.¹²³

Noutro caso, desproveu-se agravo de instrumento sob a fundamentação de que não se teria justificado a produção de prova testemunhal, uma vez que os fatos controvertidos – ação de improbidade administrativa na qual se debatia a não prestação de contas de recursos federais repassados a ente municipal –

¹²⁰ TRF 1ª R.; AC 0017255-63.2014.4.01.9199; Rel. Juiz Fed. Conv. Daniel Castelo Branco Ramos; DJF1 04/06/2018.

¹²¹ TJPE; APL 0001129-65.2014.8.17.0110; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Stênio José de Sousa Neiva Coêlho; Julg. 31/10/2018; DJEPE 16/01/2019.

¹²² TJMG; APCV 1.0042.17.004401-2/001; Rel. Des. Octávio de Almeida Neves; Julg. 02/08/2018; DJEMG 10/08/2018.

¹²³ TJMG; APCV 1.0287.14.003917-6/001; Relª Desª Hilda Teixeira da Costa; Julg. 05/06/2018; DJEMG 13/06/2018.

clamam por demonstração fundamentalmente documental.¹²⁴

Em pleito no qual se pretendia aposentadoria especial, deu-se como imprescindível a produção de prova pericial para assegurar à parte o direito de comprovar o exercício de atividade especial. No caso em estudo, como a empresa já tinha encerrado suas atividades, deferiu-se a realização de atividade pericial em estabelecimento similar, depois de se anular a sentença recorrida, por deficiência na instrução probatória.¹²⁵

Também não dista da abordagem ora empregada o caso em que determinado Tribunal verificou que havia necessidade de maior produção probatória em relação à causa sob avaliação, um caso em que houve acidente automobilístico com vítimas, no qual se veiculada pleito de responsabilização.¹²⁶

É de se chamar atenção para o fato de que pode haver casos em que a demonstração a ser empreendida pode se dar de maneira assaz simples. Por exemplo, em demanda na qual determinada parte aduzia recolhimento indevido de valores a título de PIS/CONFINS, deveria, a referida parte,

ter tomado a simples diligência de juntar aos autos os Documentos de Arrecadação de Receitas Federais (DARF). Como tal providência não fora efetivada, o julgamento se deu em seu desfavor.¹²⁷ Outro caso que pode ser tomado como de simples desate é o veiculado em demanda judicial na qual se fez necessário saber se houve recolhimentos previdenciários. O que se fez foi determinar a expedição de ofício à autarquia previdenciária.¹²⁸ Como se afirmou, simples. Com isso, quer se afirmar que, apesar do que se afirma neste artigo, podem ocorrer situações em que simples diligências resolvam os problemas levados a juízo.

3.3 EM SUMA: SOBRE OS MODOS DE DEMONSTRAÇÃO DE DETERMINADOS FATOS

A prova funciona como *“instrumento destinado à construção de um retrato possível da realidade, fazendo presentes diante dos olhos do julgador fatos que, muitas vezes, não mais existem”*¹²⁹. A questão é que determinados modos são mais aptos para desvelar (ou ajudar a desvelar) determinadas matérias fáticas do que

¹²⁴ TRF 1ª R.; AI 0011709-08.2016.4.01.0000; Quarta Turma; Relª Juíza Fed. Conv. Lillian Tourinho; DJF1 17/07/2018.

¹²⁵ TRF 4ª R.; AC 5004153-49.2014.4.04.7211; SC; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Osni Cardoso Filho; Julg. 04/09/2018; DEJF 11/09/2018.

¹²⁶ TJPI; AI 2017.0001.012543-0; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Fernando Carvalho Mendes; DJPI 07/01/2019; Pág. 62.

¹²⁷ TRF 3ª R.; Rec. 0001536-66.2016.4.03.6143; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. André Nabarrete Neto; Julg. 21/02/2018; DEJF 27/03/2018

¹²⁸ TRF 4ª R.; AC 5001331-29.2015.4.04.7122; RS; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Osni Cardoso Filho; Julg. 07/08/2018; DEJF 13/08/2018.

¹²⁹ REICHEL, Luis Alberto; e PORTO, Guilherme Athayde. Efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11, Volume 18, Número 1, Janeiro a Abril de 2017, pp. 302-324, 2017, p. 306.

outros. Por vezes, esses *modos*, são mais complexos e sofisticados, como em casos nos quais se exigem trabalhos tecnológicos ou de técnicas avançadas. Por outras, esses *modos* são mais simples, como em casos nos quais basta uma demonstração de um vídeo ou uma resposta a um singelo ofício destinado a uma repartição pública.

É que cada vez mais são vistos mecanismos que registram mais dados. Conforme já mencionado, no mundo contemporâneo desenvolvem-se cada vez mais tecnologias que podem auxiliar nas verificações fáticas necessárias ao deslindes de causas judiciais. Há algumas décadas, era impensável o avanço dos exames de DNA com a acurácia atualmente obtida. Há poucos anos, não se sabia que haveria tantos vídeos registrando tantos fatos, seja pelas câmeras de vigilância (cada vez mais comuns em cada vez mais ambientes), seja pelos dispositivos captadores de sons e imagens nos aparelhos telefônicos, que hoje são banais.

Reforçando exemplos sobre a adequação de determinadas maneiras de se provarem determinados fatos, é interessante notar que se chama atenção para a prova técnica na averiguação de danos ambientais, pois

em demandas judiciais que tratam de tal problema é “*necessário o uso de um meio de prova capaz de entender qual é o papel que o microbem atingido executa no equilíbrio ecológico e também quais a interações que este microbem realiza com o seu entorno*”.¹³⁰⁻¹³¹

Em suma: parece que – a cada dia que passa – há mais modos por meio dos quais os episódios são vistos, registrados e compartilhados. O olhar de quem conduz o processo deve estar em sintonia com essa realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à prova é inerente ao devido processo legal, razão pela qual o tema ora trazido está conectado à Carta Magna bem como ao exercício dos direitos fundamentais.

O objetivo pretendido é verificar se produção probatória deve se dar de acordo com as possibilidades probatórias ao alcance das respectivas partes e pela característica do fato, e se tal questão tem conexão com o direito fundamental ao contraditório.

Após avaliação de excertos doutrinários a respeito de temas visitados no presente artigo, por meio de livros e artigos científicos, viu-se que o

¹³⁰ MARCHEZINI, Flávia de Souza; e PAULA, Eduardo Silva de Paula. A relevância da prova técnica no processo ambiental: uma análise da adequação e imparcialidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14, Volume 21, Número 2, Maio a Agosto de 2020, pp. 115-137, 2020, p. 130.

¹³¹ Também chamando atenção para o fato de as provas periciais se destacarem em lides que

tratam de eventos ocorridos no chamado meio ambiente digital: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; e FERREIRA, Renata Marques. Os fatos notórios em face das lides vinculadas ao meio ambiente digital na sociedade da informação. *Revista de Processo*, vol. 310, DTR\2020\14339, 2020, p. 17.

artigo 369, do atual Código de Processo Civil, confere aos litigantes o direito de as partes empregar os meios existentes não somente para provar a verdade dos fatos como também para influenciar no resultado final do processo; algo que o texto do artigo 332, do Código de Processo Civil de 1973 não estabelecia.

Há que se acrescentar a isso o fato de que atualmente há mais meios tecnológicos para influenciar no deslinde de questões fáticas submetidas a juízo. Por exemplo, décadas atrás não era pensável (ou não era tão acessível) resolver-se uma investigação de paternidade por meio de exame de DNA ou se dispensar a realização de prova pericial em imóveis georreferenciados, numa demanda de demarcação de terras particulares (conforme previsão do artigo 573, do Código de Processo Civil).

Em suma: quanto mais a realidade dá meios, mais se podem desvelar os fatos importantes nos processos; e a questão é que a atual realidade dá muitos meios.

Portanto, é interessante notar – com base nas lições de Gadamer – que o intérprete relê o texto à luz da história dos efeitos do texto. Nesse sentido, há de se considerar a diferença entre o contexto fático dado antigamente e o atual contexto fático (no qual há uma produção de dados, imagens, informações, etc) não propiciariam um preenchimento de significado do dispositivo legal sobre o qual se deseja realizar um estudo. Em se mudando a objetividade histórica, talvez seja momento para se promover um estudo a respeito dum instituto jurídico.

Logo, a redação empregada no artigo 369, do Código de Processo Civil, ligada ao fato de se viver numa sociedade na qual mais provas podem ser coletadas, parece fazer uma mudança de contexto para as tarefas a serem realizadas no mister probatório dentro do contexto processual.

Com o passar do tempo, cada vez mais são produzidas informações; cada vez mais há maneiras de se perscrutar a maneira pela qual os fatos acontecem; cada vez mais melhoram as tecnologias para aferição de fatos.

A hipótese que se quer sustentar é que, a produção probatória deve se dar na conformidade das circunstâncias do caso levado à análise, na medida em que uma parte pode realizar uma determinada prova. Nesse aspecto, leva-se em consideração que a parte (inteligência do artigo 369, do Código de Processo Civil) tem o direito a empregar todos os meios para influenciar na convicção do magistrado.

O princípio do contraditório não é mais visto somente como o direito de resposta, dentro da tradicional concepção de observância do binômio *conhecimento-reação*, mas também como possibilidade de a parte influenciar no debate processual. De modo que importantes autores afirmam que tal princípio há de ser visto como direito de efetiva participação no processo, com a real possibilidade de influência na formação dos provimentos jurisdicionais

A parte participa do processo, exercendo sua lúdima influência provando os fatos de seu interesse. Em sendo assim, a atividade probatória

representa um lado fundamental do contraditório. Assim se liga o contraditório com o desenvolvimento do direito à prova, tendo em vista que as atuais notas do contraditório dizem respeito às partes poderem exercer sua legítima influência nos rumos do processo.

Como cada vez mais melhoram as tecnologias para registros e aferição de fatos, deve ser compreendida uma mudança de contexto no desenvolvimento da atividade probatória no processo.

A propósito, deve ser entendido o contraditório com a circunstância de uma parte ter o direito a empregar todos os meios para influenciar na convicção do magistrado.

À medida em que uma parte tem meios e instrumentos para produzir provas (de maneiras diversas do que se podia imaginar antigamente), é de se esperar que ela possa estabelecer sua atuação processual se valendo dos meios que puderem ser empregados, na conformidade que os casos pedem, dentro das possibilidades que o avanço da tecnologia dá.

Após verificação de exemplos de nível legislativo (quais sejam, o artigo 2^a-A, parágrafo único, da Lei 8.560/1992; o artigo 569, do Código de Processo Civil; o artigo 569, do Código de Processo Civil; e o artigo 604, do mesmo Código), bem como avaliação de alguns julgados de Tribunais brasileiros, viu-se que determinados modos são mais aptos para desvelar (ou ajudar a desvelar) determinadas matérias fáticas do que outros. Para uma escoreita realização do contraditório, os modos mais

eficazes devem ser utilizados, inclusive para maior prestígio do contraditório como direito de a parte participar do processo.

Deve-se considerar que cada vez mais são vistos mecanismos que registram mais dados. No mundo contemporâneo desenvolvem-se cada vez mais tecnologias que podem auxiliar nas verificações fáticas necessárias ao deslindes de causas judiciais. Os atores processuais devem estar atentos a essa circunstância. Eles devem exercer o contraditório (na via da participação) produzindo as provas que lhe sejam úteis, valendo-se dos mecanismos mais avançados e adequados que antigamente não poderiam ser sequer pensados.

REFERÊNCIAS

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; e KLEIN, Júlia Schroeder Bald. Ata notarial como instrumento do direito processual fundamental à prova diante da vaporosidade fática no ciberespaço. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14, Volume 18, Número 2, Maio a Agosto de 2020, pp. 269-286, 2020.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.
- ALVES, Francisco Glauber Pessoa. O novo regime de início de prova material para a união estável na Lei 8.213/91. *Revista de Processo*. vol.

319. ano 46. p. 305-320. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno 60, n. 2, p. 449-463, Apr./Giu. 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3º ed., São Paulo: Atlas, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed., v. 1, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 124-135.
- DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2018.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; e FERREIRA, Renata Marques. Os fatos notórios em face das lides vinculadas ao meio ambiente digital na sociedade da informação. *Revista de Processo*, vol. 310, DTR\2020\14339, 2020.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GAGNO, Luciano Picoli. *A prova no processo civil: uma análise sob ótica do direito fundamental de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- GAIO JÚNIO, Antônio Pereira; e RAMOS, Rafaella Cardoso. Prova documental eletrônica como objeto probatório no contexto do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 282/2018, p. 179-199, 2018.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *A garantia fundamental da motivação das decisões judiciais*. Dissertação de Mestrado apresentada à PUC/SP sob orientação da Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O *Amicus Curiae* no Processo Administrativo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Nº 75, nov/dez de 2016, Editora Lex Magister.
- GUEDES, Clarissa Diniz; e LOPES, Laís Almeida de Souza. Standards probatórios no contexto da responsabilidade civil do médico. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11, Volume 18, Número 2, Maio a Agosto de 2017, pp. 88-115, 2020.
- LAGIER, Daniel González. Argumentación y prueba judicial. In: *Estudios sobre la prueba*. Serie Estado de derecho y función judicial. México, DF: Universidade Nacional Autónoma de México, 2006.
- LOPES, João Batista. *Direito à prova à luz do modelo constitucional de processo*. *Revista de Processo*, vol. 300, p. 17-29. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In: CABRAL, Antonio do Passo e CRAMER, Ronaldo. (coordenadores). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio

- de Janeiro, Forense, 2015, pp. 572-588.
- MARCHEZINI, Flávia de Souza; e PAULA, Eduardo Silva de Paula. A relevância da prova técnica no processo ambiental: uma análise da adequação e imparcialidade. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14, Volume 21, Número 2, Maio a Agosto de 2020, pp. 115-137, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 476.
- MORA, Fernando Escribano. *La prueba en el proceso civil*. San Salvador, Escuela de Capacitacion Judicial, 2001.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- OLIANI, José Alexandre Manzano. *O contraditório no NCPC*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. (coordenadores). *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 47-55.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, v. 6: *de Nietzsche à Escola de Frankfurt*. Tradução - Ivo Storniolo, São Paulo: Paulus, 2006.
- REICHELT, Luis Alberto; e PORTO, Guilherme Athayde. Efetividade da tutela jurisdicional e o direito fundamental à prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11, Volume 18, Número 1, Janeiro a Abril de 2017, pp. 302-324, 2017.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e fundamentação das decisões. *Revista de Processo*, vol. 250/2015, p. 91 – 117, 2015.
- SOUZA, Victor Roberto Corrêa de; e SANTOS, Taís Loureiro. O novo CPC e o ônus da prova nas lides previdenciárias: entre a prova plena e a verossimilhança preponderante. *Revista de Processo*, vol. 262/2016, p. 287-319, 2016.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, vol. 154, DTR\2007\710, 2007, p. 5.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais – vol. II*,

51^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 165.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl., alterada, São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETTI, Giulia; e PASCHOAL, Thaís Amoroso. Por um tratamento eficiente da prova: notas sobre o multidistrict litigation enquanto técnica coletiva de gestão de processos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15, Volume 22, Número 1, Janeiro a Abril de 2021, pp. 409-428, 2021.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A INVERSÃO DA POLÍTICA PELO DIREITO À LUZ DO FENÔMENO DA SUPREMOCRACIA¹³²

UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS AND THE SWITCH FROM POLITICS TO LAW THROUGH THE PHENOMENON OF SUPREMOCRACY

Ana Luiza Goulart Peres Matos

Mestranda em Direito Público pela Universidade FUMEC. Pós-Graduado em Direito Processual pela UNISUL (2009). Procuradora do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG (Brasil). apesadv@hotmail.com

Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC (2020-Atual). Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum FUMEC (2020-Atual). Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (São Leopoldo/RS). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação, Especialização e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD), desde 2009. Magistério na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como Professor convidado desde 2005. Fundador e Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Coordenador dos GRUPOS DE PESQUISA, com registro no CNPq e certificados pela Comissão de Pesquisa e iniciação Científica (CoPIC) da instituição, vinculados ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC: 1- GEPRO - GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PROCESSUAL; 2- DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E(M) CRISE DE EFETIVIDADE: ANÁLISE DE INSTITUTOS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO, ambos integrantes da REDE AVANÇADA DE PESQUISAS EM DIREITO. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Universidade FUMEC, no CONEP (Conselho Nacional de Ética em Pesquisa). Associado e Diretor Departamental do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI). Membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC-Brasil). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (1998). Disciplinas isoladas do Doutorado em Direito Público da PUC MINAS (2008-2009). Associado fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Associado do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Parecerista ad doc da Agência de Fomento FUNADESP (Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Privado). Associado da (extinta) Fundação Brasileira de Direito Econômico (FBDE) e do (extinto) Instituto Jurídico de Pesquisa Científica (IJPC). Assessor

¹³² Artigo recebido em 15/10/2022 e aprovado em 26/02/2023.

Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (desde 1993), com atuação em Câmaras de Direito Público, Privado, Criminal, Uniformização, Seção Cível, Órgão Especial, CEJUSC-2o. Grau e Ouvidoria Judiciária do TJMG. Advogado licenciado, filiado a Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional Minas Gerais), desde 1998. Gestor da Biblioteca Desembargador Pedro Henriques de Oliveira Freitas (com mais de 6.000 títulos nacionais e internacionais). Livros jurídicos e artigos científicos publicados no Brasil, América Latina e Europa (desde 1998), com textos citados em bases bibliográficas e jurisprudenciais diversas. Articulista e parecerista de periódicos jurídicos nacionais e internacionais (SEER IBICT / QUALIS CAPES). Participação ativa em Congressos Nacionais e Internacionais. Dupla cidadania (Brasil/Itália). Belo Horizonte/MG (Brasil). sergiohzhf@fumeec.br

Bruno Paiva Bernardes

Doutorando em Teoria do Direito e da Justiça pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC (aprovado com distinção), tendo sido bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Pós-Graduado em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas (2017). Pós-Graduado em Direito Processual pela UNISUL (2009). Professor de cursos Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito, além de cursos preparatórios para carreiras jurídicas. Diretor do Instituto de Ensino e Pesquisa Bruno Bernardes (IPBB) (ipbb.com.br), que tem como objetivo apoiar o desenvolvimento e a divulgação de trabalhos acadêmicos em Direito. Coordenador Adjunto e Diretor de Eventos, Ensino e Extensão do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Tem experiência na área de Direito, inclusive na orientação de pesquisas, com ênfase em Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Metodologia da Pesquisa Científica. Belo Horizonte/MG (Brasil) contato@professorbrunobernardes.com.br e brunopbernardes@gmail.com

RESUMO: Este estudo apresenta como tema-problema a seguinte indagação: o Estado de Coisas Inconstitucional é um meio eficaz de tutela de direitos fundamentais ou representa mais uma faceta do ativismo judicial? Como hipótese, traçou-se a afirmativa de que não houve alteração da situação carcerária brasileira após o reconhecimento do ECI, servindo a decisão proferida na ADPF nº 347 apenas para instaurar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer uma autêntica jurisdição fiscalizadora sobre

os demais Poderes. À vista disso, o objetivo geral da pesquisa é analisar o ECI como uma nova vertente do ativismo judicial. Para tal, adotou-se como marco teórico o conceito de *supremocracia* de Oscar Vilhena Vieira. Ao final, o estudo conclui que a adoção da teoria colombiana pelo Supremo possui nítido caráter ativista, além de ser uma alternativa processual pouco eficaz de proteção de direitos fundamentais. Para este trabalho, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e do raciocínio hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Expansão do Poder Judiciário; supremocracia; ativismo judicial; Estado de Coisas Inconstitucional; ADPF nº 347.

ABSTRACT: The present study presents as a problem theme the following question: is the Unconstitutional State of Affairs an effective way of protecting fundamental rights or just represents another face of judicial activism? As a hypothesis, the statement was drawn that there was no change in the Brazilian prison outlook after the recognition of the Unconstitutional State of Affairs, serving the decision in ADPF No. 347 only to establish the possibility of the Brazilian Supreme Court exercising an authentic supervisory jurisdiction over the other branches. In view of this, the overall objective of the research is to analyze the Unconstitutional State of Affairs as a new aspect of judicial activism. For this, the concept of supremecracy of Oscar Vilhena Vieira was adopted as a theoretical framework. In the end, the study confirms the hypothesis, concluding that the adoption of the Colombian theory of the Unconstitutional State of Affairs by the Brazilian Supreme Court has a clear activist character, besides being an ineffective procedural alternative for the protection of fundamental rights. For this work, bibliographic research and hypothetical-deductive reasoning were used.

KEYWORDS: Global expansion of Judicial Branch; supremocracy; judicial activism; Unconstitutional State of Affairs; ADPF nº 347.

INTRODUÇÃO

Em setembro de 2015, na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, inspirado pela Corte Constitucional da Colômbia, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário brasileiro¹³³, isto é, a existência de violações massivas e sistemáticas de direitos fundamentais da população carcerária, decorrentes de repetidos bloqueios institucionais e políticos, cuja superação de inconstitucionalidade exige a imposição de medidas estruturais aos Poderes Públicos.

O ECI é uma espécie de processo estrutural, que, por sua vez, é originário do Direito norte-americano. Ambas as teorias propõem uma atuação forte do Judiciário sobre os demais Poderes, com o objetivo de sanar quadro fático de violação de direitos fundamentais. Dessa maneira, o debate de uma determinada política pública é transportado para dentro do processo judicial, que, para alcançar o objetivo proposto, torna-se menos engessado. Com efeito, permite-se a flexibilização

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº*

347. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

de termos processuais clássicos, como pedido, sentença, a título de exemplo.

Entrementes, tal deslocamento suscita objeções na seara do princípio da separação das funções, do postulado da legitimidade democrática e, por fim, da capacidade técnica do Judiciário para resolver situações tão complexas. Noutras palavras, observa-se a existência de uma linha tênue entre o ECI e o ativismo judicial.

À vista disso, a questão essencial que se apresenta como tema-problema de pesquisa é a inevitável indagação: o ECI é um meio eficaz de tutela de direitos fundamentais ou apenas representa mais uma faceta do ativismo judicial?

Como hipótese, afirma-se que não houve alteração da realidade fática do sistema carcerário brasileiro após o reconhecimento do ECI na Medida Cautelar da ADPF nº 347¹³⁴, servindo a decisão somente para instaurar a possibilidade de o Supremo exercer uma verdadeira jurisdição fiscalizadora da administração pública diante de uma realidade empírica, algo até então inédito no sistema jurídico brasileiro.

Desse modo, malgrado seja inquestionável a situação caótica do sistema prisional do Brasil, a teoria do ECI merece uma análise crítica, notadamente por possibilitar a

ingerência direta do Judiciário na implementação de políticas públicas, atuando em matérias que seriam comumente decididas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, trata-se de tema incipiente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que também justifica a pertinência da pesquisa.

O objetivo geral da pesquisa é analisar o ECI como uma vertente do ativismo judicial, especialmente por ser uma teoria centrada na figura do juiz. No ECI, cabe ao magistrado decidir qual relação fática é tida como inconstitucional, quais medidas serão tomadas pelos demais Poderes, além de, sobretudo, monitorá-las continuamente.

Como objetivos específicos, têm-se: (i) analisar o fenômeno global da supremacia do Judiciário a partir da obra de *The Global Expansion of The Judicial Power*, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder¹³⁵, o que será retratado no tópico 2 deste artigo; (ii) compreender como o Supremo Tribunal Federal alcançou a categoria de superpoder (tópico 3); (iii) examinar a ADPF nº 347¹³⁶, que, de forma pioneira, abriu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conduzir, sob sua autoridade, ações estruturais (vide tópico 4).

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

¹³⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

Este artigo adota como referencial teórico o conceito de *supremocracia* de Oscar Vilhena Viera¹³⁷, cujo significado pode ser compreendido como o poder inédito conferido ao Supremo Tribunal Federal de proferir a última palavra sobre uma ampla gama de temas – políticos, sociais, econômicos e morais.

No que concerne aos aspectos metodológicos, a pesquisa se insere em perspectiva jurídico-social, adotando, como raciocínio predominante, o hipotético-dedutivo. A investigação é do tipo multidisciplinar e a pesquisa do tipo bibliográfica, com o emprego de dados primários (leis e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) e secundários (estudos referentes ao tema-problema proposto).

1. A EXPANSÃO GLOBAL DO PODER JUDICIÁRIO

A expansão do Poder Judiciário é um dos fenômenos mais marcantes deste século. Tate e Vallinder¹³⁸, com a célebre coletânea intitulada *The Global Expansion of The Judicial Power*, foram

pioneiros no estudo da temática, servindo a obra de referência para estudos ulteriores. Para os autores, a expansão deve ser compreendida como *judicialização da política*, isto é, “[...] processo pelo qual tribunais e juízes passam a dominar progressivamente a formulação de políticas públicas que antes vinham sendo decididas (ou, acredita-se, que deveriam ser decididas) por outros departamentos estatais, como o legislativo e o executivo”^{139 140}.

Tate e Vallinder¹⁴¹ não traçam uma teoria única para explicar a ascensão judicial, apenas apontam condições que facilitam a sua ocorrência. Da mesma forma, Brandão¹⁴² afirma ser impossível encontrar apenas uma tese para decifrar a expansão global da atividade judiciária, haja vista a existência de diferentes culturas jurídicas e o fato de os processos de reconstitucionalização de diversos países acontecerem em cenários e momentos distintos.

Nessa perspectiva, a partir de estudos comparados, Ginsburg¹⁴³ analisa o processo de expansão judicial

¹³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

¹³⁸ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

¹³⁹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995. p. 28, tradução nossa.

¹⁴⁰ Texto original: “*The process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had*

previously been made (or, it is widely believed, ought to been made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives.”.

¹⁴¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

¹⁴² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹⁴³ GISBUNRG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

por meio de ondas. A primeira onda aconteceu nos Estados Unidos, a partir do conhecido caso *Marbury v. Madison*, de 1803¹⁴⁴, considerado pelos estudiosos da jurisdição constitucional o precedente da *judicial review of legislation*. A decisão prolatada pelo juiz Marshall fincou uma dupla tendência no constitucionalismo moderno: a supremacia da constituição sobre leis e demais atos normativos e a competência do Judiciário para rever atos do Executivo e do Legislativo tidos como inconstitucionais, exercendo o papel de intérprete final do texto constitucional. A segunda onda remonta à redemocratização de regimes autoritários na Europa no segundo pós-Guerra (Alemanha, Itália, Portugal e Espanha) e à reconstrução constitucional de antigos regimes coloniais na África e na Ásia. Por último, no final do século XX, a terceira onda da *judicial review* aconteceu em decorrência da redemocratização de países da América Latina libertos de

ditaduras militares e em países do Leste Europeu com a derrocada do comunismo.

Tendo isso em vista, somente após a segunda metade do século XX, o controle de constitucionalidade deixou de ser uma individualidade do Direito norte-americano para tornar-se um mecanismo global, presente em 158 países de 191 dos sistemas constitucionais.¹⁴⁵ Gardabum¹⁴⁶ nota a presença desse fenômeno, inclusive em países notoriamente conhecidos pela supremacia parlamentar, como Inglaterra, Nova Zelândia, Israel e Canadá. Por sua vez, Hirschl¹⁴⁷ resume com precisão: a atual ordem política caminha para a *juristocracia*¹⁴⁸.

A experiência traumática gerada por regimes totalitários trouxe à tona uma sociedade ansiosa por direitos e por justiça. A partir daí, houve uma convergência mundial para a constitucionalização de direitos, devidamente tutelada por cortes constitucionais. Para Garapon, a

¹⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Petition for writ of mandamus Marbury v. Madison*. William Marbury v. James Madison. Washington, 1 de fevereiro de 1803.

¹⁴⁵ GISBUNRG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

¹⁴⁶ GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. *Opinião Jurídica*, [s. l.], v.15, n. 21, 2017.

¹⁴⁷ HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A, 2020.

¹⁴⁸ Hirschil cunha de juristocracia o fenômeno surgido no novo constitucionalismo de transferir uma quantidade inédita de poder de instituições representativas para o judiciário. “A crença de que a afirmação judicial de direitos constitui

uma força de mudança social livre das amarras do poder político alcançou um status quase-sagrado na discussão pública. Cortes supremas e tribunais supranacionais têm se tornado corpos crescentes importantes, cruciais mesmo, de tomadas de decisões políticas” (HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A, 2020. p. 29). E tal fenômeno é onipresente: “Essa aceitação passiva de competências alheias, pelos juízes, pode tanto se dar nas esferas mais discretas das cidades pequenas, como pelos integrantes de uma suprema corte, com jurisdição nacional. A juristocracia não tem limite” (HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A, 2020. p. 13).

sociedade “vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático”, o que explica “essa reviravolta judiciária da vida política”¹⁴⁹. Maus¹⁵⁰, ao analisar a questão sob o viés psicanalítico, enxerga uma “sociedade órfã”, cuja figura paterna é suprida pelo Judiciário.

Dessa forma, os direitos fundamentais foram lançados ao epicentro dos textos constitucionais. Diversos países, inspirados na Lei Fundamental de Bonn, de 1949 – doravante considerada a Constituição da Alemanha¹⁵¹ – elevaram a dignidade da pessoa humana como superprincípio constitucional.¹⁵² Vieira fala em regeneração da constituição, pois “[...] recobrou sua força como instrumento de habilitação da democracia, organização e limitação do poder e garantia de direitos a partir de meados do século XX”¹⁵³. A democracia, antes

vista como regra da maioria, passou a ser concebida como respeito ao direito das minorias, competindo à função contramajoritária a sua proteção.

Todo esse movimento de constitucionalização de direitos e o correlato controle judicial contribuíram para o fortalecimento do Poder Judiciário. Tate e Vallinder (1995)¹⁵⁴ apontam outras condições facilitadoras dessa ascensão: (i) a democracia, porquanto inexistir judicialização em estados autoritários; (ii) a separação das funções, funcionando o Judiciário como um terceiro imparcial na resolução dos conflitos dos demais poderes; (iii) o proveito das cortes pelas oposições, tornando-se os tribunais uma espécie de terceira casa legislativa; (iv) a ineficiência das instituições majoritárias para cumprir as promessas constitucionais, o que leva à perda da

¹⁴⁹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 26.

¹⁵⁰ MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁵¹ ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2021.

¹⁵² A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, estabelece em seu art.1.1: “A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la” (ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2021). Na mesma linha, no Brasil, o Constituinte de 1988 estabeleceu que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito (art. 1º, III, da Constituição da República de 1988). Seguindo o texto constitucional, registra-se o trecho do voto proferido pela Ministra

Cármen Lúcia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510: “A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF*. Relator: Min. Rel. Carlos Ayres Brito, 28 de maio de 2010).

¹⁵³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 90.

¹⁵⁴ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

confiança da sociedade na classe política¹⁵⁵; (v) o uso da corte por grupos econômicos para defenderem seus interesses; (vi) a delegação voluntária da tomada de decisões das instituições majoritárias para o Judiciário. As duas últimas também são referenciadas por Hirschl:

*A judicialização de questões de políticas fundamentais oferece um refúgio conveniente para os políticos que procuram evitar tomar decisões morais e políticas difíceis, com relação às quais não há vencedor. Afinal, quando questões políticas controversas são tratadas como questões jurídicas, a suposição concomitante é que juízes e tribunais, em vez de representantes eleitos em arenas majoritárias devem resolvê-las. Um exame mais astuto sugere que a transferência dessas e de outras “grandes questões” da esfera política para os tribunais foi apoiada tacitamente, se não ativamente iniciada por atores políticos que representam elites econômicas e interesses estabelecidos.*¹⁵⁶

Paralelo a isso, acrescentam-se as condições interpretativas originárias

do neoconstitucionalismo. Tal expressão surgiu na Europa, no período adjacente ao fim da Segunda Grande Guerra, com vistas a dar uma nova interpretação para o Direito à luz do Estado constitucional. Nesse sentido, a constituição é concebida como uma fonte direta de direitos e obrigações, o que Streck chama de “Direito constitucional de efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores (de princípios, de regras e até mesmo – de interesses), uma concretização *ad hoc* da constituição”¹⁵⁷.

Pietro¹⁵⁸ sintetiza os elementos do neoconstitucionalismo: a presença de uma constituição transformadora de direitos a ser aplicada pelo Juiz, que, por sua vez, exerce papel de protagonista; a confiança na garantia jurisdicional e uma correlata desconfiança do legislador; mais princípios, menos regras; e, por fim, mais ponderação do que subsunção. Ou melhor, a utilização dos princípios como principal parâmetro interpretativo – fundamento basilar da doutrina do direito como integridade de Dworkin¹⁵⁹ –, dá à norma um elevado grau de abstração, o que permite a atuação discricionária do julgador.

¹⁵⁵ Acerca disso, Garapon é preciso: “Não é que o juiz tenha se transformado num novo ator político, mas foram os políticos que perderam sua imunidade em relação à justiça” (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 35.

¹⁵⁶ HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia*: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: E.D.A, 2020. p. 354.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 250.

¹⁵⁸ PIETRO, Sanchís. Neoconstitucionalismo y poderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Em tom crítico, Garapon¹⁶⁰ destaca que a lei foi enfraquecida pelos princípios fundamentais, que se distinguem do direito natural por estarem previstos no texto constituinte. Contudo, prossegue o autor, “[...] como esse texto é, por definição, incompleto, cabe ao juiz dar-lhe a palavra”¹⁶¹. No fim, “[...] o juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um colegislador permanente”¹⁶².

Entrementes, a adesão cega ao novo constitucionalismo por diversos sistemas jurídicos, incluindo o brasileiro, somada às demais condições políticas e institucionais aqui traçadas, desencadearam uma judicialização global sem precedentes, fizeram emergir o fenômeno do ativismo judicial¹⁶³ em detrimento da autocontenção judicial e contribuíram

para o esvaziamento do debate político na arena democrática, enfraquecendo o sistema representativo.¹⁶⁴

Nessa conjectura, houve uma ressignificação do princípio da separação dos poderes, já que o Judiciário passou a enfrentar questões que antes eram exclusivas dos Poderes Legislativo ou Executivo. Noutras palavras, o juiz “boca da lei”, como conjecturado por Montesquieu¹⁶⁵, cedeu lugar ao juiz definidor e executor de políticas públicas. Frutos dessa mudança de atitude, citam-se o processo estrutural e o ECI, teorias que, em linhas gerais, propõem uma intervenção contínua do Judiciário sobre os demais poderes.

Decerto que o papel contramajoritário exercido pelo Judiciário, notadamente em sua função

¹⁶⁰ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41.

¹⁶¹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41.

¹⁶² GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41.

¹⁶³ A expressão ativismo judicial pode ser entendida sob vários sentidos. Há quem defenda o ativismo como algo positivo; outros, como um insulto à ordem democrática. Controvérsias à parte, o presente artigo adota o entendimento de que o ativismo ocorre quando a função jurisdicional ultrapassa os limites impostos no ordenamento jurídico para invadir a função legislativa ou executiva. Para Barroso: “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de

diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Suffragium*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 14, jan./dez. 2009).

¹⁶⁴ HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A., 2020; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

¹⁶⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Martins. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

precípua de resguardar os direitos das minorias e controlar os excessos dos demais poderes, é vital para a manutenção da ordem democrática. Em contrapartida, os abusos advindos do ativismo judicial não podem ser ignorados. Afinal, supremacia constitucional não é sinônimo de supremacia judicial. Waldron¹⁶⁶ adverte: um poder judicial ilimitado, certamente tornar-se-á um soberano hobbesiano, um leviatã.

Estabelecidas as premissas da expansão global do Poder Judiciário, passa-se agora à compreensão do fenômeno em solo brasileiro.

2. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A concepção de um Poder Judiciário no centro da arena política brasileira surgiu, primeiramente, no período do Segundo Reinado (1840-1889). Consoante Rodrigues¹⁶⁷, D. Pedro II, inspirado pelo Direito norte-americano, almejava a instalação de uma Corte Suprema no país para promover o bom funcionamento da constituição.

Com a Proclamação da República, em novembro de 1889, o Imperador foi deposto, mas sua ideia se

fez presente na Constituição de 1891¹⁶⁸, que copiou em grande parte o sistema norte-americano de governo e outorgou expressamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade de leis.

No entanto, o protagonismo do Supremo Tribunal Federal somente foi alcançado com a Constituição da República de 1988¹⁶⁹, considerada o grande marco da redemocratização do país, após 21 anos de ditadura militar (1964–1985). Antes de 1988, não há a mínima possibilidade de se falar em supremacia judicial no Brasil, porquanto as constituições pregressas eram meros instrumentos de organização e estruturação do Estado, cujas normas, despidas de ineficácia, não podiam ser aplicadas pelos magistrados nos casos concretos.¹⁷⁰

Por ser fruto de um movimento de ruptura, o poder constituinte de 1988 produziu uma constituição extremamente ambiciosa no que atine aos propósitos a serem protegidos e alcançados pelo Estado, trazendo à tona um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, dotado de normatividade e aplicabilidade. Sarlet atribui três características marcantes à Constituição de 1988: “[...] extensiva ao título de direitos fundamentais,

¹⁶⁶ WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

¹⁶⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. I.

¹⁶⁸ BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do*

Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [19--].

¹⁶⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

¹⁷⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente”¹⁷¹. Para o autor, o caráter analítico revela uma preocupação de salvaguardar uma série de direitos contra uma erosão ou usurpação pelos Poderes constituídos.

Ao lado da maximização dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988¹⁷² promoveu o fortalecimento do Ministério Público, a institucionalização da Defensoria Pública, além de conceder poderes inéditos ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, que passou a desempenhar três funções simultâneas: tribunal constitucional, tribunal de recursos e tribunal de primeira e última instância nos casos de foro especializado. Tal fato, em termos comparativos, rendeu ao Supremo o *status* de tribunal singular, posto que, na maioria das democracias contemporâneas, tais atribuições não são exclusivas de uma única instituição.¹⁷³

O controle de constitucionalidade foi mantido em sua modalidade mista (difuso e concentrado), porém com consideráveis mudanças no que atine ao controle concentrado. A ação direta de inconstitucionalidade, antes exclusiva ao Procurador-Geral da República, teve seu rol de legitimados ampliado, o que possibilitou o acesso à Suprema Corte por diversos agentes da sociedade civil, bem como por partidos de oposição. Fixou-se como regra geral a aplicação de efeito *ex-tunc*, representando o fortalecimento da importância política do controle de constitucionalidade.¹⁷⁴

A isso, soma-se a Lei nº 9.868/1999¹⁷⁵ que introduziu os institutos do *amicus curiae* e da audiência pública, democratizando a jurisdição constitucional. Previu-se, também, a ADPF, regulamentada pela Lei nº 9.882/1999¹⁷⁶, recentemente utilizada como meio de ataque a políticas públicas em abstrato (e.g. ADPF nº 347, tema central deste ensaio). A Emenda Constitucional nº 3,

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 64.

¹⁷² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

¹⁷³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

¹⁷⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a*

última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹⁷⁵ BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2009.

¹⁷⁶ BRASIL. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2000.

de 17/03/1993¹⁷⁷, criou a ação declaratória de constitucionalidade a ser ajuizada pelos mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade. Por fim, de grande relevância, destaca-se a Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁷⁸, responsável pelas inovações da súmula vinculante e da repercussão geral.

Sem surpresas, todas essas mudanças legislativas ocasionaram a hipertrofia do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal. A respeito, Vieira, inspirado por Hirschl¹⁷⁹, usa o termo *supremocracia*¹⁸⁰, cuja definição é a seguinte:

Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última

*palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem vinculadas por emendas à Constituição.*¹⁸¹

Consideradas essas premissas, conclui-se que todas as condições políticas e institucionais referenciadas por Tate e Vallinder¹⁸² como favoráveis à expansão global do Poder Judiciário se fazem presentes no ordenamento jurídico político brasileiro. Aliado a isso, verifica-se a adoção das concepções básicas do neoconstitucionalismo pela jurisprudência brasileira, confirmando, também, a presença das condições interpretativas¹⁸³. O Brasil vive hoje a era

¹⁷⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda constitucional nº 3, de 17 de março de 1993*. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

¹⁷⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

¹⁷⁹ HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A, 2020.

¹⁸⁰ Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro criaram o termo *ministrocracia*, considerando-se a enorme quantidade de decisões judiciais proferidas individualmente por ministros do Supremo Tribunal Federal, sem a participação do plenário ou até mesmo contra ele. Para Vieira, a *ministrocracia* representa a fragmentação da jurisdição do Supremo; a

versão radical da *supremocracia*. Tal fato releva um problema gravíssimo: a seletividade do julgamento a entrar em pauta, uma vez que a agenda do colegiado é definida por um dos seus membros (cf. ARGUELHES, Diego Ribeiro Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos*, São Paulo, v. 37, n. 1, jan./abr. 2018; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018).

¹⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 162.

¹⁸² TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

¹⁸³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of*

da judicialização da política, potencializada por uma forte postura ativista do Supremo Tribunal Federal, decorrente sobretudo da inércia dos poderes majoritários em efetivar e aprimorar políticas públicas.¹⁸⁴

Esmiuçando a questão, no país, a hiperconstitucionalização dos direitos veio desacompanhada de sua respectiva efetivação, o que confirma a tese levantada por Law e Versteeg¹⁸⁵ no trabalho de pesquisa nomeado “*Shaw Constitutions*” ou “Constituições Falsas” (tradução nossa). Ao cabo, a dupla de pesquisadores, ao comparar mais de 160 textos constitucionais, chega à conclusão de que quanto maior for a promessa constitucional mais distante é a sua realização. Nessa mesma linha, pode-se dizer que a Constituição da República de 1988¹⁸⁶, especialmente quanto ao alcance dos princípios fundamentais às classes sociais marginalizadas, parafraseando Neves¹⁸⁷, é simbólica, a julgar pela sua ineficácia normativo-jurídico. Com efeito, ante a inexistência e ou ineficiência das políticas públicas, o Judiciário passou a atuar em prol da

concretização dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais.

Nesse cenário, a tarefa de tornar viva a Constituição levou o Judiciário a desempenhar o papel de protagonista das mudanças almejadas pelo Poder Constituinte. Em consequência, segundo Ramos¹⁸⁸, isso tornou sepultou a postura reativa e descomprometida do Judiciário, ao mesmo tempo em que viabilizou o fenômeno do ativismo judicial.

Noutras palavras, a constitucionalização dos direitos sociais e o debate acerca de sua efetivação foram potencializados pela corrente neoconstitucionalista, que valoriza o poder criativo do magistrado, a aplicação direta de princípios e a extração de mínimos existenciais diretamente exigidos da Constituição, à luz do superprincípio da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁹ Dessa maneira, o papel ativista do Judiciário seria justificável pela possibilidade de se transformar a realidade social em prol das minorias desprotegidas, o que Leal¹⁹⁰ conjectura como o verdadeiro

judicial power. New York: New York University, 1995.

¹⁸⁴ GROESTEIN, Júlio. *Ativismo Judicial: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2018; SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

¹⁸⁵ LAW, David. S.; VERSTEEG, Mila. *Shaw Constitutions*. *California Law Review*, [s. l.], v. 101, n. 4, ago. 2013.

¹⁸⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

¹⁸⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

¹⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁸⁹ SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

¹⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória*

Estado-Juiz, ou ainda, o Juiz garantista-ativista da realização de direitos.

A guinada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a legitimidade do Judiciário em intervir em políticas públicas ocorreu no julgamento da ADPF 45¹⁹¹ ¹⁹², de relatoria do Ministro Celso de Melo, considerada um marco para a temática. O entendimento anterior, alicerçado no respeito à previsão orçamentária e aos princípios da separação das funções e da reserva do possível, foi superado com vistas a promover a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais pela via judicial.

Amparado nesse retrato de jurisdição constitucional, em 2015, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 347¹⁹³, chegou ao ápice de sua postura ativista, ao importar da Corte Constitucional da Colômbia, a Teoria do ECI, espécie de processo estrutural,

cujo fundamento central é a adoção de um controle judicial forte sobre os demais poderes com intuito de cessar uma situação de violação de direitos fundamentais.

Como se verá a seguir, a referida decisão inaugura a possibilidade de se aplicar, no ordenamento jurídico brasileiro, um novo modelo de controle judicial de políticas públicas, cuja essência camufla um verdadeiro governo de juízes.

3. A ADPF Nº 347 E SUAS IMPLICAÇÕES NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de se analisar a ADPF nº 347, é preciso fazer uma rápida digressão para traçar algumas considerações importantes acerca do ECI e dos processos estruturais.

conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Relator: Min. Rel. Celso de Melo, 29 de abril de 2004.

¹⁹² A respeito, o seguinte trecho da decisão: “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento

governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens, cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Relator: Min. Rel. Celso de Melo, 29 de abril de 2004).

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

No ano de 1991, foi promulgada a Constituição da Colômbia¹⁹⁴, vigente até os dias atuais, com uma extensa lista de direitos fundamentais e comprometida com os direitos sociais¹⁹⁵. A Corte Constitucional foi ali instituída, com amplo acesso à sua jurisdição e significativas competências e poderes de controle sobre os atos dos demais poderes via controle misto de constitucionalidade das leis¹⁹⁶.

Desde sua origem, a Corte Constitucional da Colômbia participa das questões políticas e sociais do país, sendo considerada o paradigma do ativismo judicial na América Latina¹⁹⁷. Tal caráter ativista tornou-se mais evidente com a declaração de um ECI, o que significa o reconhecimento da existência de violação massiva de direitos fundamentais, ocasionada por bloqueios institucionais, cuja solução exige a adoção de medidas estruturais pelos Poderes Públicos¹⁹⁸.

O ECI é uma espécie do gênero processo estrutural que, por seu turno, é originário do Direito norte-americano, precisamente do caso *Brown v. Board of*

Education of Topeka, de 1954¹⁹⁹. Nessa decisão, a Suprema Corte declarou inconstitucional a política de segregação racial no ensino público norte-americano, permitindo que crianças negras frequentassem escolas exclusivamente de brancos²⁰⁰.

Para dar efetividade ao comando judicial, foram adotadas diversas medidas estruturantes, como a exigência de novos procedimentos para a escolha de professores, novos critérios para a construção de escolas e do sistema de transporte público, o que exigiu uma cooperação entre os demais poderes públicos²⁰¹. Ainda, a Suprema Corte autorizou a criação de planos, que atenderiam a peculiaridade de cada região, cuja execução seria acompanhada pelo Poder Judiciário local²⁰².

Nesse mote, Fiss esclarece que “[...] o processo estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça

¹⁹⁴ COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991.

¹⁹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education*. Washington, 17 de maio de 1954.

²⁰⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education*. Washington, 17 de maio de 1954.

²⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

²⁰² ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes”²⁰³. Em outras palavras, o Poder Judiciário se envolve na gestão de estruturas administrativas e assume certo nível de supervisão sobre tais instituições para concretizar determinadas normas e direitos fundamentais²⁰⁴.

Em linhas gerais, o processo estrutural, bem como o ECI, têm como característica marcante o distanciamento do modelo tradicional de processo, mormente por permitirem a flexibilização de conceitos processuais clássicos, tais como parte, pedido, sentença, preclusão e coisa julgada²⁰⁵. Na demanda estrutural, a função do magistrado não é pôr termo a um litígio – decidir qual lado está certo –, mas estabelecer quais reformas devem ser implementadas em prol da efetivação de um determinado direito fundamental. Com efeito, o término do processo é indefinido, ou seja, “[...] a jurisdição da corte durará enquanto a ameaça persistir”²⁰⁶. Por fim, para os estruturalistas, o ponto forte desse modelo de processo é a busca na resolução do conflito por meio de diálogo entre os entes públicos.

Voltando à ADPF nº 347²⁰⁷, registra-se que a ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e redigida pelo constitucionalista Daniel Sarmento. Ali foi requerido o reconhecimento do ECI do sistema prisional brasileiro com a adoção de providência estrutural, qual seja, a formulação de um plano nacional pelo Governo Federal contendo propostas e metas específicas para superar o quadro de graves violações aos direitos fundamentais da população carcerária de todo o país.

Trata-se de ação ambiciosíssima, que chega ao extremo de requerer que os juízes penais reduzam as penas aplicadas em sentenças transitadas em julgado ante as más condições carcerárias, não obstante tal prerrogativa ser de competência privativa do Chefe de Estado²⁰⁸.

A medida cautelar foi deferida, reconhecendo-se o ECI. Nesse primeiro momento do processo não foi determinada nenhuma medida estruturante, apenas foram deferidos os pedidos referentes à obrigação de realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas da prisão e à liberação do saldo acumulado do Fundo

²⁰³ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 26.

²⁰⁴ PORFIRIO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁰⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021; VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2021.

²⁰⁶ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 52.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

²⁰⁸ SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos²⁰⁹.

Sem embargo, malgrado o julgamento de mérito não tenha acontecido, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer expressamente o ECI, à luz do modelo criado pela Corte Constitucional da Colômbia, trouxe à tona uma série de questionamentos e objeções²¹⁰ sobretudo por representar uma ameaça ao postulado da legitimidade democrática e ao princípio da separação das funções.

Nesse âmbito, a primeira questão que desperta atenção refere-se ao uso da ADPF como meio idôneo para o reconhecimento do ECI.

Nota-se que, na Medida Cautelar na ADPF nº 347²¹¹, o Supremo, de forma atípica, declarou como inconstitucional uma omissão fático-substancial. Isto é,

uma realidade empírica e não uma norma jurídica. Com efeito, instaurou-se a possibilidade de uma falha estrutural ser objeto de uma nova modalidade de vício constitucional a justificar, nas palavras de Silva, “[...] a criação de autêntica jurisdição supervisora em sede de fiscalização abstrata”²¹², algo inédito no Brasil, porquanto nenhuma ação de controle abstrato foi criada para conferir a adequação fática de um estado de coisas com o texto constitucional.

Diante desse cenário, ou seja, da possibilidade de se declarar inconstitucional uma realidade fática, denota-se o perigo eminente de banalização da teoria colombiana pelos operadores do direito. Conquanto a ADPF nº 347²¹³ envolva apenas a situação carcerária brasileira, não há dúvida de que o ECI possa alcançar uma miríade de políticas públicas²¹⁴. Afinal, à

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

²¹⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. *Empório do direito*, [s. l.], 2021; MEYER, Emilio Peluzo Neder. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021; SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

²¹² SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020. p. 203.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

²¹⁴ Ao que tudo indica, a ADPF nº 347 não será um caso isolado de declaração do ECI. Atualmente, estão em curso no Supremo Tribunal Federal três ações requerendo o reconhecimento do ECI, são elas: ADPF nº 822, com relação à demora do Executivo na condução das políticas públicas diante da pandemia da COVID-19, registre-se que o Ministro Relator, Marco Aurélio, votou favorável ao reconhecimento. Todavia o encerramento da votação ainda não ocorreu; ADPF nº 743 que visa ao reconhecimento do ECI especialmente dos biomas da Amazônia e Pantanal, tendo em vista a omissão da União, dos Estados e dos Município com relação ao desmatamento e prevenção e combate aos incêndios e a ADPF nº

luz da realidade brasileira, o que não seria inconstitucional?

Decerto que a citada ADPF nº 45²¹⁵ abriu o caminho para o controle jurisdicional de políticas públicas, mas, de maneira alguma, estabeleceu a possibilidade de o Judiciário coordenar e supervisionar políticas públicas por meio de monitoramento²¹⁶. No entanto, pioneiramente, a ADPF nº 347, ao importar a teoria do ECI, permitiu essa hipótese. Seguindo essa tendência, menciona-se a recente ADPF nº 709²¹⁷ cuja medida liminar impôs à União a

elaboração de um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros a ser fiscalizado pela própria Corte.

Nesse contexto, a primeira dúvida que se instaura é a seguinte: como o Supremo achará tempo em sua tumultuada agenda para coordenar e monitorar a execução de um plano estrutural de políticas pública?

Em termos numéricos, tramitam, no corrente ano, 21.097 processos no

708, que questiona a omissão da União ao não adotar providências administrativas em relação ao Fundo Clima. Nessa última, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso destacou que o quadro ambiental descrito na inicial, caso confirmando, “revela a existência de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, a exigir providências de natureza estrutural”. Destacasse, outrossim: a ADPF nº 786, que buscava o reconhecimento do ECI do sistema tributário nacional, no sentido de ser determinado ao Executivo e ao Legislativo a elaboração de uma reforma tributária com base nos parâmetros da progressividade e da igualdade material tributária; a ADPF nº 682, cujo objeto era a suspensão de novos curso de Direito, com o reconhecimento do ECI em decorrência da violação sistemática ao preceito constitucional que garante a qualidade do ensino jurídico superior; e por fim, a ADPF nº 866 na qual a Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON) pediu à Corte o reconhecimento do ECI na política pública de saúde brasileira. Tais ações foram rejeitadas liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal. Sem embargo, não deixam de ser uma amostra acerca da possibilidade, ou não, do uso do ECI no ordenamento jurídico brasileiro. (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 822*. Relator: Min. Rel. Marco Aurélio [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]; BRASIL.

Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 743*. Relator: Min. Rel. André Mendonça [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708*. Relator: Min. Rel. Roberto Barroso [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 786*. Relator Min. Rel. Alexandre de Moraes, 9 de fevereiro de 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682*. Relator: Min. Rel. Ricardo Lewandowski, 20 de maio de 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 866*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de julho de 2021).

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. Relator: Min. Rel. Celso de Melo, 29 de abril de 2004.

²¹⁶ SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709*. Relator: Min. Rel. Roberto Barroso, 10 de junho de 2020.

Supremo Tribunal Federal²¹⁸. Segundo Silva²¹⁹, a Corte colombiana não julga mais que 800 processos por ano, o que indica uma capacidade maior de dedicação desta Corte à jurisdição supervisora, quando comparada ao Supremo Tribunal Federal.

Sem embargo, mesmo com o modesto número de processos sob a jurisdição da Corte colombiana, os resultados práticos do ECI são controversos.

A título de amostra, cita-se a *Sentencia de Tutela* nº 153/1998²²⁰, cujo objeto também envolve a violação de direitos fundamentais da população carcerária. Decorridos mais de vinte anos do reconhecimento do ECI, a situação de inconstitucionalidade ainda está longe de ser sanada, principalmente pela ausência de monitoramento da decisão²²¹.

Acresça-se, também, a *Sentencia de Tutela* nº 025/2004, referente ao deslocamento forçado de

pessoas em decorrência das ações violentas de grupos armados. À época, o processo obteve resultados positivos²²², porém, atualmente, o cenário de inconstitucionalidade revela-se incontrolável. Segundo dados do Escritório das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários²²³, em 2021, constatou-se um aumento de 181% do número de migrantes em relação ao ano anterior. Com efeito, nas palavras de Porfírio, “[...] é preciso reconhecer que as Cortes, sozinhas, não são aptas a gerar transformações políticas e sociais permanentes”²²⁴.

A partir da década de 1980, os processos estruturais entraram em declínio nos Estados Unidos sobretudo pela ausência de resultados satisfatórios²²⁵. Há questionamentos, inclusive, quanto aos resultados do caso *Brown v. Board of Education*²²⁶. Para Rosemberg²²⁷, somente após a aprovação do *Civil Rights Act*, em 1964,

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Corte aberta*. Acervo Geral. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2022.

²¹⁹ SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

²²⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 153/98*. Julgado em 28 de abril de 2004.

²²¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019; MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Direito GV*, [s. l.], v. 15, n. 2, 2019.

²²² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019; PORFÍRIO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática,*

procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²²³ UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS. *Global humanitarian overview 2022*. [s. l.]: UNOCHA, 2022.

²²⁴ PORFÍRIO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 137.

²²⁵ ROSEMBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: University Chicago, 2008.

²²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brown v. Board of Education*. Washington, 17 de maio de 1954.

²²⁷ ROSEMBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: University Chicago, 2008.

e do *Elementary and Secondary Education Act*, em 1965, a almejada integração começou a ser visualizada. No entanto, na atualidade, o problema ainda persiste em algumas escolas norte-americanas^{228 229}.

Nesse contexto, interpela-se por que o Supremo resolveu importar teorias que não se mostraram eficientes? E questiona-se, outrossim: a realidade social dos Estados Unidos nos anos de 1950 a 1970, bem como da Colômbia no final da década de 1990, são similares às demandas sociais brasileiras da atualidade? No entendimento de Costa, “[...] não se pode cair na tentação colonial de um copismo institucional sem filtros rígidos e adaptações severas. Pior: um copismo institucional deslocado no tempo”²³⁰.

Também, a questão da inversão da legitimidade democrática não pode ser minimizada. Sem pormenorizar, políticas públicas representam o conjunto de ações, programas e decisões de governos direcionadas a assegurar os direitos da sociedade.

Dessarte, como bem pontua Costa²³¹, a elaboração desse tipo de política exige a junção de atos legislativos e governamentais, quer dizer, a atuação coordenada dos agentes eleitos diretamente pelo povo. O ECI propõe exatamente o contrário: leis e atos governamentais são trocados por decisões judiciais, o que significa a substituição da política pelo direito. Sucede-se que o Poder Judiciário não tem legitimidade para criar políticas públicas, competindo-o apenas atuar na reparação de situações emergenciais.

Ademais, o ciclo de políticas públicas envolve cinco fases²³²: (i) definição do problema; (ii) formação da agenda; (iii) formulação de programas e projetos; (iv) implementação das políticas delineadas; (v) monitoramento e avaliação da performance. A literatura especializada estabelece o prazo mínimo de dez anos para tal ciclo, tempo tido como fundamental para que se obtenha maturidade suficiente a

²²⁸ Segundo dados levantados por Kucsera e Orfield, o Estado de Nova York possui as escolas públicas mais segregadas dos Estados Unidos. Para os autores, entre os anos 1950 e 1980, a questão da desagregação escolar foi enfrentada pelos tribunais e pela legislação. Programas e planos foram implementados nesse sentido. No entanto, nos últimos 20 anos, a maioria das políticas de integração foi abandonada pelos poderes públicos (cf. KUCSERA, John; ORFIELD, Gary. *New York State's extreme school segregation: inequality, inaction and a damaged future*. [S. l.: s. n.], 2014).

²²⁹ FISS, Owen. Models of adjudication. Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss. *Caderno Direito GV*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 8, p. 3-57, nov. 2005, p. 29; KUCSERA, John;

ORFIELD, Gary. *New York State's extreme school segregation: inequality, inaction and a damaged future*. [S. l.: s. n.], 2014; PORFIRIO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²³⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. *Empório do direito*, [s. l.], 2021.

²³¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. *Empório do direito*, [s. l.], 2021.

²³² RAEDER, Savio. Ciclo de políticas: uma abordagem integradora dos modelos para análise de políticas públicas. *Perspectivas em Políticas Públicas*, Belo Horizonte, v. VII, n. 13, p. 121-146, jan./jun. 2014.

propósito de sua experiência de implementação²³³.

O que se vê, portanto, é que o ECI e os processos estruturais ignoram tal ciclo, especialmente por exigirem que políticas públicas sejam elaboradas às pressas, sem qualquer estudo pormenorizado acerca de seus efeitos e resultados. Para mais, o Supremo não possui uma visão geral dos problemas da administração pública, não estando apto a definir qual situação terá prioridade dentre as demais.

Além disso, não há dúvida de que o ECI confere poderes ilimitados ao Judiciário, que passa a exercer função de um superadministrador, protegido pelas garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade dos vencimentos²³⁴. No entanto, ao contrário dos agentes políticos, o magistrado não responderá pelas decisões estruturais equivocadas, nem por improbidade administrativa e tampouco terá que prestar contas, o que Costa enxerga como o “melhor dos mundos” e conclui: “[...] com grandes poderes vêm grandes responsabilidades, exceto para o ‘juiz governante’ do processo estrutural. Daí a forte tentação para a megalomania judiciária”²³⁵. Ainda, tal modelo de

processo exige a figura de um juiz democrático, flexível, criativo, fiscalizador, administrador, com *expertise* em políticas públicas, ou seja, praticamente o Juiz Hércules do modelo *dworkiniano*. Diante disso, pergunta-se: os ministros do Supremo possuem disposição para conduzir um processo sob essas circunstâncias?

Há um certo romantismo em achar que o ECI e as ações estruturais resolverão todos os problemas que assolam um país. A transferência de poderes ao Judiciário não significa, necessariamente, que a sociedade será beneficiada. Parafraseando Hamilton²³⁶, o Poder Judiciário, sozinho, é incapaz de transformar a realidade social, uma vez que não possui a espada, nem a chave do cofre. Dito de outra forma: os tribunais são institucionalmente limitados para promoverem mudanças sociais, visto que suas decisões podem ser enfraquecidas por forte oposição política²³⁷. Ainda que o ECI priorize o diálogo entres os Poderes Públicos, a centralização dos planos de ação nas mãos do Supremo limita o campo discricionário de atuação do Executivo e do Legislativo, o que gera uma desmotivação destes Poderes na busca por resultados satisfatórios²³⁸.

²³³ SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

²³⁴ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. *Empório do direito*, [s. l.], 2021; SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.

²³⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. *Empório do direito*, [s. l.], 2021

²³⁶ HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Campinas: Russel, 2003.

²³⁷ HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo*. Londrina: E.D.A., 2020; ROSEMBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: University Chicago, 2008.

²³⁸ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a

Por fim, conquanto não se possa apontar, com precisão, o resultado da ADPF nº 347²³⁹, é grande a evidência de que a declaração do ECI será incapaz de mudar a drástica realidade do sistema carcerário brasileiro. A condução morosa do processo, que nem sequer teve seu mérito julgado, não obstante passados quase sete anos de sua distribuição, não deixa dúvida quanto a isso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vive-se a era global da supremacia do Poder Judiciário sobre os demais poderes. Tal fenômeno também é notado em solo brasileiro, ocupando o Supremo Tribunal Federal o epicentro da arena política.

A redemocratização do país trouxe à baila a Constituição da República de 1988²⁴⁰, marcada pela maximização dos direitos e garantias fundamentais e pelo fortalecimento do Poder Judiciário, em particular do Supremo Tribunal Federal.

Sem embargo, a realidade social se contrapõe aos direitos consagrados pelo Constituinte de 1988. O Brasil falha na missão precípua de fornecer direitos mínimos aos seus cidadãos mais carentes de direitos. Nesse contexto de negativa, o Judiciário, outrora conhecido

por sua postura meramente reativa, vislumbra-se como a tábua de salvação de direitos fundamentais sociais. Desse modo, percebe-se um deslocamento do debate de políticas públicas das arenas majoritárias para o campo restrito do Judiciário.

A Medida Cautelar na ADPF nº 347²⁴¹, que reconheceu o ECI do sistema penitenciário brasileiro, é um exemplo claro desse deslocamento.

Este ensaio não desconhece as mazelas do sistema carcerário, nem a necessidade premente de serem adotadas medidas pelos Poderes Públicos visando superar os bloqueios institucionais e políticos que cercam o problema. Também, não se está aqui negando a importância do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

No entanto, o ponto de reflexão cinge-se ao remédio a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para sanar tal problema.

A adoção de uma teoria que propõe uma fiscalização incessante do Poder Judiciário sobre os demais poderes enfraquece o sistema representativo, viola os princípios da separação das funções e da legitimidade democrática e acende um sinal de alerta sobre uma possível usurpação da soberania popular.

resposta dos poderes políticos. *Direito GV*, [s. l.], v. 15, n. 2, 2019.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

²⁴⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

A isso, adita-se o fator da ineficiência. A *Sentencia de Tutela nº 153/1998*²⁴², cujo objeto, também, abrange os direitos da população carcerária, não se mostrou capaz de reverter o cenário de inconstitucionalidade.

No Brasil, a toda evidência que tal situação se repita. Decorridos quase sete anos da distribuição da ADPF nº 347²⁴³, o quadro de violação generalizada e sistemática de direitos fundamentais da população carcerária brasileira permanece inalterado.

Nada obstante, a referida ação representa um marco na jurisprudência do Supremo, pois inaugurou a possibilidade de ações estruturais serem ali conduzidas. A propósito, hodiernamente, diversas ações dessa natureza estão em curso no Supremo Tribunal Federal e com os mais variados objetos: meio-ambiente, saúde pública, proteção da população indígena durante a pandemia da COVID-19, segurança pública nas favelas do Rio de Janeiro.

Dessa maneira, confirma-se a hipótese de pesquisa, a julgar pela ausência de resultados satisfatórios da Medida Cautelar na ADPF nº 347²⁴⁴, servindo a decisão apenas para instaurar a possibilidade de o Supremo exercer uma verdadeira jurisdição fiscalizadora sobre os demais Poderes

com base numa realidade empírica, em nítido caráter ativista.

Por fim, as objeções aqui propaladas não desmerecem o empenho do Supremo em buscar uma solução para um problema tão espinhoso da sociedade. Contudo, o caminho para tal superação há de ser pautado no respeito aos demais Poderes, mormente por serem também intérpretes da Constituição e por gozarem de soberania popular conferida aos seus representantes.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949*. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Berlin: Deutscher Bundestag, 2021. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.
- ARGUELHES, Diego Ribeiro Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos*, São Paulo, v. 37, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: http://novosestudios.com.br/wp-content/uploads/2018/04/02_arguelh

²⁴² COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 153/98*. Julgado em 28 de abril de 2004.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015.

- es_dossie_110_p12a33_baixa_vale.pdf. Acesso em: 9 out. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [19--]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda constitucional nº 3, de 17 de março de 1993*. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 786*. Relator Min. Rel. Alexandre de Moraes, 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345629715&ext=.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF*. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO

DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. [...]. Relator: Min. Rel. Carlos Ayres Brito, 28 de maio de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 822*. Relator: Min. Rel. Marco Aurélio [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 743*. Relator: Min. Rel. André Mendonça [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708*. Relator: Min. Rel. Roberto Barroso [Data da última movimentação: 10 ago. 2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6150239>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682*. Relator: Min. Rel. Ricardo Lewandowski, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343124071&ext=.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 866*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de julho de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347092070&ext=.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema

penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709*. DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS. [...] 8. Determinação de criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. [...]. Relator: Min. Rel. Roberto Barroso, 10 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349465392&ext=.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF*. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) [...]. Relator: Min. Rel. Celso de Melo, 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Corte aberta*. Acervo Geral. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/acervo/acervo.html>. Acesso em: 9 out. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2019.

COLÔMBIA. [Constitución (1991)]. *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente, 1991. Disponível em: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 153/98*. ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-

- Condiciones de
hacinamiento/ESTABLECIMIENTO
CARCELARIO-Perspectiva histórica
del hacinamiento en Colombia/LEY
DE ALTERNATIVIDAD EN LA
LEGISLACION PENAL Y
PENITENCIARIA-Descongestión
carcelaria/ESTABLECIMIENTO
CARCELARIO-Algunas causales
explicativas de la
congestión/ESTABLECIMIENTO
CARCELARIO-Infraestructura y
administración/ESTABLECIMIENTO
CARCELARIO-Consecuencias del
hacinamiento [...]. Julgado em 28 de
abril de 2004. Disponível em:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>.
Acesso em: 9 out. 2022.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez
senões do processo estrutural.
Empório do direito, [s. l.], 2021.
Disponível em:
<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural>. Acesso em: 9
out. 2022.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São
Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema
Corte. *Brown v. Board of Education*.
Washington, 17 de maio de 1954.
Disponível em:
<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>. Acesso
em: 9 out. 2022.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema
Corte. *Petition for writ of mandamus
Marbury v. Madison*. William Marbury
v. James Madison. Washington, 1 de
fevereiro de 1803. Disponível em:
<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>. Acesso
em: 9 out. 2022.
- FISS, Owen. *Direito como razão pública*:
processo, jurisdição e sociedade.
Curitiba: Juruá, 2017.
- FISS, Owen. Models of adjudication.
Transcrição da apresentação do
professor Owen Fiss. *Caderno Direito
GV*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 8, p. 3-57,
nov. 2005, p. 29. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2810/direito%202008.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*.
O guardião das promessas. Rio de
Janeiro: Revan, 1999.
- GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de
constitucionalismo da Comunidade
Britânica. *Opinião Jurídica*, [s. l.], v.15,
n. 21, 2017.
- GISBUNRG, Tom. *Judicial review in new
democracies*: constitutional courts in
Asian cases. Cambridge: Cambridge
University, 2003.
- GROESTEIN, Júlio. *Ativismo Judicial*: análise
comparativa do Direito Constitucional
brasileiro e norte-americano. São
Paulo: Almedina, 2019.
- HAMILTON, Alexander. *O federalista*.
Campinas: Russel, 2003.
- HIRSCHL, Ran. *Rumo à juristocracia*: as
origens e consequências do novo
constitucionalismo. Londrina: E.D.A.,
2020.
- KUCSERA, John; ORFIELD, Gary. *New York
State's extreme school segregation*:
inequality, inaction and a damaged
future. [S. l.: s. n.], 2014. Disponível
em:
<https://www.civilrightsproject.ucla.edu/research/k-12-education/integration-and-diversity/ny-norfl-et-report-placeholder/Kucsera-New-York-Extreme-Segregation-2014.pdf>.
Acesso em: 9 out. 2022.
- LAW, David. S.; VERSTEEG, Mila. Shaw
Constitutions. *California Law Review*,

- [s. l.], v. 101, n. 4, ago. 2013. Disponível em: <http://www.californialawreview.org/w-p-content/uploads/2014/10/01-LawVersteeg1.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Direito GV*, [s. l.], v. 15, n. 2, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272/76708>. Acesso em: 9 out. 2022.
- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MEYER, Emilio Peluzo Neder. *Decisão e jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Martins. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- PIETRO, Sanchís. Neoconstitucionalismo y poderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- PORFIRIO, Camila Almeida. *Litígios estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- RAEDER, Savio. Ciclo de políticas: uma abordagem integradora dos modelos para análise de políticas públicas. *Perspectivas em Políticas Públicas*, Belo Horizonte, v. VII, n. 13, p. 121-146, jan./jun. 2014.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. I.
- ROSEMBERG, Gerald N. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: University Chicago, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- SILVA, Alexandre Vitorino. *Estado de Coisas Inconstitucional e processo estrutural*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.
- UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS. *Global humanitarian overview 2022*. [s. l.]: UNOCHA, 2022. Disponível em: <https://www.unocha.org/sites/unocha/files/Global%20Humanitarian%20Overview%202022.pdf>. Acesso em: 9 out. 2022.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2021.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

DIGITISATION IN CIVIL JUDICIAL COOPERATION IN THE EUROPEAN UNION: AN ANALYSIS OF ITS EVOLUTION^{245 246 247}

A DIGITALIZAÇÃO NA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA CIVIL NA UNIÃO EUROPEIA: UMA ANÁLISE DA SUA EVOLUÇÃO

Ana María Vicario Pérez

PhD Student - Procedural Law University of Burgos Doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Pós-doutoranda na área do Direito Processual na Universidade de Burgos (Espanha). amvperez@ubu.es.

ABSTRACT: The aim of this document is to analyse European legislation on the cross-border electronic exchange of data relating to civil judicial proceedings. To this end, the evolution of the European Area of Freedom, Security and Justice will be analysed, from the signing of the Maastricht Treaty in 1992 to the legislative efforts of recent years to strengthen judicial cooperation between Member States through the use of new technologies. Particular emphasis will be placed on Regulation (EU) 2022/850 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on a computerised system for the electronic cross-border exchange of data in the field of judicial cooperation in civil and criminal matters. This makes e-CODEX the main European system for the electronic exchange of procedural data

between judicial authorities. We will therefore analyse the main features of this system, while addressing the issues related to its efficient management and the necessary respect to be shown in its use in relation to the processing of personal data. On the basis of Article 67(3) TFEU in general and Article 81(1) TFEU in civil matters, the TFEU provides that judicial cooperation must respect the principles of mutual recognition and approximation of laws. However, the creation of a genuine European procedural law is still a long way off, with the greatest efforts being directed not towards establishing single Community rules but, from a perspective that is perhaps less ambitious but certainly more respectful of the legal traditions of the member states, towards homogenising domestic procedural

²⁴⁵ Artigo recebido em 19/02/2024 e aprovado em 22/06/2024.

²⁴⁶ O presente texto corresponde à comunicação apresentada no II Congresso Internacional de Direito Processual Civil sobre os “DESAFIOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA”, realizado na Universidade Portucalense, a 15 e 16 de dezembro de 2023, organizado pelo Instituto Jurídico Portucalense, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Universidade Estácio de Sá, a Universidade de Vigo, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação Brasileira Elas no Processo e com a Associação dos Registradores Cíveis de Pessoas Naturais do Brasil (ARPEN BR), com o apoio do Contrato Programa UIDB/04112/2020, financiado por fundos nacionais da República Portuguesa, através da FCT I.P.

²⁴⁷ This work forms part of the research Project «El Derecho Procesal civil y penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» (Ref. PID2021-124027NB-I00).

laws. The aim of legislative approximation in the field of civil procedure is to promote the mutual recognition of judgements handed down by the judicial authorities of one Member State which are to be enforced on the territory of another.

This is where the digitalisation of justice has a key role to play. In this regard, the European Union must promote the adaptation of national judicial systems to the new digital reality by fostering cross-border judicial cooperation through the automation of procedures for the exchange of procedural data, the use of telematic communication techniques and the interoperability of the digital systems used by the judicial authorities of the Member States. Indeed, a digitalised administration of justice and the use of information and communication technologies will undoubtedly promote much closer, faster and more effective judicial cooperation.

KEYWORDS: judicial cooperation; digitisation; European Union; e-codex; e-data; electronic data.

RESUMO: O objetivo do presente documento é estudar a legislação europeia relativa ao intercâmbio eletrônico transfronteiriço de dados relativos aos processos judiciais civis. Para o efeito, será analisada a evolução do Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça, desde a assinatura do Tratado de Maastricht em 1992 até aos esforços legislativos dos últimos anos para reforçar a cooperação judiciária entre os Estados-Membros

através da utilização das novas tecnologias. Será dada especial ênfase ao Regulamento (UE) 2022/850 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2022, relativo a um sistema informatizado de intercâmbio eletrônico transfronteiriço de dados no domínio da cooperação judiciária em matéria civil e penal. Isto faz do e-CODEX o principal sistema europeu de intercâmbio eletrônico de dados processuais entre autoridades judiciais. Analisaremos, por conseguinte, as principais características deste sistema, abordando simultaneamente as questões relacionadas com a sua gestão eficiente e o respeito necessário a demonstrar na sua utilização em relação ao tratamento de dados pessoais. Com base no artigo 67.º, n.º 3, do TFUE, em geral, e no artigo 81.º, n.º 1, do TFUE, em matéria civil, o TFUE prevê que a cooperação judiciária deve respeitar os princípios do reconhecimento mútuo e da aproximação das legislações. No entanto, a criação de um verdadeiro direito processual europeu está ainda muito longe, sendo os maiores esforços dirigidos não para o estabelecimento de regras comunitárias únicas mas, numa perspetiva talvez menos ambiciosa mas certamente mais respeitadora das tradições jurídicas dos Estados-Membros, para a homogeneização dos direitos processuais internos. O objetivo da aproximação legislativa em matéria de processo civil é promover o reconhecimento mútuo das decisões proferidas pelas autoridades judiciais de um Estado-Membro que devam ser executadas no território de outro.

É aqui que a digitalização da justiça tem um papel fundamental a desempenhar. A este respeito, a União Europeia deve promover a adaptação dos sistemas judiciais nacionais à nova realidade digital, fomentando a cooperação judiciária transfronteiriça através da automatização dos procedimentos de intercâmbio de dados processuais, da utilização de técnicas de comunicação telemática e da interoperabilidade dos sistemas digitais utilizados pelas autoridades judiciais dos Estados-Membros. De facto, uma administração da justiça digitalizada e a utilização das tecnologias da informação e da comunicação promoverão, sem dúvida, uma cooperação judiciária muito mais estreita, mais rápida e mais eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: cooperação judiciária; digitalização; União Europeia; e-codex; e-data; dados electrónicos

INTRODUCTION

The digitalisation of the Administration of Justice is a fact inherent to the technological change prevailing in all spheres of social life. The introduction of new forms of electronic data processing, the automatization of procedures, and the electronic practice of notifications or communication between individuals and legal operators, is intended to improve the provision of this public service, as well as to facilitate access to justice for natural and legal persons.

In the field of judicial cooperation between Member States, the European

Union legislator has also been taking into consideration for years the fundamental role of Information and Communication Technologies (ICT), aiming to facilitate the application of mutual recognition and legislative approximation instruments, making them more efficient.

In this respect, it is in the field of civil judicial cooperation where the greatest progress has been made in the digitisation of certain formalities and procedures. Perhaps conditioned by the need to guarantee due respect for the fundamental and procedural rights of the parties, which may be affected by certain practices carried out by telematic means, criminal judicial cooperation has lagged behind in this race towards digital transformation.

The aim of this paper is to analyse the steps taken on the road to the digitisation of civil judicial cooperation. To this end, we will dedicate a first section to the study of the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) from the civil perspective, evaluating the journey from the creation of the European Economic Community to the provisions of the Treaty of Lisbon. This is to lay the foundations that will allow us, in the following sections, to unpack the measures adopted for the sake of digitisation. We will thus see that the e-CODEX system has experienced its greatest development in civil matters, where digital forms have been implemented for the complete processing of certain procedures, as in the case of the European payment order procedure or the European small claims procedure. We will also analyse the

provisions of the Regulation of the European Parliament and of the Council on digitisation of judicial cooperation and access to justice in cross-border civil, commercial and criminal matters, which modifies the European rules governing procedures in which e-CODEX already plays an important role.

1. JUDICIAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS IN THE EUROPEAN UNION

The original antecedent to judicial cooperation in civil matters between Member States is to be found in the removal of obstacles to the free movement of goods, services, capital and merchandise. Indeed, the process of economic integration that is the European Union was not born with the aim of facilitating the transmission of judicial decisions between state

authorities, but with an eminently economic purpose. Thus, the establishment of a common market by means of the Treaty creating the European Economic Community of 27 March 1957²⁴⁸ represents a first approach to a kind of principle of mutual recognition and equivalence. The proper functioning of the principle, in the absence of harmonised rules for the marketing of certain products, requires a commitment by the Member States to accept on their internal markets, on the basis of mutual trust²⁴⁹, goods and services produced according to the legislation of another Community country²⁵⁰.

The experience gained in the economic field paved the way for the extrapolation of the principle of mutual recognition to the European judicial area and the consequent creation of what is known as the "fifth Community

²⁴⁸ Consolidated version in OJEC No C 325 of 24 December 2002.

²⁴⁹ FAGGIANI, V., "El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal. Elementos para una construcción dogmática", *Revista General de Derecho Europeo* 2016, n. 38, pp. 73 – 107, esp. pp. 74 – 75, available at <https://www.iustel.com/>, the author points out, in line with the above, that "in those matters that have not been the subject of harmonisation, the States must adopt all necessary and proportionate measures to achieve a fair balance between guaranteeing cross-border freedom and respecting the objectives and priorities of the European Union. Hence the strict relationship between the principle of mutual recognition and the institution of the internal market and its complementarity with the approximation of national criminal laws"; WISCHMEYER, T., "Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the

"Principle of Mutual Trust", *German Law Journal* 2016, Vol. 17, n. 3, pp. 339 – 382, esp. p. 351.

²⁵⁰ CJEU of 20 February 1979, Case C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42, para 15. In its commentary on the judgment, the Commission notes that "Any product imported from another Member State must in principle be admitted to the territory of the importing Member State if it has been lawfully produced, that is, conforms to rules and processes of manufacture that are customarily and traditionally accepted in the exporting country, and is marketed in the territory of the latter", Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in *Cassis de Dijon* (1980): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1980:256:FULL&from=ES> (accessed: 12 Decembre 2023).

freedom", which is presented as the free movement of judgments between the countries of the Union²⁵¹. In the civil field, this finds its manifestation in the Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters²⁵².

The Maastricht Treaty of 7 February 1992²⁵³ marked the beginning of a new stage. In its "Title VI - Provisions relating to cooperation in the fields of justice and home affairs" (known as JHA matters), Article K.3.2 empowers the Council to adopt common positions and actions in pursuit of the Union's objectives, including, in Article K.1, judicial cooperation in civil matters.

It was with the Treaty of Amsterdam of 2 October 1997²⁵⁴ that it became clear that cooperation between the civil courts of the different Member States has undergone, from its early origins, a more rapid evolution than that attributable to the criminal field²⁵⁵. Indeed, this text brings about the "communitization" of civil judicial cooperation, which passes into the so-called First Pillar, while criminal judicial

cooperation remains in the new Third Pillar, characterised by intergovernmentalism²⁵⁶.

Specifically, Article 73 of the Treaty of Amsterdam already referred to judicial cooperation in civil matters with cross-border implications, with a view to achieving three fundamental objectives:

Improve and simplify the system of cross-border service of judicial and extrajudicial documents; cooperation in the taking of evidence; and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, including extrajudicial matters.

Promote the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning conflict of laws and of jurisdiction.

Remove obstacles to the good functioning of civil proceedings by promoting, where necessary, the compatibility of the rules of civil procedure applicable in the Member States.

Since its proclamation as the "cornerstone" of judicial cooperation in civil and criminal matters in the European Union²⁵⁷, the principle of

²⁵¹ MÖSTL, M., "Preconditions and limits of mutual recognition", *Common Market Law Review* 2010, n. 2, pp. 405 – 436; KLIP, A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2012, p. 15; VAN BALLEGOOIK, W., *The nature of mutual recognition in European Law*, Intersentia, Cambridge, 2015, p. 45.

²⁵² OJEC No 27 of 26 January 1998.

²⁵³ OJEC No C 191 of 29 July 1992.

²⁵⁴ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, OJ C 340, 10 November 1997.

²⁵⁵ JIMENO BULNES, M., "European Judicial Cooperation in Criminal Matters", *European Law Journal* 2003, n. 9, pp. 614 – 630, esp. pp. 617 – 620.

²⁵⁶ JIMENO BULNES, M., "La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español", in M. Jimeno Bulnes (dir.) and C. Ruiz López (coord.), *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 27 – 81, esp. p. 30.

²⁵⁷ Presidency Conclusions to the Tampere European Council of 15 and 16 October 1999.

mutual recognition has been constantly developing through the adoption of legislation on instruments implementing the principle and the development of new models. All this in the aim to facilitate the issuance and enforcement of orders and judgments between Member States²⁵⁸.

After the failure of the project for the adoption of a European Constitution²⁵⁹, it was not until the Treaty of Lisbon of 13 December 2007²⁶⁰ that a legal expression of this principle was found, to which legislative approximation was added as an indissoluble complement. Together with this, Lisbon once again brings together the civil and criminal dimensions of judicial cooperation. With the abolition of the pillar structure and the disappearance of the normative instruments of the previous Third Pillar (such as the Framework Decisions), judicial cooperation is now redirected to the Area of Freedom, Security and Justice under Title V of the Treaty on the

Functioning of the European Union (TFEU). Article 81 TFEU is dedicated to civil matters, according to which "The Union shall develop judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, based on the principle of mutual recognition of judgments and decisions in extrajudicial cases. Such cooperation may include the adoption of measures for the approximation of the laws and regulations of the Member States".

This provision already expressly sets out the two basic principles upon which judicial cooperation will be based: mutual recognition and approximation of legislation²⁶¹. In accordance with the first, there is the successive adoption of legislative instruments for the enforcement in one Member State of judicial and extrajudicial decisions of the authorities of another²⁶². Thus, and by way of example, among the most significant rules we highlight Regulation (EU) 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12

See https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#b (accessed: 23 Decembre 2023). In particular, Conclusion 33: "Improved mutual recognition of judicial decisions and judgments and the necessary approximation of legislation would facilitate cooperation between authorities and the judicial protection of individual rights. The European Council therefore endorses the principle of mutual recognition, which it considers should be the cornerstone of judicial cooperation in civil and criminal matters in the Union. The principle should apply both to judgments and to other decisions of judicial authorities".

²⁵⁸ BANTEKAS, I, "The principle of mutual recognition in EU Criminal Law" *European Law Review* 2007, n. 3, pp. 365 – 385, esp. p. 366.

²⁵⁹ Treaty signed in Rome on 29 October 2004, OJEU No. C 310 of 16 December 2004; for its provisions on judicial cooperation in civil matters, see MIRELA, C., "Aspects Regarding the Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters", *EIRP Proceedings* 2009, n. 4, pp. 473 – 477, esp. p. 475.

²⁶⁰ OJEU No. C 306 of 17 December 2007.

²⁶¹ KRAMER, X., "Judicial Cooperation in Civil Matters", in P.J. Kuijper, F. Amtenbrink, D. Curtin, B. De Witte, A. McDonnell and S. Van den Bogaert (eds.), *The Law of the European Union*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018, pp. 721 – 740, esp. p. 726

²⁶² On mutual recognition in criminal decisions, generally, see KLIMEK, L., *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer, Cham, 2017.

December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters²⁶³. This Regulation, known as the Brussels I bis Regulation, is the result of a recasting of the successive amendments to the Brussels Convention of 27 September 1968, and is characterised by the complete elimination of exequatur as a procedure for the recognition of judgments of another Member State²⁶⁴.

Equally noteworthy are Regulation (EU) 655/2014 of the European Parliament and of the Council, of 15 May 2014, laying down the procedure for a European Account Preservation Order in order to simplify cross-border debt recovery in civil and commercial matters²⁶⁵; Council Regulation (EU) 2016/1104, of 24 June 2016, establishing enhanced cooperation in the fields of jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions in matters relating to the property consequences of registered partnerships²⁶⁶; or Council Regulation (EU) 2019/1111, of 25 June 2019, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of

judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility and international child abduction²⁶⁷. The latter two, adopted under Article 81(3) TFEU, are rules established by the Council through a special legislative procedure.

From the procedural point of view, legislative approximation had already manifested itself in the approval of regulatory instruments which. Although these instruments do not permit us to speak of a European Civil Procedure in the strict sense²⁶⁸, they do allow us to glimpse an approach to specific procedures²⁶⁹. Such is the case, for example, of Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure²⁷⁰, or Regulation (EC) 861/2007 of the European Parliament and of the Council, of 11 July 2007, establishing a European Small Claims Procedure²⁷¹. It is precisely in the application of these rules that we can insert the increasing digitisation of judicial cooperation in civil matters.

²⁶³ OJEU No L 351 of 20 December 2012.

²⁶⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 28 – 34.

²⁶⁵ OJEU No L 189 of 27 June 2014.

²⁶⁶ OJEU No L 183 of 8 July 2016.

²⁶⁷ OJEU No L 178 of 2 July 2019.

²⁶⁸ OSZTOVITS, A., “The Present and Possible Future of Judicial Cooperation in Civil Matters”, in A. Osztovits and J. Bóka (eds.) *The Policies of the European Union from a Central European Perspective*, Central European Academic

Publishing. Miskolc–Budapest, 2022, pp. 239 – 258, esp. p. 241.

²⁶⁹ VIDAL FERNÁNDEZ, B., “La propuesta de Directiva sobre el establecimiento de normas mínimas comunes para un proceso civil europeo”, in M. Jimeno Bulnes (dir.) and C. Ruiz López (coord.), *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 169 – 205, esp. p. 172.

²⁷⁰ OJEU No L 399 of 30 December 2006.

²⁷¹ OJEU No L 199 of 31 July 2007.

2. TOWARDS DIGITALISATION OF EUROPEAN JUDICIAL COOPERATION

Transformation in the social, economic and technological fields would render the rules of mutual recognition instruments without substance if they are not adequately adjusted to the digital age. The incorporation of digitisation in all facets of justice is destined to play an essential role²⁷².

However, it is undeniable that the use of digital means in the execution of judicial cooperation in criminal matters is not a subject to which the European legislator has paid attention only in the most recent years.

The Commission Communication "Towards a European e-Justice Strategy", issued on 30 May 2008, highlights the notion that the integration of information and communication technologies (ICT) in the administration of justice favours its optimal performance by simplifying procedures and reducing costs. It is thus stated that e-Justice can be defined as "the use of information and communication technologies to improve citizens' access to justice and the

efficiency of judicial action, understood as any activity consisting of resolving a dispute or punishing criminal conduct".

The aim is therefore to address a threefold need, which the Commission identifies as improving access to justice, strengthening judicial cooperation and the efficiency of the administration of justice itself. In this context, the European e-Justice Portal is conceived as an electronic platform designed to provide quick answers to legal questions²⁷³, such as how to apply for legal aid, how to guarantee the right to legal aid, how to determine the competent court or how to initiate proceedings through online forms.

Following the trend set by previous developments, following the entry into force of the Lisbon Treaty, digitisation has played a prominent role in the European Union's action to progressively shape the European Area of Justice²⁷⁴. In this way, judicial cooperation is promoted through systems for the automatic exchange of procedural data, the strengthening of telematic communication mechanisms and the interoperability of digital justice systems in the various Member States²⁷⁵.

²⁷² BARONA VILAR, S., "La digitalización y la algoritmización, claves del nuevo paradigma de justicia eficiente y sostenible", in I. Colomer Hernández (dir.), M.A. Catalina Benavente and S. Oubiña Barbolla (coords.), *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 75 – 115, esp. pp. 80 – 84

²⁷³ BUENO DE MATA, F., "Justicia online y ciudadanía: el Portal Europeo e-Justicia como medio de información y apoyo a los ciudadanos para solventar sus litigios transfronterizos",

Revista Europea de Derechos Fundamentales 2011, n. 18, pp. 191 – 219, esp. p. 192.

²⁷⁴ HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., "La digitalización de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: propuestas y perspectivas legislativas", in C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, E. Pillado González (dirs.) and P. Miguel Freitas (coord.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 281 – 306, esp. pp. 282 – 283.

²⁷⁵ BUENO DE MATA, F., "Interoperabilidad de sistemas de gestión procesal y debido proceso:

All this is done in the firm conviction that the promotion of Information and Communication Technologies (ICT) in their various forms will lead to closer, more efficient and streamlined cooperation.

This vision is embodied in the multi-annual "European e-Justice Action Plan 2009-2013"²⁷⁶. This plan envisages the establishment of a single European e-Justice portal with the aim of streamlining the exchange of information and data between judicial authorities. This objective is to be achieved through the compatibility and interconnection of the technical systems used by the justice administrations in the various Member States. The aim of "European e-Justice" is thus to "ensure the greatest possible compatibility between the various technical and organisational measures adopted for the applications of legal systems, while offering the greatest possible flexibility to the Member States", in order to achieve "an interoperable, efficient, secure and rapid exchange of information at the lowest possible cost"²⁷⁷.

The "Multi-annual European e-Justice Action Plan 2014 - 2018"²⁷⁸ sets out the following objectives for e-Justice: i) access to information in the field of justice through the European e-Justice Portal; ii) facilitating access to courts and out-of-court procedures in cross-border disputes; iii) improving communication between judicial authorities in different Member States.

So, the actual implementation of the "e-Codex" system²⁷⁹ is the result of the "European e-Justice Action Plan 2019 - 2023"²⁸⁰. This is the context for the adoption of Regulation (EU) 2022/850 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on a computerised system for the electronic cross-border exchange of data in the field of judicial cooperation in civil and criminal matters (e-Codex system) and amending Regulation (EU) 2018/1726²⁸¹. This legislation has marked a significant milestone in the process of digital transformation of European justice, highlighting three fundamental aspects: i) the interoperability of Member States'

experiencias a nivel nacional y europeo para alcanzar una verdadera digitalización de la justicia", in M. Llorente Sánchez-Arjona and S. Calaza López (dirs.), *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 151 – 178, esp. pp. 167 – 172.

²⁷⁶ OJEU No C 75 of 31 March 2009, pp. 1 - 12.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ OJEU No C 182 of 14 June 2014, pp. 2 – 13.

²⁷⁹ "e-justice Communication via Online Data Exchange". This is defined as "an open source software system whose operation is based on a gateway program, which ensures communication between different national

access points, and on a connector program, which supports the exchange of information between these points and also verifies the identity of their users", VICARIO PÉREZ, A. M., "Cooperación judicial digital en la Unión Europea: e-CODEX como sistema de intercambio electrónico transfronterizo de datos procesales", in P. R. Suárez Xavier and A. M. Vicario Pérez (dirs.), *Cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea: retos pendientes y nuevos desafíos ante la transformación digital del proceso*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 233 – 266, esp. pp. 240 – 241.

²⁸⁰ OJEU No C 96 of 13 March 2019, pp. 9 – 32.

²⁸¹ OJEU No. L 150 of 1 June 2022, p. 1 – 19.

digital procedural systems²⁸²; ii) access by legal operators and citizens to an electronic administration of justice²⁸³; iii) the streamlining of cross-border judicial processes through the use of telematic platforms for communication, data exchange²⁸⁴ and submission of documents, applications and forms.

In relation to this last aspect, it is true that the use of the "e-Codex" system in the course of cross-border proceedings has, however, undergone greater development in civil judicial cooperation, as evidenced by the introduction of specific electronic forms for the development of the European order for payment procedure or the European Small Claims Procedure. In criminal matters, the use of electronic mechanisms for the exchange of information is covered by the rules governing the transmission of orders for

the enforcement of pecuniary penalties²⁸⁵ and European Investigation Orders²⁸⁶, which refer to the use of any means that provide proof of their authenticity.

In the same vein, and certainly motivated by the COVID-19 pandemic²⁸⁷, the Council of the European Union published on 7 October 2020 the Conclusions "Access to justice: seizing the opportunities of digitisation"²⁸⁸, stressing that "measures such as the conduct of digital court proceedings, electronic communication between parties, courts and authorities, electronic transmission of documents and the holding of online hearings and conferences have already become important elements of the digital divide". It is also established that "measures such as digital court proceedings, electronic communication between

²⁸² Vid. Consideration 8 Regulation (EU) 2022/850: "The e-CODEX system provides an interoperable solution for the justice sector to connect to the IT systems of competent national authorities, such as the judiciary or other organisations. The e-CODEX system should therefore be considered as the preferred solution for the establishment of an interoperable, secure and decentralised network for communication between national IT systems in the field of judicial cooperation in civil and criminal matters".

²⁸³ Vid. Consideration 3 Regulation (EU) 2022/850: "Such a system should contribute to improving access to justice and transparency by enabling citizens and businesses to exchange documents and evidence in digital format with judicial or other competent authorities, where provided for by national or Union law. Such a system should enhance citizens' trust in the Union and mutual trust between judicial and other competent authorities of the Member States".

²⁸⁴ Vid. Consideration 9 Regulation (EU) 2022/850: "Electronic data exchange includes any content that can be transmitted in electronic form by means of the e-CODEX system, such as text, audio, visual or audiovisual recordings, in the form of structured or unstructured data, files or metadata".

²⁸⁵ Art. 4.3 Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, OJEU No. L 76 of 22 March 2005, pp. 16 - 30.

²⁸⁶ Vid. art. 7.1 Directive 2014/41/UE, op. cit.

²⁸⁷ MARCHAL ESCALONA, N., "El nuevo marco europeo sobre notificación y obtención de pruebas en el extranjero: hacia un espacio judicial europeo digitalizado", *Revista Española de Derecho Internacional* 2022, n. 47/1, pp. 155 – 179, esp. p. 155

²⁸⁸ Council Conclusions 11599/20, JHA 794, Brussels, 8 October 2020.

parties, courts and authorities, electronic transmission of documents and online hearings and conferences have already become important elements of efficient judicial administration in many Member States". In line with this, further progress in the use of digital technologies in Justice was called for at both European and national level with a view to strengthening cooperative efforts.

3. THE GROWING DIGITALISATION OF CIVIL JUDICIAL COOPERATION

As mentioned above, the implementation of the e-CODEX system is currently most reflected in the sphere of civil judicial cooperation, and its use in the European order for payment procedure or the European Small Claims Procedure can be highlighted.

In both procedures, e-CODEX allows the electronic lodging of claims with the competent authorities of the defendant's Member State of residence, by means of the dynamic forms ²⁸⁹ accessible through the European e-Justice Portal ²⁹⁰. Although the rules

governing the two procedures, which predate the creation of the e-CODEX system, do not logically provide for the use of such a system²⁹¹, it is clear from their wording that the European legislator is permissive with regard to technological means of bringing actions. Indeed, Article 7(5) of Regulation (EC) 1896/2006 specifies that the application for a European order for payment shall be submitted on paper or "by any other means of communication, including electronic means, accepted by the Member State of origin and available to the court of origin". In the same vein, Article 4(1) of Regulation (EC) 861/2007 determines that the claim may be submitted to the competent court by "post or by any other means of communication (fax, e-mail, etc.) accepted by the Member State in which the proceedings are instituted".

The same applies to electronic service and taking of evidence. Thus, for procedures governed by Regulation (EU) 2020/1784 of the European Parliament and of the Council of, 25 November 2020, on the service in the Member States of judicial and extrajudicial

²⁸⁹ Thus, forms such as the application for a European order for payment; the request to the claimant to complete or rectify the application; or the opposition to the order. See https://e-justice.europa.eu/156/ES/european_payment_order_forms (accessed: 15 September 2023).

²⁹⁰ VIDAL FERNÁNDEZ, B., "Novedades en el proceso europeo de escasa cuantía", en M. Jimeno Bulnes (dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo una perspectiva multidisciplinar*, J.M. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 33 – 82, esp. p. 77.

²⁹¹ It is referred, however, in the Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council creating a European order for payment procedure (COM (2015) 495 final, Brussels, 13 October 2015). In this regard, GARCIMARTÍN MONTERO, R., "The European order for payment procedure: a review ten years after its creation", *Actualities of Civil Procedural Law. National and Comparative Legal Theoretical and Practical Achievements* 2016, n. 2016, pp. 103 – 120, esp. p. 110.

documents in civil or commercial matters²⁹², there are specific online forms²⁹³. Article 7(1) of Regulation (EU) 2020/1783 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters²⁹⁴, provides that requests for the taking of evidence shall be transmitted through the decentralised electronic system consisting of e-CODEX²⁹⁵.

²⁹² OJEU No L 405 of 2 December 2020.

²⁹³ Form A. Request for service of a document; Form B. Request for establishment of the address of the person to be served with a document; Form C. Request for establishment of the address of the person to be served with a document; Form D. Acknowledgement of receipt; Form E. Request for additional information for the service of documents; Form F. Communication of return of the application and document; Form G. Communication of retransmission of the application and document to the territorially competent receiving agency; Form H. Acknowledgement of receipt by the territorially competent receiving agency to the transmitting agency; Form H. Communication of return of the application and document to the territorially competent receiving agency; Form H. Acknowledgement of receipt by the territorially competent receiving agency to the transmitting agency; Form I. Communication of return of the application and document to the territorially competent receiving agency; Form II. Communication of retransmission of the application and document to the territorially competent receiving agency; Form H. Acknowledgement of receipt from the territorially competent receiving agency to the transmitting agency; Form I. Request for information regarding compliance or non-compliance with formalities for service of documents; Form J. Reply to request for information regarding compliance or non-compliance with formalities for service of documents; Form K. Certificate of compliance or non-compliance with formalities

This previously limited regulation has been undoubtedly superseded by the entry into force of the Regulation (EU) 2023/2844, of 13 December 2023, of the European Parliament and of the Council on the digitalisation of judicial cooperation and access to justice in cross-border civil, commercial and criminal matters, and amending certain acts in the field of judicial cooperation²⁹⁶. Its main objective being the establishment of a legal framework for

for service of documents; Form L. Informing the addressee of the right to refuse to accept a document. Vid. https://online-forms.e-justice.europa.eu/online-forms/serving-documents-recast-forms_es (accessed: 12 December 2023).

²⁹⁴ OJEU No L 405 of 2 December 2020.

²⁹⁵ There are therefore specific forms: Form A - request for taking of evidence; Form B - acknowledgement of receipt of a request for taking of evidence; Form C - notice of transfer of a request for taking of evidence; Form D - request for supplementary information for the taking of evidence; Form E - acknowledgement of receipt of the provision of funds or advance; Form F - request for information on a delay; Form G - reply to request for information on a delay; Form H - notice concerning the request for special procedures or recourse to communications technology; Form I - notification of date, time and place of execution of the taking of evidence and conditions for participation; Form J - notification of delay; Form K - information on the execution of the request for taking of evidence; Form L - request for direct taking of evidence; Form M - information from the central body or competent authority concerning the direct taking of evidence; Form N - information on the technical aspects associated with the conduct of a videoconference or the use of other telecommunications technology. Vid https://online-forms.e-justice.europa.eu/online-forms/taking-evidence-recast-forms_es (accessed: 12 December 2023).

²⁹⁶ OJEU of 27 December 2023, pp. 1 – 29.

electronic communication between the competent authorities in judicial cooperation procedures, as well as between them and natural and legal persons, the exchange of information and forms will be carried out respectively through a "secure, efficient and reliable decentralised computerised system" (Article 3(1)) and through an electronic access point available on the European e-Justice Portal (Article 4). Only in cases where electronic communication is not possible, the competent authorities may resort to alternative means of transmitting information, such as in the event of a breakdown of the decentralised computer system, when the material transmitted is of a physical nature or in cases of force majeure (Article 3(2)).

It should be noted that the use of digital means is foreseen in civil judicial cooperation for both judicial and extra-judicial proceedings. In accordance with Annex I of the Regulation, in the civil and commercial field, cross-border exchange of information will be allowed and encouraged in the areas of: legal aid in cross-border disputes; European enforcement order for uncontested claims; European order for payment procedure; European small claims procedure; enforcement of decisions in matters relating to maintenance obligations; enforcement of decisions in matters of succession upon death; enforcement of judgments in civil and commercial matters; proceedings concerning the European Account Preservation Order; insolvency proceedings; enforcement of judgments on matrimonial property regimes;

enforcement of judgments on the property consequences of registered partnerships; and enforcement of judgments on matrimonial matters and on parental responsibility and international child abduction.

Thus, following some of the examples given above regarding the already common use of e-CODEX in certain procedures, with the entry into force of the Regulation, Article 7.5 of Regulation (EC) 1896/2006 will be reworded as follows: "The application shall be submitted by the means of electronic communication set out in Article 4 of Regulation (EU) 2023/2844 of the European Parliament and of the Council, on paper or by any other means of communication, including electronic means, accepted by the Member State of origin and available at the court of origin". Article 4(1) of Regulation (EC) 861/2007 shall read as follows: "The claimant shall commence the European Small Claims Procedure by completing standard claim form A, as set out in Annex I to this Regulation, and lodging it directly with the competent court or tribunal or by sending it by post, by the means of electronic communication set out in Article 4 of Regulation (EU) 2023/2844 of the European Parliament and of the Council or by any other means of communication (fax, e-mail, etc.) accepted by the Member State in which the court or tribunal of origin is located.) accepted by the Member State in which the proceedings are instituted. The claim form shall contain a description of the evidence on which the claim is based and shall be accompanied, where

appropriate, by any relevant supporting documents".

In order to streamline the management of such proceedings, Article 4(4) of the Regulation provides that the e-Justice Portal will contain information for natural and legal persons on their entitlement to legal aid, especially in cross-border proceedings. It will also allow their representatives to act on their behalf. According to this provision, the European electronic access point will enable natural and legal persons or their representatives to submit claims and applications, to send and receive relevant information from a procedural perspective, to communicate with the competent authorities or to receive service of documents, both in and out of court.

Finally, it is determined that, when a natural or legal person or their representative has expressly given their consent to use the European electronic access point as a means of communication, notification or transmission, the competent authorities shall communicate with that person or entity by means of this access point. In addition, they shall have the power to serve documents on him or her by the same means (Article 4(6)).

In addition to electronic communications through the E-Justice portal, the Regulation establishes a fourfold categorisation of electronic means: (i) videoconferencing or other

remote communication technologies; (ii) electronic signatures and seals; (iii) electronic documents; (iv) electronic payment of fees.

Of particular interest is the first point, where Article 5 of the Regulation refers to participation in a hearing by videoconference or by means of other remote communication technologies in civil and commercial matters. It is thus indicated that the competent authority shall decide on the use of this technology on the basis of three criteria, namely: the availability of such technologies; the views of the parties to the proceedings on the use of such technologies; and the appropriateness of the use of such technology in the specific circumstances of the case.

Finally, we would like to mention, at least briefly, the manifestations of digitalisation in the extrajudicial sphere, particularly in Alternative Dispute Resolution (ADR). The Electronic Platform for Online Consumer Dispute Resolution, regulated by Regulation (EU) 524/2013 of the European Parliament and of the Council, of 21 May 2013, on resolving consumer disputes online and amending Regulation (EC) 2006/2004 and Directive 2009/22/EC²⁹⁷, is significant in terms of its development and usefulness. Its purpose is to provide "a European online dispute resolution platform to facilitate the out-of-court resolution of disputes between consumers and traders online in an

²⁹⁷ OJEU L 165 of 18 June 2013, pp. 1 - 12. Article 4(1)(g) defines "electronic means" as "electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data in which all

transmission, sending and receiving operations are performed by wire, by radio, by optical or by other electromagnetic means".

independent, impartial, transparent, effective and fair manner” (Article 1). Its basic functions are to facilitate communication between the parties through the electronic submission of complaints, as well as with the ADR entity. In other words, it is presented as a one-stop shop for consumers and traders who wish to settle their dispute out-of-court²⁹⁸, in such a way that the platform provides an electronic complaint form that will be forwarded after completion to the mediating entity, after informing the complained party.

CONCLUSIONS

I. While judicial cooperation in criminal matters is still based exclusively on the principles of mutual recognition and legislative approximation as a manifestation of respect for the legal traditions of the Member States, these same principles have led to the introduction of certain European procedures in the area of judicial cooperation in civil matters. Although it is not possible to speak, at least to date, of a European civil procedure in the strict sense, the step has been taken to regulate the handling of procedures such as the order for payment or small claims procedure. This is, we insist, a notable difference with respect to judicial cooperation in criminal matters, where the reluctance of the Member States to cede the exercise of *ius puniendi* results

in the non-existence of common proceedings at European level.

II. The existence of this type of European civil proceedings is precisely what has led to the greatest progress in the civil field of judicial cooperation between Member States. In this respect, the e-Justice portal makes electronic forms available to natural and legal persons for the processing of proceedings. This is the case of the European order for payment; small claims; the European account preservation order; the mutual recognition of protective measures; the European Certificate of Succession; or the European Enforcement Order.

III. Alongside the digitisation of civil proceedings, the introduction of technological systems for the transfer and taking of evidence or the service of process is also taking place. This has undoubtedly been reinforced by the adoption of Regulation (EU) 2022/850 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on a computerised system for the electronic cross-border exchange of data in the field of judicial cooperation in civil and criminal matters (e-Codex system) and amending Regulation (EU) 2018/1726. It expressly regulates the use of the e-CODEX system as a decentralised electronic platform for the secure, efficient and reliable exchange of information.

IV. Equally transcendental has been the approval, on 11 December

²⁹⁸ VALBUENA GONZÁLEZ, F., “La Plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo”, *Revista de Derecho*

Comunitario Europeo 2015, n. 52, pp. 987 – 1016, esp. p. 990.

2023, of the Regulation of the European Parliament and of the Council on digitisation of judicial cooperation and access to justice in cross-border civil, commercial and criminal matters and amending certain legislative acts in the field of judicial cooperation. The European rules governing the aforementioned European civil procedures (such as Regulation (EC) 1896/2006 on the European order for payment procedure and Regulation (EC) 861/2007 on small claims, among others) have been amended to expressly provide for the processing of such procedures by means of e-CODEX.

V. In short, the digitisation of civil judicial cooperation is a priority strategy on the European agenda. The approval of mutual recognition and legislative approximation instruments would be empty of content if it were not accompanied by the introduction of new systems that guarantee their effectiveness.

REFERENCES

- BANTEKAS, I, “The principle of mutual recognition in EU Criminal Law” *European Law Review* 2007, n. 3, pp. 365 – 385.
- BARONA VILAR, S., “La digitalización y la algoritmización, claves del nuevo paradigma de justicia eficiente y sostenible”, in I. Colomer Hernández (dir.), M.A. Catalina Benavente and S. Oubiña Barbolla (coords.), *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 75 – 115.
- BUENO DE MATA, F., “Interoperabilidad de sistemas de gestión procesal y debido proceso: experiencias a nivel nacional y europeo para alcanzar una verdadera digitalización de la justicia”, in M. Llorente Sánchez-Arjona and S. Calaza López (dirs.), *Digitalización de la justicia: prevención, investigación y enjuiciamiento*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 151 – 178.
- BUENO DE MATA, F., “Justicia online y ciudadanía: el Portal Europeo e-Justicia como medio de información y apoyo a los ciudadanos para solventar sus litigios transfronterizos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 2011, n. 18, pp. 191 – 219.
- FAGGIANI, V., “El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal. Elementos para una construcción dogmática”, *Revista General de Derecho Europeo* 2016, n. 38, pp. 73 – 107.
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., “The European order for payment procedure: a review ten years after its creation”, *Actualities of Civil Procedural Law. National and Comparative Legal Theoretical and Practical Achievements* 2016, n. 2016, pp. 103 – 120.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Reconocimiento y ejecución de*

- resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “La digitalización de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: propuestas y perspectivas legislativas”, in C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, E. Pillado González (dirs.) and P. Miguel Freitas (coord.), *El proceso penal ante una nueva realidad tecnológica europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 281 – 306.
- JIMENO BULNES, M., “La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español”, in M. Jimeno Bulnes (dir.) and C. Ruiz López (coord.), *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 27 – 81.
- JIMENO BULNES, M., “European Judicial Cooperation in Criminal Matters”, *European Law Journal* 2003, n. 9, pp. 614 – 630.
- KLIP, A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2012.
- KRAMER, X., “Judicial Cooperation in Civil Matters”, in P.J. Kuijper, F. Amtenbrink, D. Curtin, B. De Witte, A. McDonnell and S. Van den Bogaert (eds.), *The Law of the European Union*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018, pp. 721 – 740.
- MARCHAL ESCALONA, N., “El nuevo marco europeo sobre notificación y obtención de pruebas en el extranjero: hacia un espacio judicial europeo digitalizado”, *Revista Española de Derecho Internacional* 2022, n. 47/1, pp. 155 – 179.
- MIRELA, C., “Aspects Regarding the Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters”, *EIRP Proceedings* 2009, n. 4, pp. 473 – 477.
- MÖSTL, M., “Preconditions and limitis of mutual recognition”, *Common Market Law Review* 2010, n. 2, pp. 405 – 436.
- OSZTOVITS, A., “The Present and Possible Future of Judicial Cooperation in Civil Matters”, in A. Osztovits and J. Bóka (eds.) *The Policies of the European Union from a Central European Perspective*, Central European Academic Publishing. Miskolc-Budapest, 2022, pp. 239 – 258.
- VALBUENA GONZÁLEZ, F., “La Plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2015, n. 52, pp. 987 – 1016.
- VAN BALLEGOOIK, W., *The nature of mutual recognition in European Law*, Intersentia, Cambridge, 2015.
- VICARIO PÉREZ, A. M., “Cooperación judicial digital en la Unión Europea: e-CODEX como sistema de intercambio electrónico transfronterizo de

- datos procesales”, en P. R, Suárez Xavier and A. M. Vicario Pérez (dirs.), *Cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea: retos pendientes y nuevos desafíos ante la transformación digital del proceso*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 233 – 266.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., “La propuesta de Directiva sobre el establecimiento de normas mínimas comunes para un proceso civil europeo”, en M. Jimeno Bulnes (dir.) and C. Ruiz López (coord.), *La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 169 – 205.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., “Novedades en el proceso europeo de escasa cuantía”, en M. Jimeno Bulnes (dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo una perspectiva multidisciplinar*, J.M. Bosch, Barcelona, 2016, pp. 33 – 82.
- WISCHMEYER, T., “Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the “Principle of Mutual Trust””, *German Law Journal* 2016, Vol. 17, n. 3, pp. 339 – 382.

A MEDIAÇÃO FAMILIAR NOS PROCESSOS JUDICIAIS DE REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS: UMA VIA PARA A COPARENTALIDADE POSITIVA?^{299 300 301}

FAMILY MEDIATION IN PARENTAL RESPONSIBILITY PROCEEDINGS: TOWARDS POSITIVE CO-PARENTING?

Ana Raquel Magalhães Barbosa

Doutoranda em Direito Processual Civil pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Bolseira de Investigação pela Fundação para a Ciência e Tecnologia. E-mail: rakelbarbosa@hotmail.com.

Lurdes Varregoso Mesquita

Doutora em Direito; Professora Adjunta do Instituto Politécnico do Porto; Professora Auxiliar da Universidade Portucalense; Investigadora do IJP – Instituto Jurídico Portucalense. E-mail: mlcm@estg.ipp.pt; Lvm@upt.pt.

RESUMO: A mediação, enquanto meio de resolução alternativa de litígios, pode assumir um papel preponderante na mitigação de conflitos de natureza familiar. Nos processos judiciais de regulação do exercício das responsabilidades parentais, a possibilidade de intervenção dos serviços públicos ou privados de mediação é reconhecida na lei, como manifestação da preferência legislativa por soluções consensualizadas. Aquilo que se pretende é que ambas as partes busquem a solução que melhor se

adeque ao superior interesse da criança, tendo em conta a sua concreta realidade familiar. Este estudo, além de dar a conhecer a possibilidade de intervenção da mediação familiar nos processos judiciais de regulação do exercício das responsabilidades parentais, pretende evidenciar a importância da mediação como instrumento eficaz na elaboração de acordos que promovam a corresponsabilização parental. Investigar como a mediação familiar pode influenciar a dinâmica da parentalidade, examinando a eficácia

²⁹⁹ Artigo recebido em 19/02/2024 e aprovado em 20/06/2024.

³⁰⁰ O presente texto corresponde à comunicação apresentada no II Congresso Internacional de Direito Processual Civil sobre os “DESAFIOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA”, realizado na Universidade Portucalense, a 15 e 16 de dezembro de 2023, organizado pelo Instituto Jurídico Portucalense, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Universidade Estácio de Sá, a Universidade de Vigo, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação Brasileira Elas no Processo e com a Associação dos Registradores Cíveis de Pessoas Naturais do Brasil (ARPEN BR), com o apoio do Contrato Programa UIDB/04112/2020, financiado por fundos nacionais da República Portuguesa, através da FCT I.P.

³⁰¹ O presente artigo foi elaborado ao abrigo de uma bolsa de doutoramento concedida pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, cofinanciada por verbas provenientes do Orçamento de Estado do Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior.

dos acordos estabelecidos durante o processo de regulação das responsabilidades parentais e as vantagens que resultam da sua adoção é o que nos propomos desenvolver. Conclui-se pela necessidade premente da criação de estratégias-chave que fomentem o acesso à mediação, sensibilizando os profissionais forenses para o seu impacto no sucesso do cumprimento do que houver sido acordado quanto aos termos por que se devem reger as responsabilidades parentais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidades parentais; mediação familiar; coparentalidade; criança.

ABSTRACT: Mediation, as a means of alternative dispute resolution, can play a leading role in mitigating family conflicts. In judicial processes regulating the exercise of parental responsibilities, the possibility of intervention by public or private mediation services is recognized in the law, as a manifestation of the legislative preference for consensual solutions. What is intended is for both parties to seek the solution that best suits the best interests of the child, considering their concrete family reality. This study, in addition to raising awareness of the possibility of family mediation intervening in judicial processes regulating the exercise of parental responsibilities, aims to highlight the importance of mediation as

an effective instrument in drafting agreements that promote parental co-responsibility. Investigating how family mediation can influence the dynamics of parenting, examining the effectiveness of agreements established during the process of regulating parental responsibilities and the advantages that result from their adoption is what we propose to develop. It is concluded that there is a pressing need to create key strategies that encourage access to mediation, raising awareness among forensic professionals about its impact on the successful fulfillment of what has been agreed regarding the terms under which parental responsibilities should be governed.

KEYWORDS: Parental responsibilities; family mediation; coparenting; child.

INTRODUÇÃO

A família, enquanto célula *mater* da sociedade, é altamente permeável à realidade social de que emerge, em cada época. As concepções da *família* refletem as ideologias e os princípios que vigoram numa sociedade, num determinado período histórico. Nos últimos anos, a dinâmica das relações familiares tem enfrentado transformações significativas, em especial, no período que se seguiu à Revolução dos Cravos, as quais têm ecoado na legislação e nas instâncias judiciais³⁰².

³⁰² FIGUEIREDO, Pedro Raposo. A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais – a questão

(pendente) do acordo dos progenitores. *Revista Julgar*, n.º 33, Almedina, 2017, pp. 89-90.

No domínio das responsabilidades parentais, campo onde se situará a nossa análise, assistiu-se, nos últimos anos, a uma progressiva acentuação do papel da criança enquanto *sujeito de direitos* e à afirmação do seu *superior interesse* como princípio orientador e critério de decisão nos processos judiciais de regulação do exercício das responsabilidades parentais. No entanto, a complexidade destes processos – porque tocam em questões que não são exclusivas do Direito – exige uma abordagem sensível e capaz de mitigar os conflitos familiares.

No contexto jurídico da regulação das responsabilidades parentais, a dinâmica parental entre progenitores separados ou divorciados é frequentemente um campo de tensões e conflitos. A busca pela solução que melhor se coadune ao superior interesse da criança pode, de facto, ser um desafio para os progenitores que, movidos pela mágoa que o fim da relação deixara, perdem, tantas vezes, o foco para a resolução das questões em equação.

A *autocomposição* do conflito sempre será a via mais prudente para a promoção do desenvolvimento saudável da criança, favorecendo o seu bem-estar. É nesse cenário que a mediação familiar pode desempenhar um papel preponderante, não apenas na mitigação dos conflitos familiares, mas

na promoção de acordos que estimulem a *coparentalidade*.

Este artigo propõe uma análise do papel da mediação familiar nos processos judiciais de regulação das responsabilidades parentais, enquanto terreno fértil para a construção de acordos baseados no diálogo e na cooperação mútua entre os pais, em vista da promoção da igualdade parental na prestação de cuidados à criança. Procura-se analisar, do ponto de vista jurídico, a possibilidade de intervenção da mediação familiar no seio dos processos judiciais de regulação das responsabilidades parentais, previstos, em tese geral, nos artigos 34.º e seguintes do Regime Geral do Processo Tutelar Cível³⁰³ (adiante RGPTC), e de que forma a mediação familiar pode contribuir para a promoção da *parentalidade positiva*.

1. COPARENTALIDADE: UM CONCEITO EM ASCENSÃO

Durante as últimas décadas, vários estudos de outras ciências, mormente da psicologia, tentaram demonstrar a relação direta entre a qualidade da relação conjugal, a parentalidade e o impacto no desenvolvimento da criança associado à díade conjugal e parental. Nesse pressuposto, constatou-se que quanto melhor fosse a qualidade daquelas relações, melhor seriam, naturalmente, os níveis de bem-estar das crianças³⁰⁴.

³⁰³ Aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, publicada em *D. R. Série I* 175 (2015-09-08).

³⁰⁴ Cfr. LAMELA, Diogo; NUNES-COSTA, Rui; FIGUEIREDO, Bárbara, “Modelos teóricos das relações coparentais: revisão crítica”, *Psicologia*

Nas famílias com pais divorciados ou separados, o papel da coparentalidade tem sido central nos estudos das relações familiares. Inexiste, no entanto, consenso generalizado na literatura do que deve entender-se por aquele conceito.

Sabe-se que a coparentalidade traduz-se no envolvimento *conjunto* e *recíproco* de ambos os progenitores na educação, manutenção e tomada de decisões sobre a vida dos filhos. Conceptualmente, a coparentalidade existe quando ambos os pais assumem conjuntamente a prestação de cuidados à criança, partilhando a responsabilidade sobre aquela³⁰⁵. Por inerência, a coparentalidade está associada a uma cultura de “*partilha de responsabilidade*”³⁰⁶, devendo, no entanto, ser pontuada casuisticamente, em função do contexto sociológico em que a criança se encontra inserida³⁰⁷.

A investigação científica tem apontado para a importância da criança

manter o relacionamento e os vínculos afetivos com ambos os progenitores e respetivos familiares, após a separação ou divórcio³⁰⁸. O objetivo é claro: diminuir o impacto negativo que a separação acarreta, ou pode acarretar, nas crianças. Tem-se desmontado a ideia (e a tendência jurisprudencial) de que a figura parental que esteve mais presente nos primeiros meses ou anos de vida da criança é a única vinculação fundamental para aquela³⁰⁹.

Na verdade, a figura primária de referência, ou *primary caretaker* na expressão anglo-saxónica, já há muito que se revela inadequada³¹⁰. A doutrina desta figura não é compatível com sistemas modernos que privilegiam o exercício em comum das responsabilidades parentais, o regime de residência alternada entre os progenitores e o respeito pelo superior interesse da criança. Cada progenitor deve – ou, pelo menos, deveria – ser a figura de referência para a criança³¹¹.

em *Estudo*, vol. 15, n.º 1, janeiro/março 2010, pp. 191-192.

³⁰⁵ ROBERTS, Marian, *Mediation in family disputes: principles of practice*. 3rd ed. England, Ashgate, 2008, pp. 77-79.

³⁰⁶ A expressão é de OLIVEIRA, Guilherme de, “Critérios jurídicos da parentalidade”, in *IDEM, Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 286-288.

³⁰⁷ LAMELA, Diogo; NUNES-COSTA, Rui; FIGUEIREDO, Bárbara, *Modelos teóricos das relações coparentais: revisão crítica*, op. cit., p. 192.

³⁰⁸ Cfr., *inter alia*, STEINBACH, Anja; AUGUSTIJN, Lara. Children’s well-being in sole and joint physical custody families. *Journal of Family Psychology*, vol. 36, no. 2, May 2022, pp. 301-311 e NIKOLINA, Natalie. Divided parents, shared children: legal aspects of (residential) co-

parenting in England, the Netherlands and Belgium. *European Family Law Series*, vol. 39, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2015, pp. 66 e 144-145.

³⁰⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 20/02/2017, proferido no processo n.º 1530/14.2TMPRT-A.P1, relatado por Manuel Domingos Fernandes.

³¹⁰ Neste sentido, OLIVEIRA, Guilherme de, «Ascensão e queda da doutrina do “cuidador principal”», *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, vol. 8, n.º 6, Coimbra, 2011, pp. 5-17 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 14/01/2021, proferido no processo n.º 740/18.8T8AGH.L1-2, relatado por Pedro Martins.

³¹¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*. 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, pp. 289-291.

Tem-se defendido que a residência alternada da criança com ambos os pais é a solução que melhor promove as vantagens que daí resultam para a criação, desenvolvimento e solidificação dos vínculos afetivos próprios da filiação³¹² e melhor contribui para o seu bem-estar³¹³. Por essa razão, assiste-se a uma tendência generalizada, um pouco por toda a Europa, na adoção deste regime, a par do exercício conjunto das responsabilidades parentais, em vista de uma parentalidade mais igualitária entre mãe e pai após o divórcio.

No fundo, o que se pretende é a promoção da corresponsabilidade parental na prestação de cuidados à criança, o qual deve ser o paradigma a seguir sempre que corresponda ao seu superior interesse (cfr. artigo 1906.º,

n.ºs 6 e 8 do Código Civil (adiante CC))³¹⁴.

Entre nós, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, instituiu o exercício conjunto das responsabilidades parentais relativamente às questões de particular importância da vida do filho como regime regra, só podendo ser afastado em casos excecionais se se mostrar contrário aos interesses do filho³¹⁵ (artigo 1906.º, n.º 1 do CC). Nessa hipótese, deve o tribunal (e só este), mediante decisão fundamentada, determinar que as responsabilidades parentais devam ser exercidas apenas por um dos progenitores (n.º 2, *idem*).

Já no que diz respeito ao exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho, este cabe ao progenitor que com ele reside habitualmente ou ao

³¹² Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 12/01/2023, proferido no processo n.º 7918/20.2T8SNT-E.L1-6, relatado por Manuel Rodrigues.

³¹³ FIGUEIREDO, Pedro Raposo. *A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais – a questão (pendente) do acordo dos progenitores*, op. cit., p. 94 e VIEIRA, Frederico Soares. “Exercício das responsabilidades parentais – alguns olhares”, in *Temas do Direito da Família e Crianças*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, outubro 2022, pp. 179-192. Para melhor desenvolvimento dos estudos de investigação sobre os efeitos do divórcio e da guarda conjunta nas crianças consultar, entre nós, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. 8.ª ed. reimpressão, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 357-435.

³¹⁴ No sentido do texto, cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 07/11/2023, proferido no processo n.º 1243/22.1T8PDL.L1-7, relatado por Edgar Taborda Lopes.

³¹⁵ Considera-se que o exercício conjunto das responsabilidades parentais é contrário aos interesses do filho se for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou se estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como sejam os maus-tratos perpetuados à criança ou o abuso sexual de menores. Assim o determina o recente artigo 1906.º-A do CC. A este propósito, cfr., entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 10/02/2022, proferido no processo n.º 3128/18.7T8VFR-B.P1, relatado por Filipe Carço; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11/01/2022, proferido no processo n.º 20994/15.0T8SNT-E-7, relatado por Luís Filipe Pires de Sousa e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 22/03/2018, proferido no processo n.º 297/15.1T8PTM-C.E1, relatado por Tomé Ramião.

progenitor que com ele se encontre temporariamente³¹⁶. Sendo certo que este último não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor residente (n.º 3, *idem*).

A Lei n.º 61/2008, além de alterar a nomenclatura tradicional do instituto – que passara de *poder paternal* para *responsabilidade parental* –, veio abrir caminho à tutela jurídica da necessidade de promoção da vinculação afetiva da criança com ambos os progenitores, com vista de uma parentalidade positiva.

Foi com esse intuito que, recentemente, o legislador português veio estabelecer as condições em que o tribunal pode decretar a *residência alternada* do filho com ambos os progenitores, com a aprovação da Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro. A partir de

então, o artigo 1906.º, n.º 6 do CC passou a prever o seguinte: “[q]uando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos”³¹⁷. Quer com isto dizer que o tribunal não se encontra vinculado aos acordos dos progenitores, podendo decretar a residência alternada do filho com ambos, em função de uma determinada periodicidade, se essa solução corresponder ao superior interesse da criança³¹⁸.

A opção legal pelo *exercício conjunto* das responsabilidades parentais com *guarda física alternada* da criança, à margem do acordo dos

³¹⁶ O legislador português não definiu o que deve entender-se por “*questões de particular importância*”, “*atos da vida corrente*” ou “*orientações educativas mais relevantes*”, nem tão-pouco ofereceu um elenco exemplificativo, delegando essa tarefa para a doutrina e para a jurisprudência. Tratam-se, pois, de conceitos indeterminados, cuja densificação deverá ser concretizada caso a caso pelas instâncias judiciais. A este propósito, indicam-se alguns acórdãos, a título meramente exemplificativo, que definem estes conceitos e que têm sido aceites pela doutrina. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 21/10/2020, proferido no processo n.º 9527/18.7T8LSB-C.L1.S1, relatado por António Magalhães; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 02/12/2021, proferido no processo n.º 17659/19.8T8PRT-C.P1, relatado por Isoleta de Almeida Costa; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 04/06/2020, proferido no processo n.º 1742/19.2T8ALM-A.L1-2, relatado por Arlindo Costa e datado de 02/05/2017,

proferido no processo n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1, relatado por Pedro Brighton.

³¹⁷ Cfr., *inter alia*, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 23/02/2021, proferido no processo n.º 1671/18.7T8VIS-D.C1, relatado por Luís Cravo.

³¹⁸ Como pode ler-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 12/01/2023, proferido no processo n.º 7918/20.2T8SNT-E.L1-6, relatado por Manuel Rodrigues, “mesmo não existindo acordo entre os pais, a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais – artigo 1906.º do Cód. Civil –, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes ou se mostrar que a medida não promove os interesses do filho, porquanto, em abstrato, é a situação que se encontra mais próxima da vivência em comum entre pais e filhos e melhor promove as vantagens daí resultantes para a criação, desenvolvimento e solidificação dos vínculos afetivos próprios da filiação”.

progenitores, configura a resposta dada pelo legislador português ao repto deixado aos Estados-Membros com a Recomendação REC (2016) 19 do Conselho da Europa³¹⁹, sobre a política de apoio à parentalidade positiva³²⁰. No entanto, apesar da nova previsão, cremos que a solução ideal sempre será a do *consenso*, pois é aqui que se cruza o caminho mais seguro para essa parentalidade positiva, centrada nos interesses dos filhos e na busca pela igualdade dos progenitores no cuidado daqueles.

É inegável que regimes que fomentam a coparentalidade constituem indubitavelmente a melhor solução para a criança, pois permite-lhe dar “*dois pais, em vez de um só ou de um e meio*”³²¹ (grifo nosso). Contudo, acreditamos que o sucesso do seu cumprimento está diretamente ligado à assunção por parte dos progenitores da responsabilidade pela criança. Por isso, decisões homologatórias de acordos de coparentalidade terão, na prática, uma maior chance de cumprimento, o que dificilmente uma decisão judicial consegue alcançar³²². E é precisamente numa tentativa de privilegiar a consensualização entre as partes que

surgem os serviços de *mediação familiar*. Vejamos.

2. A INTERVENÇÃO DA MEDIAÇÃO FAMILIAR NOS PROCESSOS JUDICIAIS DE REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

A necessidade de regular o exercício das responsabilidades parentais – cujo conteúdo se estabelece no artigo 1878.º, n.º 1 do CC – surge se e *quando* existam filhos menores de idade e se verifique a dissolução ou a inexistência primária da vida em comum entre os progenitores.

Assim, nos casos de divórcio, separação de facto, separação judicial de pessoas e bens, anulação ou declaração de nulidade do casamento, dissolução da união de facto, bem como nos casos em que a filiação se encontra estabelecida relativamente a ambos os progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges surge a necessidade de definir uma nova situação jurídica para a criança.

Este processo engloba atualmente quatro questões essenciais à vida do(a) filho(a): o modelo de exercício das responsabilidades parentais; a determinação da residência

violência, proporcionando-lhe o reconhecimento e a orientação necessários, o que implica o estabelecimento de limites ao seu comportamento, para possibilitar o seu pleno desenvolvimento”.

³²¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Estudos de Direito da Família e das Crianças*. 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 280-281.

³²² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades...*, op. cit., p. 51.

³¹⁹ A Recomendação REC (2016) 19 do Comité de Ministros do Conselho das Europa para os Estados-membros sobre a política de apoio à parentalidade positiva foi adotada no dia 13 de dezembro de 2006, na 983.ª assembleia dos Delegados dos Ministros.

³²⁰ A Recomendação ora enunciada define a *parentalidade positiva* “como um comportamento parental baseado no melhor interesse da criança, que assegura a satisfação das suas necessidades e a sua capacitação, sem

habitual; a definição do regime de convívio entre a criança e o progenitor não residente (direito de visitas); e a fixação do montante dos alimentos e do modo de os prestar (*cfr.*, entre outros, os artigos 1905.º e 1906.º, ambos do CC).

A obtenção de um *acordo* entre progenitores constitui a primeira forma de regulação do exercício das responsabilidades parentais. A sua admissibilidade fica, no entanto, dependente de homologação judicial que ateste a sua conformidade com o superior interesse da criança. Trata-se do requisito ou *conditio iuris* para que vincule as partes e adquira eficácia jurídica³²³. Na falta de acordo, reserva-se a função jurisdicional e a competência é exclusiva dos tribunais judiciais.

Cientes das vantagens que a conciliação acarreta na prática, são várias as razões que nos levam a admitir a preferência legislativa pela obtenção de um acordo entre os progenitores quanto à regulação das responsabilidades parentais. A *desjudicialização* dos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais (*cfr.* artigos 274.º-A e seguintes do Código do Registo Predial), assim como a elevação da *consensualização* a princípio orientador de intervenção nos processos tutelares cíveis, *rectius* no

artigo 4.º, n.º 1, al. b) do RGPTC, tornou clara esta primazia, dando ênfase ao princípio de que os pais, melhor que ninguém, saberão, em cada momento, definir o que é melhor para os seus filhos³²⁴.

No entanto, e porque surgem, nas mais das vezes, na sequência da rutura da vida conjugal, os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais arcam com componentes emocionais associadas ao fim do relacionamento e que podem colocar entraves à discussão e tentativa de conciliação entre as partes nas várias questões a resolver. Com o intuito de mitigar os conflitos familiares, devolvendo aos progenitores o foco da regulação – o *superior interesse da criança* – a lei coloca à disposição das partes o recurso aos serviços de mediação familiar, seja nos processos administrativos ou judiciais, com vista à obtenção de um acordo que pacifique a vida familiar, após a rutura, e viabilize o seu sucesso.

Retratando especificamente a possibilidade de recurso à mediação familiar nos processos judiciais de regulação das responsabilidades parentais, o juiz pode determinar a intervenção dos serviços públicos ou privados de mediação, em qualquer estado da causa, oficiosamente com o

³²³ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, datado de 08/03/2022, proferido no processo n.º 610/17.7T8CVL-B.C1, relatado por Cristina Neves, segundo o qual: “o *acordo extrajudicial sobre a regulação das responsabilidades parentais é válido desde que seja homologado por decisão judicial*” (grifo nosso).

³²⁴ MENDES, Maria Oliveira. Regulação do exercício das responsabilidades parentais por mútuo acordo nas Conservatórias do Registo Civil: as incongruências do sistema e a intervenção do Ministério Público. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 1, Lisboa, 2020, pp. 133-134.

consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, devendo informar os interessados sobre a existência e os objetivos da mediação familiar (cfr. artigo 24.º, n.ºs 1 e 2 do RGPTC). Esta imposição da necessidade de requerimento ou consentimento dos interesses advém da *voluntariedade* que caracteriza a mediação³²⁵.

Esta característica, que se traduz, de igual modo, num princípio geral da mediação (familiar), traduz-se na liberdade das partes em querer solucionar o conflito através deste procedimento. Esta encontra-se vertida não apenas num momento inicial em que as partes se dirigem à mediação, mas durante toda a pendência daquela, já que poderão cessar o procedimento a todo o tempo (cfr. artigo 4.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril)³²⁶.

De modo inovador, o *novo* RGPTC prevê no seu artigo 38.º que, se ambos os pais, presentes ou representados na conferência, não alcançarem acordo que seja homologado, o juiz deve decidir *provisoriamente* sobre o pedido em função dos elementos já obtidos no processo, *suspender* a conferência e *remeter* as partes para mediação familiar, pelo período máximo de três meses, ou audição técnica especializada, por um período máximo

de dois meses, nos termos das alíneas a) e b) daquele normativo.

Ambos os instrumentos são manifestações do princípio da *consensualização* vertido na alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º, dando expressão à preferência legislativa por soluções consensualizadas na resolução dos conflitos, ao invés de uma decisão judicial que as imponha. Este normativo veio, por sua vez, integrar no ordenamento jurídico português aquilo que o artigo 13.º da Convenção de Estrasburgo³²⁷ já propunha, em 1996, aos Estados, no sentido de “*evitar processos perante uma autoridade judicial que digam respeito a crianças*”.

Afasta-se, todavia, a possibilidade de recurso à mediação (e à audição técnica especializada) quando tenha sido “*decretada medida de coação ou aplicada medida acessória de proibição de contacto entre os progenitores, ou estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças*”, conforme determina o artigo 24.º-A do mesmo código.

Este preceito foi aditado pelo legislador português, em 2017, na

³²⁵ CRUZ, Rossana Martingo. Anotação ao artigo 24.º, in DIAS, Cristina Araújo; BARROS, João Nuno; CRUZ, Rossana Martingo (coord.), *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*. Coimbra, Almedina, 2022, pp. 211-212.

³²⁶ Neste sentido, CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar. Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Centro de

Direito da Família, n.º 25, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 75-76.

³²⁷ Entenda-se, a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996, acolhida pela ordem jurídica portuguesa pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13 de dezembro e pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de janeiro.

sequência da Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, numa tentativa de proteger as vítimas de violência em contexto familiar nos processos de conciliação/negociação com o agressor. Alertado pelas associações de defesa dos direitos das mulheres e das crianças (Associação Projeto Criar) para as fragilidades das vítimas de violência naqueles processos, o legislador introduziu uma exceção à possibilidade de recurso à mediação familiar e à audição técnica especializada³²⁸.

Este limite surge, também, no seguimento do disposto no artigo 48.º, n.º 1 da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica – conhecida por Convenção de Istambul – que proíbe os meios de resolução alternativa de litígios obrigatórios naqueles casos³²⁹.

Retomando a norma, caso os progenitores tenham sido submetidos a mediação familiar, o tribunal é notificado em conformidade com o que vier a ser decidido. Por efeito, finda a mediação familiar ou decorrido o prazo referido na alínea a) do artigo 38.º, o juiz notifica as partes com vista à *homologação* do acordo eventualmente obtido em sede de mediação (*cf.* artigo 39.º do RGPTC), se este corresponder ao superior interesse da criança (artigo 24.º, n.º 3). Caso não tenha sido alcançado acordo entre os mediados, é o tribunal informado dessa

circunstância, nada mais tendo o mediador de revelar, atenta a *confidencialidade* que se impõe neste procedimento (*cf.* artigo 5.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril).

Nada impede, porém, que as partes solicitem ao tribunal a prorrogação do prazo estabelecido na alínea a) do artigo 38.º se se mostrar viável a obtenção de um acordo entre os mediados e o prazo inicial se se revelar insuficiente.

Outros são os casos que admitem o recurso à mediação familiar, desde os incidentes de incumprimento, aos processos de alteração da regulação das responsabilidades parentais, cuja possibilidade é ditada *ex vi* pelos artigos 41.º, n.º 7 e 42.º, n.º 5, ambos do RGPTC, respetivamente. Também o artigo 43.º do mesmo diploma estende a aplicação das normas enunciadas aos casos de regulação do exercício das responsabilidades parentais de filhos de cônjuges separados de facto, de filhos de pais não unidos pelos laços do matrimónio e ainda de crianças civilmente apadrinhadas quando os padrinhos cessem a vida em comum.

Vale notar, ainda, que o artigo 21.º, n.º 1, al. b) do RGPTC consagra, entre o conjunto de diligências instrutórias que se encontram à disposição do julgador, a possibilidade de ordenar, se entender conveniente, a audição técnica especializada e ou a mediação das partes. Não obstante a

³²⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades...*, *op. cit.*, pp. 52-53.

³²⁹ CRUZ, Rossana Martingo. Anotação ao artigo 24.º-A, *op. cit.*, p. 220 e SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades...*, *op. cit.*, p. 381.

redação da norma, a mediação familiar não pode ser considerada uma diligência instrutória, não havendo dela lugar a elaboração de relatório que possa sustentar a fundamentação da decisão do tribunal, contrariamente ao que se verifica com a audição técnica especializada.

A mediação familiar é um verdadeiro meio de resolução alternativo de conflitos que estimula a cooperação entre as partes para a regulação, por mútuo acordo, aqui em particular, dos termos por que se devem reger as responsabilidades parentais, afastando um desfecho heterocompositivo³³⁰.

Por sua vez, a audição técnica especializada mais não é que uma diligência processual, com vista ao apuramento de elementos *subjetivos*, por técnicos especializados, que redundam em torno da idoneidade dos progenitores para o cuidado da criança e da disponibilidade daqueles para a resolução do conflito pela via do consenso (*cfr.* artigo 23.º do RGPTC).

3. A CONSENSUALIZAÇÃO COMO FORMA PRIVILEGIADA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES: O PAPEL DA MEDIAÇÃO FAMILIAR

A mediação assume um papel preponderante na resolução de conflitos familiares. Enquanto meio de resolução alternativa de litígios, a mediação familiar visa a *autocomposição* do conflito³³¹. Nessa aceção, pretende-se que as partes busquem a solução mais eficaz e adequada à sua realidade e que melhor salvaguarde os seus interesses e, principalmente, os da criança³³². Além de trabalhar na restauração dos laços afetivos quebrados ou fragilizados pelo conflito, evitando desentendimentos futuros³³³.

Não queremos com isto significar que a mediação familiar visa ou promove a reconciliação entre os progenitores. Pelo contrário, a mediação parte do reconhecimento da existência do conflito e trabalha com as partes no sentido de estabelecer a melhor solução para o mesmo. No entanto, ao criar acordos de coparentalidade mais equilibrados, a mediação pode ajudar a preservar e fortalecer o relacionamento entre os pais, potenciando a pacificação da vida familiar após a rutura.

As vantagens da mediação familiar são, na verdade, os princípios que a enformam: desde a voluntariedade, confidencialidade, igualdade e imparcialidade. E porque

³³⁰ CRUZ, Rossana Martingo. Anotação ao artigo 24.º, *op. cit.*, p. 209 e GIMENO SENDRA, Vicente. *El fundamento de la jurisdicción*, in GIMENO SENDRA, Vicente; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel; CALAZA LÓPEZ, Sonia (coord.), *Introducción al derecho procesal*. Valencia, Tirant lo blanch, 2020, pp. 37-38.

³³¹ GIMENO SENDRA, Vicente. *El fundamento de la jurisdicción*, *op. cit.*, pp. 33-34.

³³² CRUZ, Rossana Martingo. Anotação ao artigo 24.º, *op. cit.*, pp. 208-209.

³³³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen. *El Sistema de protección a la infancia y la adolescencia. (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*. Valencia, Tirant lo blanch, 2017, p. 265.

têm o poder de decidir o que melhor se adapta às suas vidas e trabalham com o mediador na construção de soluções, mais facilmente os mediados se responsabilizam pelo seu cumprimento.

A mediação familiar é um mecanismo mais célere, quando comparado com as delongas de um processo judicial; respeita a privacidade das partes; auxilia na diminuição das tensões conjugais e promove o diálogo e a cooperação entre os progenitores para a resolução dos conflitos, devolvendo-lhes o foco relativamente às várias questões a resolver³³⁴.

Além disso, a mediação permite uma personalização dos acordos, tendo em conta a concreta situação familiar dos mediados. Aqui consegue-se identificar as necessidades concretas e individuais dos filhos, mormente em relação a questões económicas ou educativas, além de permitir o preenchimento de conceitos legais indeterminados – *praxis* tão frequente no Direito da Família – como o que consideram entender por «atos de particular importância» (*cfr.* artigo 1906.º, n.º 1 do CC), por exemplo.

Ademais, cada um dos progenitores pode propor soluções que, no seu entender, melhor correspondem aos interesses da criança, além de poderem expor as preocupações e

receios que uma decisão judicial sobre esta matéria poderia acarretar nas suas vidas. A isto acrescem as vantagens decorrentes da diminuição dos custos emocionais e económicos que o sistema judicial necessariamente acarreta.

Os serviços de mediação familiar conferem aos (potenciais) interessados um ambiente seguro, de confiança, conferindo o tempo adequado a que ambos os progenitores consigam discutir os temas necessários, numa posição de igualdade. O processo é concentrado no bem-estar da criança, procurando a busca por soluções que sejam voltados para o seu saudável desenvolvimento. Todavia, a bondade deste meio de resolução de conflitos não tem sido amplamente colhido, quer pelas partes, quer pelas instâncias judiciais.

Na verdade, a prática revela que o julgador, quando confrontado com a possibilidade de remeter as partes para mediação familiar ou audiência técnica especializada, nos termos do artigo 38.º do RGPTC, tende a optar por esta última via ³³⁵. Porém, a audiência técnica especializada não tem em vista a elaboração de um acordo; antes se limita a ouvir as partes, com vista à avaliação diagnóstica das competências parentais e à aferição da disponibilidade daqueles para um

³³⁴ ROBERTS, Marian. *Mediation in family disputes: principles of practice*, *op. cit.*, pp. 175-177.

³³⁵ Segundo as Estatísticas da Justiça, para o primeiro semestre de 2023, encontravam-se pendentes 27 processos de mediação pública familiar em ações de regulação do exercício das responsabilidades parentais e deram entrada 68 processos, dos quais 36 encontravam-se

pendentes a 30 de junho de 2023 e 59 já estariam findos. Os dados foram consultados e encontram-se disponíveis em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx>. Acesso em: 27 de dezembro de 2023.

acordo que melhor salvguarde o interesse da criança (*cf.* artigo 23.º, n.º 2 do RGPTC). Logo, as vantagens que decorreriam da intervenção do mediador para a elaboração de um acordo não são aproveitadas, e a probabilidade de vir a verificar-se o incumprimento das medidas decretadas em sentença de regulação das responsabilidades parentais são amplamente exponenciadas. Há, pois, que reverter esta tendência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apontadas as vantagens da mediação familiar na resolução de conflitos parentais, os serviços de mediação familiar podem, de facto, assumir um papel determinante na adoção de medidas de coparentalidade. Aquilo que se pretende é que ambos os pais procurem, por mútuo acordo, a busca pela solução que melhor se adegue às suas necessidades e, principalmente, às da criança, promovendo uma partilha de responsabilidade entre ambos na educação e manutenção daquela. Acreditamos que a parentalidade é algo que se assume; não se impõe. E, por isso, decisões homologatórias de coparentalidade terão, na realidade, uma maior chance de sucesso de cumprimento.

Cremos, pois, ser de todo o interesse da comunidade científica a criação de estratégias/mecanismos capazes de promover e incentivar o recurso aos serviços de mediação familiar em vista de uma solução mais eficaz e que viabilize o seu sucesso. Bem

sabemos que, na prática, o recurso à mediação familiar nos processos judiciais de regulação das responsabilidades parentais perde, nas mais das vezes, para a audição técnica especializada. Há, por isso, que repensar em estratégias que possam reverter esta tendência.

Acreditamos que a solução pode passar, desde logo, por *dar publicidade* aos cidadãos da existência e dos objetivos da mediação familiar, de modo a incentivar o recurso a este meio alternativo de litígios, antes sequer da instauração da competente providência tutelar cível. Mas, sobretudo, é preciso *sensibilizar e incentivar* os advogados e magistrados ao uso destes mecanismos pelas vantagens apontadas, já que são estes profissionais que, em primeira linha, são contactados pelos cidadãos em vista da procura por soluções para um determinado conflito.

REFERÊNCIAS

- Cruz, Rossana Martingo. Anotação aos artigos 24.º e 24.º-A, *in* Dias, Cristina Araújo; Barros, João Nuno; Cruz, Rossana Martingo (coord.), *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*. Coimbra, Almedina, 2022, pp. 207-223. ISBN 9789724095493.
- *Mediação familiar. Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Centro de Direito da Família, n.º 25, Coimbra, Coimbra Editora, 2011. ISBN 978972321888-6.
- Figueiredo, Pedro Raposo. A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais – a questão (pendente) do acordo dos progenitores. *Revista*

- Julgar*, n.º 33, Almedina, 2017, pp. 89-109.
- Gimeno Sendra, Vicente. El fundamento de la jurisdicción, *in* Gimeno Sendra, Vicente; Díaz Martínez, Manuel; Calaza López, Sonia (coord.). Introducción al derecho procesal. Valencia, Tirant lo blanch, 2020. ISBN 9788413557984.
- Lamela, Diogo; Nunes-costa, Rui; Figueiredo, Bárbara. Modelos teóricos das relações coparentais: revisão crítica. *Psicologia em Estudo*, vol. 15, n.º 1, janeiro/março 2010, pp. 191-201.
- Mendes, Maria Oliveira. Regulação do exercício das responsabilidades parentais por mútuo acordo nas Conservatórias do Registo Civil: as incongruências do sistema e a intervenção do Ministério Público. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 1, Lisboa, 2020, pp. 129-146.
- Nikolina, Natalie. Divided parents, shared children: legal aspects of (residential) co-parenting in England, the Netherlands and Belgium. *European Family Law Series*, vol. 39, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2015.
- Oliveira, Guilherme de. Ascensão e queda da doutrina do “cuidador principal”. *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, vol. 8, n.º 6, Coimbra, 2011, pp. 5-17.
- Oliveira, Guilherme de. Critérios jurídicos da parentalidade, *in* Idem, Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho. Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 271-306.
- Pinheiro, Jorge Duarte. Estudos de Direito da Família e das Crianças. 2.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2022. ISBN 9789898951991.
- _ O Direito da Família Contemporâneo. 7.ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020. ISBN 9789898951441.
- Roberts, Marian. Mediation in family disputes: principles of practice. 3rd ed. England, Ashgate, 2008. ISBN 9780754646198.
- Sánchez Hernández, Carmen. El Sistema de protección a la infancia y la adolescencia. (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social). Valencia, Tirant lo blanch, 2017. ISBN 9788491439288.
- Sottomayor, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. 8.ª ed. reimpressão, Coimbra, Almedina, 2022. ISBN 9789724089911.
- Steinbach, Anja; Augustijn, Lara. Children’s well-being in sole and joint physical custody families. *Journal of Family Psychology*, vol. 36, no. 2, May 2022, pp. 301-311.
- Vieira, Frederico Soares. Exercício das responsabilidades parentais – alguns olhares, *in* Temas do Direito da Família e Crianças. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, outubro 2022, pp. 165-230.

COMENTÁRIOS SOBRE O JULGAMENTO COLEGIADO ESTENDIDO DO ARTIGO 942 DO CPC³³⁶

COMMENTS ON THE EXTENDED COLLEGIATE JUDGMENT OF ARTICLE 942 OF THE CPC

André Garcia Leão Reis Valadares

Doutorando e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado. Belo Horizonte/MG, Brasil. Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail do autor: agarciavaladares@gmail.com.

RESUMO: Este artigo objetiva tecer considerações acerca da técnica de julgamento inserida no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 em substituição ao recurso de Embargos Infringentes então previsto no Código de Processo Civil de 1973. Examina-se como era a previsão no Código anterior, bem como as discussões havidas no processo legislativo sobre os julgamentos não unânimes até se chegar à previsão aprovada pelo Congresso Nacional. Utilizando o método dedutivo com revisão legislativa e jurisprudencial e pesquisa bibliográfica como opção metodológica, o artigo analisa a técnica do artigo 942 do CPC/2015 com detalhes e com notas sobre os entendimentos já exarados pelo Superior Tribunal de Justiça. Por fim, ponderam-se as soluções que foram dadas a críticas que eram feitas aos Embargos Infringentes e os problemas que remanescem na atual técnica de julgamento. Conclui-se, de um lado, que a técnica foi criada pelo propósito de levar o desacordo a sério, fomentando a deliberação entre os

julgadores em decorrência da existência de um voto divergente e, de outro, que não se resolve a crítica da demora de se finalizar o julgamento no tribunal de segunda instância.

PALAVRAS-CHAVE: Colegialidade; colegiado estendido; divergência; Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This article aims to make considerations about the judgment technique inserted in article 942 of the Code of Civil Procedure of 2015 to replace the Embargos Infringentes then established in the Code of Civil Procedure of 1973. It examines how the provision in the previous Code was, as well as the discussions that took place in the legislative process on non-unanimous judgments until reaching the provision approved by the National Congress. Using the deductive method with legislative and jurisprudential review and bibliographic research as a methodological option, the article analyzes the technique of article 942 of the CPC/2015 in detail and with notes on

³³⁶ Artigo recebido em 29/06/2022 e aprovado em 17/12/2022.

the understandings already drawn up by the Superior Tribunal de Justiça. Finally, the solutions that were given to the criticisms that were made to the Embargos Infringentes and the problems that remain in the current judgment technique are considered. It is concluded, on one hand, that the technique was conceived for the purpose of taking the disagreement seriously, encouraging deliberation among the judges due to the existence of a dissenting vote and, on the other hand, that the criticism of the delay in if the trial ends in the court is not resolved.

KEYWORDS: Collegiality; extended collegiate; divergence; Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

Desde a elaboração do anteprojeto que culminou na promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015), foi explicitado o objetivo de conciliar efetividade e celeridade processuais, sem se descuidar de assegurar as garantias processuais previstas na Constituição de 1988.³³⁷

Nesse sentido, um dos escopos do trabalho do anteprojeto foi simplificar o sistema processual brasileiro, sendo um dos enfoques o subsistema recursal. Por exemplo, o anteprojeto extinguiu o

recurso de embargos infringentes, há muito criticado na doutrina nacional.

Durante o trâmite do processo legislativo, a discussão sobre a extinção desse recurso foi reaberta. Concluída essa fase, o texto final do novo Código foi aprovado sem a previsão dos embargos infringentes. Entretanto, uma novidade foi inserida: a técnica de julgamento do colegiado estendido, estipulada no art. 942 do CPC/2015. De acordo com a previsão legal, havendo divergência no julgamento de apelação ou em casos específicos no agravo de instrumento e na ação rescisória, a sessão é suspensa e será retomada com a presença de tantos julgadores quantos forem necessários para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial.

Surge, então, uma pergunta: a nova técnica estabelecida pelo art. 942 do CPC soluciona os problemas vislumbrados nos embargos infringentes ou a forma como estabelecido no Código faz manter as críticas então existentes? É o que se propõe a responder (ao menos em parte) neste artigo.

1. ANTECEDENTES: OS EMBARGOS INFRINGENTES

O recurso de embargos infringentes tem sua origem no direito português, onde não mais subsiste desde 1939³³⁸. No Brasil, sua previsão,

³³⁷ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

³³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 521.

em nível nacional,³³⁹ foi instituída pela Lei n. 319/1936, com a denominação de embargos de nulidade e infringentes do julgado, mantida no Código de Processo Civil de 1939 com a mesma nomenclatura.

Embora no anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, elaborado por Alfredo Buzaid, o recurso tivesse sido excluído,³⁴⁰ o texto aprovado na Lei n. 5.869/1973 manteve sua previsão, desta vez com a nomenclatura de embargos infringentes.

Na versão original do CPC/1973, os embargos infringentes eram cabíveis “quando não for unânime o resultado do julgamento proferido em apelação e ação rescisória”. Isto é, seu cabimento era amplo, sendo irrelevante a matéria

objeto da divergência – se de mérito ou não – e, também, o fato de a maioria decidir por reformar, anular ou manter a sentença.

O recurso, criticado desde o anteprojeto, continuou a gerar censuras, sempre pelo fato de estender o curso do processo em segunda instância, retardando a decisão final.³⁴¹ Reformas foram feitas ainda em 1973 e em 1994. A grande reforma, porém, foi realizada pela Lei n. 10.352, de 2001, por meio da qual se reduziu o âmbito de cabimento e se simplificou o seu procedimento. A hipótese de admissão se tornou, então, “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”.³⁴²

³³⁹ Até a Constituição de 1934, cada Estado da Federação possuía competência para legislar sobre matéria processual. A partir de então, a competência privativa para legislar sobre direito processual foi atribuída à União.

³⁴⁰ “35. O Anteprojeto suprime também os embargos de nulidade e infringentes no segundo grau de jurisdição, bem como no Supremo Tribunal Federal. Na justiça local, os embargos pressupõem um julgamento, proferido em grau de apelação, em que houve um voto vencido. Ora, a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão” (BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de código de processo civil*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964, p. 36).

³⁴¹ Barbosa Moreira cita doutrina de peso com opinião contrária à previsão do CPC/1973: Mendonça Lima, Moniz de Aragão e o próprio

Alfredo Buzaid (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novas vicissitudes dos embargos infringentes. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: 2004, p. 160).

³⁴² De acordo com Barbosa Moreira, a Lei n. 10.352/2001 acolheu suas sugestões ao restringir a hipótese de cabimento: “Nas três primeiras edições dos nossos Comentários ao Código de Processo Civil, enfileiramo-nos entre os que se opunham à subsistência dos embargos infringentes. A expediência judicante, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 1978 a 1992, levou-nos a atenuar o rigor de nossa posição. Passamos a preconizar que, mantido o recurso, apenas se lhe restringisse o cabimento. E sugerimos a exclusão de certos casos: o de manifestar-se divergência só no julgamento de preliminar, ou no de apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e o de haver o tribunal confirmado (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1973, antes do Dec.-lei nº 8.570. Nossas sugestões foram acolhidas pela Lei nº 10.352, de 26-12-2001, que modificou, entre outros dispositivos, o art. 530

Ou seja, relativamente à apelação, a lei passou a exigir que a sentença apelada haja sido de mérito e que o órgão julgador de segunda instância a tenha reformado. Quanto à ação rescisória, era preciso que os julgadores a tivessem julgado procedente, por maioria de votos.

A simplificação procedimental se deu na previsão de que, interposto o recurso, seriam abertas vistas à parte contrária para contrarrazões e os autos, após, seriam encaminhados ao relator do acórdão embargado para o juízo de admissibilidade. Admitidos, o seu processamento e o seu julgamento passariam a ser regidos pelo regimento interno de cada tribunal. E, diferentemente do que previsto na redação anterior, não haveria, necessariamente, um novo relator (tal definição ficaria a cargo, também, dos regimentos internos).

Passados oito anos desde a alteração legislativa, a doutrina não se deu por satisfeita. E a discussão foi novamente aberta quando o Senado, em 2009, instituiu a Comissão de Juristas para a elaboração do anteprojeto de um novo CPC.

2. O ANTEPROJETO DO NOVO CPC, SUA A TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL E A DISCUSSÃO SOBRE OS JULGAMENTOS NÃO UNÂNIMES

Ao longo das audiências públicas prévias à elaboração do texto final do anteprojeto³⁴³, o tema da manutenção ou não dos embargos infringentes no novo Código era sempre lembrado.

Na terceira audiência pública, ocorrida no Rio de Janeiro em 11/03/2010, por exemplo, foi sugerido que “*simples petição poderia instaurar o que hoje se faz pelos embargos infringentes, com a eliminação do recurso*”.³⁴⁴ Na quinta audiência, realizada em 23/03/2010 na cidade de São Paulo, propôs-se a “*redução dos Embargos Infringentes a incidente da apelação ou da Ação Rescisória*”.³⁴⁵ Em 15/04/2010, na sétima audiência, ocorrida em Porto Alegre, a proposta caminhou na linha do art. 942 do CPC, no sentido de que “*nas hipóteses de embargos infringentes o estabelecimento de que o julgamento da apelação não seja encerrado, mas que seja remetido a outro órgão do tribunal de modo a estabelecer quórum mais*

do Código de Processo Civil.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novas vicissitudes dos embargos infringentes. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: 2004, p. 160).

³⁴³ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. As descrições das audiências públicas prévias à elaboração do texto final do anteprojeto do CPC constam do Anexo ao Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas e entregue ao Senado

Federal, disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em 13/12/2022.

³⁴⁴ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 236.

³⁴⁵ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 247.

expressivo para julgamento".³⁴⁶ Ainda em Porto Alegre, houve quem defendeu que os "embargos infringentes não devem ser excluídos, especialmente depois da reforma de 2001, que restringiu suas hipóteses de cabimento".³⁴⁷

No entanto, no anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas, decidiu-se por acolher a crítica presente em parte da doutrina nacional³⁴⁸ e extinguir os embargos infringentes, sem trazer qualquer tipo de técnica alternativa ao recurso. Sobre o sistema recursal, a Exposição de Motivos do anteprojeto foi assim apresentada:

Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado.

(...)

Uma das grandes alterações havidas no sistema recursal foi a supressão dos embargos

*infringentes. Há muito, doutrina da melhor qualidade vem propugnando pela necessidade de que sejam extintos. Em contrapartida a essa extinção, o relator terá o dever de declarar o voto vencido, sendo este considerado como parte integrante do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento.*³⁴⁹

Dessa forma, o Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, cuja redação foi a do anteprojeto, não previu, na lista do seu art. 907, o cabimento de embargos infringentes.

Iniciado o trâmite do processo legislativo,³⁵⁰ ainda no Senado, houve a tentativa de se reincluir o recurso no código por meio das Emendas n. 88, n. 89 e n. 90.³⁵¹ A Emenda n. 103, por sua vez, sugeriu, pela primeira vez no curso do processo legislativo, algo que se assemelhava à previsão relativa ao art. 942 do CPC. A proposta era que, em caso de reforma da sentença de mérito por maioria, os demais membros do órgão julgador proferissem votos sobre a matéria objeto da controvérsia. O

³⁴⁶ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 256.

³⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 258.

³⁴⁸ BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. *Estudos de direito*, v.1, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 108/111; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Novas vicissitudes dos embargos infringentes. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: 2004, p. 157/169

³⁴⁹ BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 32.

³⁵⁰ As informações detalhadas do trâmite do processo legislativo e os documentos (emendas e pareceres) estão disponíveis em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>. Acesso em 13/12/2022.

³⁵¹ As emendas n. 105 e n. 106, por sua vez, propunham regulamentar o recurso de embargos infringentes, tendo em vista a proposta de sua reinclusão pelas Emendas n. 88, n. 89 e n. 90.

procedimento foi sugerido como “*uma forma de compensar a eliminação do cabimento do recurso, possibilitando-se alcançar, em linhas gerais, as finalidades do instituto*”³⁵².

Todas essas propostas, porém, foram rejeitadas pela Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, conforme o Parecer n. 1.624/2010, de relatoria do Senador Valter Pereira.³⁵³ Quanto às emendas n. 88, n. 89 e n. 90, a rejeição foi justificada no fato de que, “*além de prestigiar a celeridade, também é necessária porque há uma série de discussões no sistema atual – e que serão mantidas pela fórmula prevista na Emenda nº 88 – que, ao invés de beneficiar o recorrente, acabam por prejudica-lo*”³⁵⁴. A rejeição se pautou, ainda, pela linha de simplificação adotada pela proposta do novo código. Em relação à emenda n. 103, sua rejeição se baseou no fato de que “*(...) os demais membros que serão convocados não terão assistido eventual sustentação oral, tampouco acompanhado os debates iniciais entre*

os demais Desembargadores”, além do que “*essa convocação de mais dois membros pode não resolver a questão da possível injustiça do julgamento (...)*”³⁵⁵.

Assim, o texto encaminhado para a Câmara dos Deputados o foi sem a previsão dos embargos infringentes ou do novo procedimento sugerido pela Emenda n. 103.

Já na Câmara, o Projeto de Lei n. 8.046/2010, originado da PLS n. 166/2010, também foi objeto de Emendas, que buscaram reinserir os embargos infringentes no rol dos recursos cabíveis e regulamentar seu cabimento (emendas 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 776 e 804).

As propostas, no entanto, foram rejeitadas. A justifica foi o acolhimento, ainda no Relatório do Deputado Sérgio Barradas, mantido pelo Parecer Final do Deputado Paulo Teixeira,³⁵⁶ por estabelecer nova técnica de julgamento no caso de acórdão não unânime. O trecho do relatório que explica a opção

³⁵² Nos termos do Parecer n. 1.624/2010, do Relator Senador Valter Pereira. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550666&ts=1630412445178&disposition=inline>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

³⁵³ Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550666&ts=1630412445178&disposition=inline>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

³⁵⁴ Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550666&ts=1630412445178&disposition=inline>>, p. 217/218. Acesso em 21 de junho de 2019.

³⁵⁵ Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550666&ts=1630412445178&disposition=inline>>, p. 224. Acesso em 21 de junho de 2019.

³⁵⁶ Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

pela nova sistemática é digno de transcrição:

Houve muitos pedidos de retorno dos embargos infringentes ao projeto. Tal recurso havia sido retirado na versão oriunda do Senado Federal.

Os argumentos favoráveis a esse recurso são fortes: prestigia-se a justiça da decisão, com a possibilidade de reversão do julgamento, em razão da divergência.

Sucedem que sua previsão traz também alguns problemas.

Há intermináveis discussões sobre seu cabimento, o que repercute no cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário, que pressupõem o exaurimento das instâncias ordinárias. Há inúmeras decisões do STJ que se restringem a decidir se os embargos são ou não cabíveis.

Assim, neste relatório se propõe o acolhimento de sugestão que, de um lado, garante à parte o direito de fazer prevalecer o voto vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, de outro, acelera o processo, eliminando-se um recurso e discussões quanto ao seu cabimento.

Cria-se, pois, uma técnica de julgamento muito simples: sempre que, no julgamento de apelação ou ação rescisória, houver voto divergente, o julgamento não se conclui, prosseguindo-se na sessão seguinte, com a convocação de um número de desembargadores que permita novo julgamento e, se o julgamento assim concluir, a reversão da decisão.

Com isso, simplifica-se o procedimento: não há necessidade de se recorrer, não há prazo para contrarrazões nem discussões sobre o cabimento do recurso de embargos infringentes. Havendo divergência, simplesmente o processo prossegue, com a ampliação do quórum e a continuidade do julgamento.

Alcança-se o mesmo propósito que se busca com os embargos infringentes, de uma maneira mais barata e célere, além de ampliada, pois a técnica tem aplicação em qualquer julgamento de apelação (e não em apenas alguns) e também no caso de agravo, sobre o qual silenciava o CPC/1973 em tema de embargos infringentes.³⁵⁷

357

Disponível em

<<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>, p. 60. Acesso em 21 de junho de 2019.

A nova técnica foi incluída no art. 955 da Redação Final do Projeto de Lei n. 8.046/10, antes do retorno ao Senado. A sua redação era a seguinte:

“Art. 955. Quando o resultado da apelação for, por decisão não unânime, no sentido de reformar sentença de mérito, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão,

Como visto, a técnica foi sugerida como um meio-termo entre aqueles que defendiam a permanência dos embargos infringentes e aqueles que propunham sua eliminação definitiva do novo código. De um lado, manteve-se o intuito central do recurso – ampliando a deliberação, garantir à parte o direito de fazer prevalecer o voto vencido –, e, de outro, retirou-se a formalidade do instituto recursal – sem a estipulação de prazo para interposição e apresentação de contrarrazões e sem discussões sobre o cabimento do recurso.

Tendo retornado o PL n. 8.046/2010 para o Senado, a nova técnica foi objeto de questionamento. Sua rejeição foi proposta pelas Emendas n. 1, n. 28, n. 32, n. 64, n. 96 e n. 160, acolhidas no Parecer n. 956/2014, de relatoria do Senador Vital do Rego.³⁵⁸ Nas suas palavras, embora a previsão fosse “louvável”, tratava-se de “excesso que merece ser podado”. Veja-se:

Apesar de louvável preocupação do dispositivo com o grau de justiça do julgamento colegiado em sede

de apelação, ele incorre em um excesso que merece ser podado. É que a parte derrotada nessa instância poderá, ainda, reivindicar reanálise do pleito na via dos recursos excepcionais, respeitadas as limitações objetivas das instâncias extraordinárias. E mais. Problemas de alocação de desembargadores em órgãos fracionários dos tribunais surgiriam, dada a necessidade de convocação de novos julgadores para complementação de votos. Na prática, “poderia haver estímulo à alteração da organização interna dos tribunais, a fim de que os órgãos fracionários passassem a contar com pelo menos cinco julgadores, o que, sem ampliação do número total de membros da Corte, implicaria redução do número de órgãos fracionários e, por extensão, da capacidade de julgamento do tribunal” (excerto da Nota Técnica nº 06, de 2014, da AJUFE).³⁵⁹

Extirpada do texto final proposto pelo Relatório do Senador Vital do Rego,

colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; neste caso, deve o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

II - agravo de instrumento, quando o resultado for a reforma da decisão interlocutória de mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo no julgamento do incidente de assunção de

competência e no de resolução de demandas repetitivas.

§ 5º Também não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento da remessa necessária.

§ 6º Nos tribunais em que o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte especial, não se aplica o disposto neste artigo.”

³⁵⁸ Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793>>. Acesso em 21/06/2019.

³⁵⁹ Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4202793>>, p. 172/173. Acesso em 21/06/2019.

a nova técnica foi “ressuscitada” após a apresentação de destaque na sua votação pelo Plenário do Senado, no último ato antes da aprovação para o envio à sanção da Presidência da República. As notas taquigráficas da sessão³⁶⁰ demonstram que a sua reinclusão se deveu ao interesse de se aprofundar o estudo do assunto. Se definitivamente excluído, sua reinclusão somente poderia se dar por meio de outro projeto de lei e sua tramitação. Se reincluído naquele momento, o Congresso Nacional poderia voltar a discuti-lo em caso de veto da Presidência da República.

Inserida a previsão no texto encaminhado à Presidência, o Projeto de Lei foi sancionado sem o veto ao dispositivo. Com a sanção da

Presidência, a previsão foi definitivamente incluída na legislação processual, não tendo sido possibilitado ao Congresso Nacional rediscutir, com mais profundidade, a nova técnica de julgamentos não unânimes. Eis, então, o que disposto no já citado art. 942 do CPC/2015.

3. O ART. 942 DO CPC: JULGAMENTO COLEGIADO ESTENDIDO. SOLUÇÕES E PROBLEMAS

Com a aprovação do Senado, o PLS n. 166/2010 (PL n. 8.046/2010) foi encaminhado à Presidência da República e sancionado, convertendo-se na Lei n. 13.105/2015. A nova técnica de julgamento foi, então, prevista no art. 942 do CPC.³⁶¹

³⁶⁰ “Aloysio Nunes Ferreira — Senador Vital, a aprovação desse texto da Câmara significará um acréscimo ao substitutivo daquela Casa. Portanto, ele poderá, eventualmente, se aprovado aqui, ser vetado. O Congresso, depois, dará a última palavra, ao examinar o veto. Estou certo? [...] Então, veja, se há dúvidas no espírito de V. Exa, sobretudo depois da intervenção do Senador Cássio, por que não aprovar? Se nós fecharmos a porta agora, está feito. Se nós deixarmos essa porta aberta, existirá a possibilidade de, no exame de um eventual veto, o Congresso dar a última palavra nessa matéria – é o tempo que nós teremos, então, para aprofundar o nosso... [grifo nosso] [...]”

Vital do Rêgo — Sr. Presidente, eu mudo o meu direcionamento (...). E vamos esperar que a Casa Civil e os órgãos de assessoramento do Governo Federal possam, com os juristas do País, aprofundar essa questão.”. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=19244&paginaDireta=00503#diario>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

³⁶¹ “Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

§ 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;

Da leitura do dispositivo, já se percebe que o novo instituto, embora tenha semelhança com os embargos infringentes, com eles tem algumas diferenças. Serão tratadas, inicialmente, três diferenças entre os institutos, para, ao final, discorrer acerca da semelhança havida entre eles.

A começar pela natureza. O novo procedimento claramente não se caracteriza como recurso. Além de não estar previsto no rol do art. 944 do CPC, falta-lhe o caráter de voluntariedade. Isto é, sua aplicação independe da manifestação de vontade das partes; seu caráter é obrigatório e faz parte do rito processual de julgamento da apelação, do agravo de instrumento e da ação rescisória, nas hipóteses especificadas no dispositivo.

Dito de outro modo, cabe ao presidente do órgão julgador, ao vislumbrar a ocorrência da hipótese legal, suspender o julgamento para retomá-lo com o número suficiente de julgadores para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. O art. 942, portanto, insere no CPC/2015 uma nova técnica de julgamento colegiado que, se não observada devidamente, causa a nulidade do julgamento.³⁶² A natureza de técnica de julgamento, aliás, já foi confirmada pelas 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça.³⁶³

A alteração da natureza – de recurso para técnica de julgamento – pode ser apontada como solução a um dos problemas associados aos embargos infringentes. Como indicado ainda no trâmite do processo legislativo do novo código, essa transformação

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:

I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

II - da remessa necessária;

III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.”

³⁶² Cite-se, por exemplo, o REsp n. 1797866/SP, que, tendo verificado que a Corte a quo não aplicou a técnica do colegiado estendido em hipótese em que ela era prevista, declarou a nulidade do julgamento e determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que fosse convocada nova sessão para prosseguimento do julgamento do Agravo de Instrumento, nos moldes do art. 942 do CPC. (REsp 1797866/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019).

³⁶³ “(...) 6. O art. 942 do CPC/2015 não configura uma nova espécie recursal, mas, sim, uma técnica de julgamento, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência. (...)” (REsp 1771815/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018)

“(...) 4. A forma de julgamento prevista no art. 942 do CPC de 2015 não se configura como espécie recursal nova, porquanto seu emprego será automático e obrigatório, conforme indicado pela expressão ‘o julgamento terá prosseguimento’, no caput do dispositivo, faltando-lhe, assim, a voluntariedade e por não haver previsão legal para sua existência (taxatividade). (...)” (REsp 1733820/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 10/12/2018).

retirou parte da complexidade do recurso, pois afasta a necessidade de que, publicado o acórdão, sejam as partes intimadas para a sua interposição (o qual era de interposição obrigatória para se esgotar a segunda instância, nos termos da Súmula n. 207/STJ³⁶⁴) e, interposto, seja aberta vista à parte contrária para contrarrazões. Isto é, com a aplicação automática dessa técnica, destravada de forma instantânea pela existência de um resultado (parcial) não unânime, há, de fato, certa economia processual.

Diz-se “certa” economia processual, pois, acaso fosse mantida a previsão recursal, haveria casos em que o julgamento não unânime, em relação ao qual caberia a interposição de embargos infringentes, transitaría em julgado, se não houvesse recurso. Isto é, o processo se encerraria sem a necessidade da – agora obrigatória – continuidade do julgamento com o colegiado estendido.

Sobre esse ponto, já se percebe que a conveniência de se manter o recurso de embargos infringentes, de se estipular a nova técnica ou de retirar ambos do ordenamento jurídico brasileiro deveria passar, necessariamente, por dados empíricos acerca da efetividade da extensão do colegiado. Mais precisamente, para a hipótese acima, seria preciso averiguar qual o percentual de acórdãos não unânimes era impugnado por meio de embargos infringentes. Se a relação

fosse alta, o benefício com a criação da nova técnica seria significante, pois, na maioria dos casos, os trâmites com o processamento do recurso seriam eliminados; por outro lado, se a relação fosse baixa, estabelecer o rito obrigatório de submissão da controvérsia ao colegiado estendido causaria mais demora ao trâmite processual, atrasando, na maioria dos casos, o possível trânsito em julgado. Sem tais dados, não é possível estabelecer, com precisão, se a alteração legislativa é mais ou menos benéfica.

Poder-se-ia dizer, ainda, como igualmente levantado no curso do processo legislativo, que a sua transformação em técnica de julgamento afastaria as controvérsias havidas à época dos embargos infringentes quanto ao seu cabimento. Essa afirmativa é falaciosa, pois, ainda que a técnica de julgamento seja aplicada de ofício pelo órgão julgador, sem a necessidade da manifestação de vontade das partes, a sua aplicação – ou não – é matéria que gera questionamentos perante o STJ. Isto é, a violação ao art. 942 pode ser matéria de recurso especial (como o foi no já citado REsp n. 1797866/SP, no REsp n. 1739593/ES, no REsp 1785168/SP, no REsp 1762236/SP, citados ilustrativamente).

A segunda diferença diz respeito justamente às hipóteses em que a técnica é aplicada. Na redação então

³⁶⁴ É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem. (Súmula 207,

CORTE ESPECIAL, julgado em 01/04/1998, DJ 16/04/1998, p. 44)

vigente no CPC/1973 (dada pela Lei n. 10.351/2001), os embargos infringentes eram cabíveis quando o acórdão não unânime houvesse reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito ou houvesse julgado procedente ação rescisória. Na apelação, as exigências eram a reforma da sentença na matéria de mérito por decisão não unânime; na ação rescisória, a procedência da ação por decisão não unânime.

Já em relação à nova técnica de julgamento, houve o elastecimento de sua aplicação na apelação, aproximando-se da previsão de cabimento dos embargos infringentes na redação original do CPC/1973. Não é mais necessário que o acórdão não unânime reforme a sentença; não se exige tampouco que a não unanimidade seja em matéria de mérito. Essa interpretação foi confirmada pelas 3ª e 4ª Turmas do STJ (embora tenha havido, em ambos os casos mencionados abaixo, divergência quanto ao ponto).³⁶⁵

Com essa abertura, pode-se retomar parte das críticas feitas para os embargos infringentes até a reforma promovida pela Lei n. 10.352/2001: a sua ampla aplicação faz com que, no julgamento de recurso de apelação, a não unanimidade sobre qualquer matéria decidida – seja ela de mérito ou não – destrave o colegiado estendido. Se, de um lado, a reforma promovida

pela Lei n. 10.352/2001 na vigência do CPC/1973 pretendeu, exatamente, reduzir as hipóteses de cabimento do recurso, a fim de reduzir o seu âmbito de incidência e, com isso, possibilitar o julgamento mais célere do processo, o novo CPC estendeu a aplicação da técnica à não unanimidade havida em questão preliminar, prejudicial ou de mérito no julgamento de apelação.

Pode-se dizer, inclusive, que, da forma em que redigido o dispositivo, a preliminar da apelação suscitada nos termos do art. 1.009, § 1º, do CPC (questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento), se decidida de forma não unânime, atrairá a aplicação da técnica do colegiado estendido. Essa interpretação, no entanto, atentaria contra a lógica normativa, na medida em que o § 3º, II, do art. 942 limitou a aplicação da nova técnica no caso de agravo de instrumento às decisões de mérito (isto é, à hipótese do inciso II do art. 1.015, e não a qualquer caso de cabimento de agravo de instrumento).

A nova técnica foi também prevista para o julgamento não unânime proferido em agravo de instrumento, “quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito” (§ 3º, II). Trata-se de novidade se comparada às hipóteses de cabimento dos embargos

³⁶⁵ “(...) Assim, percebe-se, que diferentemente dos embargos infringentes do CPC de 1973 - que limitava, no caso da apelação, a incidência do recurso aos julgamentos que resultassem em reforma da sentença de mérito -, o CPC de 2015 refere ao cabimento da técnica de julgamento “quando o resultado da apelação for não

unânime”, não havendo, na redação do dispositivo, referência a julgamento que reforma ou mantém a sentença de piso. (...)” (REsp 1733820/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 10/12/2018).”

infringentes. No entanto, neste caso, diferentemente do que há no julgamento não unânime de apelação, a aplicação da técnica é limitada, sendo necessário, além da não unanimidade, que o agravo tenha sido interposto contra decisão de mérito (isto é, o cabimento previsto no art. 1.015, II) que tenha sido reformada no tribunal. Sobre esta hipótese – do § 3º, II, do art. 942 –, o STJ também já se manifestou, conferindo interpretação literal ao dispositivo.³⁶⁶

No que se refere à ação rescisória, a hipótese de aplicação é próxima ao cabimento dos embargos infringentes no CPC/1973, mas, ainda assim, há uma pequena diferença. Neste ponto, os embargos infringentes eram cabíveis quando procedente a ação rescisória por decisão não unânime. A aplicação da técnica de julgamento, por sua vez, tem lugar “quando o resultado for a rescisão da

sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno”.

A diferença é sutil, mas tem efeito prático. Como se sabe, o julgamento da ação rescisória se divide em três partes: a análise de sua admissibilidade; a decisão sobre o pedido de rescisão da decisão transitada em julgado (*iudicium rescindens*); e o rejuízo da causa originária (*iudicium rescissorium*).

No caso da “procedência” da ação rescisória, hipótese de cabimento dos embargos infringentes, a não unanimidade poderia ocorrer tanto no *iudicium rescidens* quanto no *iudicium rescissorium*. Ambos se tratam de juízo de mérito da rescisória e, portanto, havendo divergência em qualquer dessas “fases”, seria cabível o recurso.³⁶⁷

³⁶⁶ “(...) 2. Na hipótese em exame, o acórdão recorrido decidiu por reformar sentença que havia se limitado a determinar o prosseguimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa - a qual não constitui sentença de mérito - de modo que não há que se falar em nulidade do julgamento em razão da não aplicação da técnica de complementação prevista no art. 942, § 3º, II, do CPC/2015 [a qual demanda a existência de julgamento não unânime proferido em agravo de instrumento quando houver reforma de decisão que julgar parcialmente o mérito]. (...)” (AgInt no REsp 1711887/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018). O caso era de decisão de recebimento da petição inicial (art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992) reformada, por maioria de votos, em sede de Agravo de Instrumento, tendo o acórdão recorrido entendido pela inexistência de ato de improbidade e extinguido a ação.

“(...) 2. As hipóteses de ampliação do quórum para o julgamento do órgão colegiado são restritas, incidindo apenas em caso de pronunciamento não unânime em apelação, em ação rescisória ou em agravo de instrumento, sendo que, quanto a este último, tão somente quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito (§ 3º, II, do art. 942 do CPC/2015). Especificamente no que se refere ao agravo de instrumento, a interpretação restritiva do dispositivo impõe concluir que a regra se dirige apenas às ações de conhecimento, não se aplicando ao processo de execução e, por extensão, ao cumprimento de sentença, como no caso. (...)” (AgInt no AREsp 1233242/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 24/09/2018).

³⁶⁷ Cite-se, por exemplo, o REsp 1586231/SP:

Por outro lado, a técnica de julgamento estendido tem aplicação “quando o resultado for a rescisão da sentença”. A redação do dispositivo deixa claro que a não unanimidade que destravará o colegiado estendido é aquela ocorrida no julgamento do *iudicium rescidens* (isto é, na parte que analisa o pedido de rescisão da decisão transitada em julgado). Nessa hipótese, o prosseguimento – quanto ao pedido de rescisão da sentença e, se for o caso, ao rejuízo da causa – se dará pelo órgão de maior composição previsto no regimento interno.

Não se concorda, portanto, com o entendimento adotado pela 2ª Turma do STJ no julgamento de segundos embargos de declaração apresentados contra acórdão de Agravo Interno no REsp n. 1739597/ES,³⁶⁸ de acordo com o qual a aplicação da técnica de julgamento prevista no art. 942, § 3º, I, do CPC seria admitida “nas hipóteses de julgamentos não unânimes quanto ao *iudicium rescindens* ou ao *iudicium*

rescissorium”. É que a preocupação do código parece ter sido ampliar o debate quanto à rescisão da sentença, e não do seu rejuízo, quando cabível.

A terceira diferença advém da conjugação das duas anteriores e se relaciona com o alcance do conhecimento dos julgadores convocados. Nos embargos infringentes, o próprio CPC/1973 explicitava que o cabimento do recurso se restringia à parte do julgamento em que o desacordo prevalecia. A previsão limitava a devolutividade do recurso, de modo que, dentro das hipóteses de cabimento, o órgão julgador poderia se pronunciar apenas e tão somente a respeito do ponto que o colegiado havia decidido de forma não unânime.

Já em relação à nova técnica de julgamento, o CPC/2015 é silente. Isso não impede, porém, de se extrair a interpretação mais adequada com a lógica do instituto. Com efeito, tendo por base sua natureza e as hipóteses de sua aplicação, tem-se que os julgadores

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. JUÍZO RESCISÓRIO FORMADO POR MAIORIA. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. 1. Conforme o art. 488, I, do CPC, a Ação Rescisória comporta dois pedidos: o de rescisão propriamente dito e, cumuladamente, quando for o caso, o de novo julgamento da causa. Isso significa dizer que o correspondente julgamento inclui não apenas o *iudicium rescindens*, a rescisão, em sentido estrito, da decisão atacada, mas também o *iudicium rescissorium*, referente ao pedido cumulado. É o que determina o art. 494 do CPC. 2. Havendo juízo de procedência por maioria em qualquer deles individualmente, estará configurada hipótese de desacordo parcial, o que, por si só, enseja a interposição do recurso de Embargos Infringentes, como decorre do disposto na parte

final do art. 530 do CPC. 3. Recurso Especial provido.” (REsp 1586231/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 06/09/2016).

Neste mesmo sentido: REsp 866.349/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 11/03/2008.

Havia quem entendia, ainda, pelo cabimento dos embargos infringentes mesmo se a não unanimidade fosse relativa à admissibilidade da ação rescisória. Cite-se o REsp 646.957/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 09/08/2013.

³⁶⁸ EDcl nos EDcl no AgInt no REsp 1739593/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019.

convocados não limitarão sua participação no julgamento à matéria objeto da não unanimidade. Este é, também, o entendimento exposto pela 3ª Turma do STJ.³⁶⁹

É que, como visto, a sessão de julgamento não é encerrada, mas, sim, suspensa, para posterior continuidade. Não há, propriamente, a proclamação do resultado do julgamento pelo presidente, mas a suspensão da sessão de julgamento para prosseguimento em sessão a ser designada.

Dessa forma, o que há, efetivamente, é a continuidade do julgamento da apelação, do agravo de instrumento ou da ação rescisória por colegiado composto por número suficiente de julgadores para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. De todo o recurso ou toda a ação, e não da parte que gerou a divergência.

Finalmente, a semelhança entre a nova técnica de julgamento e os embargos infringentes é o objetivo de fomentar a deliberação no julgamento do órgão colegiado, motivado pela existência de questão que se mostrou

controvertida pela existência do voto divergente. A nova técnica, como alternativa ao recurso, mantém, portanto, a importância dada à colegialidade.

Esta previsão está condizente com um dos nortes adotados pelo CPC/2015, de reforço da importância do entendimento dos tribunais, por meio da busca pela concretização de uma jurisprudência uniforme e estável.

De fato, o CPC/2015 estabeleceu, pela primeira vez no ordenamento processual brasileiro, um sistema de precedentes. O art. 926 trouxe como orientação a necessidade de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente. Por sua vez, o art. 927 lista os “tipos” de julgamento que são de observância obrigatória pelos juízes e pelos tribunais. E o CPC/2015 impõe uma lógica relacionada ao art. 927. Ao longo do código, treze dispositivos preveem situações específicas envolvendo súmulas, jurisprudência dominante ou julgamento de casos repetitivos.³⁷⁰³⁷¹

³⁶⁹ “(...) 7. Constatada a ausência de unanimidade no resultado da apelação, é obrigatória a aplicação do art. 942 do CPC/2015, sendo que o julgamento não se encerra até o pronunciamento pelo colegiado estendido, ou seja, inexistente a lavratura de acórdão parcial de mérito. 8. Os novos julgadores convocados não ficam restritos aos capítulos ou pontos sobre os quais houve inicialmente divergência, cabendo-lhes a apreciação da integralidade do recurso. 9. O prosseguimento do julgamento com quórum ampliado em caso de divergência tem por objetivo a qualificação do debate, assegurando-se oportunidade para a análise aprofundada das teses jurídicas contrapostas e das questões

fáticas controvertidas, com vistas a criar e manter uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. (...)” (REsp 1771815/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018).

³⁷⁰ Os treze dispositivos são: 12, §2º, II; 311, II; 332, I, II, III e IV; 489, §1º, V e VI; 496, §4º; 521, IV; 921, IV e V; 955, parágrafo único, I e II; 988, IV; 1.022, parágrafo único, I; 1.030, I, ‘b’; 1.035, §3º, I; 1.035, §7º.

³⁷¹ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 14.

Nota-se, portanto, que, por opção do legislador, o CPC/2015 deu uma grande importância ao entendimento firmado pelos tribunais. As hipóteses listadas incluem, além do controle concentrado resolvido pelo plenário do STF, situações que são alcançadas necessariamente por meio do julgamento colegiado. Ressalte-se, aliás, que a relação não se limita aos casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos, nos termos do art. 928 do CPC/2015), mas engloba também a situação de jurisprudência dominante (no caso das súmulas) e de casos analisados por meio do incidente de

assunção de competência (que envolve relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos) e pelo plenário ou pelo órgão especial dos tribunais.³⁷²

Portanto, nessa mesma linha de raciocínio, vê-se que a previsão da nova técnica de julgamento tem como objetivo ampliar o colegiado para possibilitar maior deliberação e oportunizar que se faça prevalecer o voto divergente.³⁷³ Trata-se, ao fim e ao cabo, de conferir maior relevância à colegialidade.³⁷⁴

Sobre o tema, é importante tecer algumas considerações a respeito do que é (ou deveria ser) deliberar.³⁷⁵ Com

³⁷² VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 14.

³⁷³ Athos Gusmão Carneiro defendia a importância dos embargos infringentes sob esse viés: “Apesar disso, os Embargos Infringentes foram, no CPC de 1973, mantidos no elenco dos recursos, no que, a nosso sentir, bem agiu o legislador, não só pela anciandade venerável dos embargos (se tanto tempo persistiram, motivos não terão faltado) como, principalmente, por razões de ordem pragmática. Juiz de segundo grau quase vinte anos, a experiência do signatário foi no sentido de que os Embargos Infringentes, embora o inconveniente de retardar a decisão final, apresentam-se como um recurso com frequência provido, e cujo julgamento se reveste de mais amplo debate e confronto de posições, sob maior densidade doutrinária.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. O novo regime dos embargos infringentes e a súmula 207 – STJ. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 30, n. 92, 2003, p. 142).

³⁷⁴ Essa lógica é reafirmada pelo STJ: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ART. 942, CAPUT, DO CPC/2015. JULGAMENTO NÃO UNÂNIME.

APELAÇÃO. TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO. NATUREZA JURÍDICA. INCIDÊNCIA. MARCO TEMPORAL. ABRANGÊNCIA. NULIDADE. CONFIGURAÇÃO. (...) 4. O art. 942 do CPC/2015 não estabelece uma nova espécie recursal, mas, sim, uma técnica de julgamento, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência. (...)” (REsp 1762236/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 15/03/2019).

³⁷⁵ Para se aprofundar no conceito de deliberação, sugere-se: MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013; MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012; SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013;

efeito, a deliberação consiste na atividade interativa e cooperativa dos participantes, que expõem e discutem as razões que justificam suas preferências, dispostos a mudá-las, com o propósito (não necessário) de se alcançar o consenso sobre a melhor decisão. No contexto da colegialidade, a deliberação despersonaliza a tomada de decisão, reforça a abertura a várias vozes e desperta o foco na qualidade da decisão tomada.³⁷⁶

Para Virgílio Afonso da Silva, a colegialidade implica: (i) a disposição dos membros do colegiado para trabalharem em grupo; (ii) a ausência de hierarquia entre os juízes, ao menos no sentido de que os seus argumentos possuem o mesmo valor; (iii) a disposição dos julgadores em ouvir os seus pares (e isso significa estar aberto a ser convencido por eles); (iv) um processo de tomada de decisão cooperativo; (v) respeito mútuo entre os juízes; (vi) o propósito de se comunicar, sempre que possível, não como a soma de vozes individuais, mas como uma instituição, resultante da deliberação

em busca de consenso³⁷⁷. Significa dizer que quanto maior são os elementos da colegialidade, maior o potencial deliberativo da corte.³⁷⁸

Sob esse ponto de vista, o propósito do legislador – em reforçar a deliberação, a partir da submissão do recurso/da ação ao colegiado estendido, motivado pela existência da divergência – é louvável. Trata-se, como observado por Conrado Hübner Mendes, de “*levar o desacordo a sério*”³⁷⁹.

De fato, o voto vencido deve ser levado a sério.³⁸⁰ Além de reforçar a independência do julgador, ele deve ser sempre considerado como um indício de potencial evolução do direito.

A independência do julgador seria garantida com a publicação do voto dissidente, seja do ponto de vista interno (ou seja, a independência em relação aos demais julgadores), seja do ponto de vista externo (aos demais poderes)³⁸¹. Isto é, sendo o julgador autorizado a publicamente divergir, ele estaria vinculado unicamente à sua convicção³⁸². A independência do julgador ainda poderia ser vista como

VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³⁷⁶ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 200.

³⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013, p. 562/563

³⁷⁸ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 74.

³⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. Qual voz das ruas?. *O Estado de São Paulo*, 02 de outubro de 2013.

³⁸⁰ Sobre a importância do voto vencido, sugere-se a leitura de SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015.

³⁸¹ LYNCH, Andrew. Is judicial dissent constitutionally protected?. *Macquarie Law Journal*, v. 4, 2004.

³⁸² VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014, p. 86

uma garantia de que todas as vozes foram ouvidas e consideradas no processo decisório, ainda que nem todos os julgadores tenham concordado com uma determinada posição^{383, 384}

A evolução do direito, por sua vez, também poder ser um efeito da prolação de votos dissidentes. Essa prática mantém vivo o diálogo entre o decidido hoje e o que pode ser decidido no futuro³⁸⁵. O voto dissidente hoje poderia ser a opinião majoritária do futuro ou poderia, num diálogo interinstitucional,³⁸⁶ fornecer elementos para a atuação legislativa³⁸⁷. Com efeito, as razões consideradas para se alcançar determinado resultado em um julgamento, inclusive as vencidas, deveriam ser consideradas em outros julgamentos.³⁸⁸

Apesar dessas virtudes, não se pode desconsiderar que a deliberação

tem custos³⁸⁹. Do ponto de vista do Poder Judiciário, dois em especial merecem ser considerados: o volume de processos e a celeridade processual. Tendo-se em vista esses óbices, a pergunta que se faz é: quando a deliberação não é mais conveniente? A resposta virá caso a caso. Mas algumas balizas podem ser estabelecidas.³⁹⁰

Considerando os dois fatores mencionados, a decisão judicial tem que vir no tempo certo; nem tão rápida a ponto de não se fazer ouvir e discutir os argumentos necessários para a solução da controvérsia; nem tão demorada, a ponto de se tornar inócua em termos de efetividade. Deliberar sobre alegações já previamente deliberadas, por exemplo, é um limite do desempenho deliberativo. Em matérias já decididas, a deliberação apenas fará sentido se novos

³⁸³ STACK, Kevin, M. The practice of dissent in the Supreme Court. *Yale Law Journal*, v. 105, 1996, p. 2257; BRENNAN, William J. In defense of dissents. *The Hastings Law Journal*, v. 37, 1985, p. 430; ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000, p. 240

³⁸⁴ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 192.

³⁸⁵ STACK, Kevin, M. The practice of dissent in the Supreme Court. *Yale Law Journal*, v. 105, 1996, p. 2257

³⁸⁶ No estudo de “quem tem a última palavra?”, Poder Judiciário ou Poder Legislativo, MENDES propõe uma teoria intermediária. Segundo o autor, em um caso individual, a última palavra é um ponto final naquele momento, mas o tema continuará a ser debatido na comunidade política, voltando, em alguma altura, ao centro da arena deliberativa. Nesse estágio, o autor

introduz o que ele chama de “rodada procedimental” e “última palavra provisória”. (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Saraiva: São Paulo, 2011).

³⁸⁷ VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014, p. 88; ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 200, p. 241

³⁸⁸ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 192/193.

³⁸⁹ SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*. V. 10, nº 2, 2002, p. 196

³⁹⁰ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 200.

argumentos e considerações forem trazidos à tona.³⁹¹

Como regra, a deliberação, enquanto um dos elementos que toma tempo no curso do processo, não pode ser mitigada pura e simplesmente em prol da celeridade.³⁹² Todavia, ela não deve se fazer estender desnecessária e improdutivamente; haverá casos, por exemplo, que a urgência imporá uma resposta de pronto, ainda que assim se comprometa o desempenho deliberativo ideal.³⁹³

O órgão deliberativo tem que ter a sensibilidade de identificar o momento a partir do qual a deliberação não é mais necessária no caso concreto. Em primeiro lugar, quando ela deixa de cumprir seus objetivos de persuasão e

de troca de argumentos. Ou seja, a partir do momento em que os julgadores deixam de deliberar propriamente, no sentido de expor e discutir suas razões, dispostos a mudá-las, buscando o ideal consenso, deve-se focar na tomada de decisão (pela sistemática do voto).³⁹⁴

Em segundo lugar, quando o órgão deliberativo percebe que, ainda que teoricamente haja espaço para a troca de informações e para o consenso, o custo da demora é maior que o benefício da deliberação. Em casos que se requer urgência, a efetividade processual poderá ser privilegiada.³⁹⁵

A questão que se coloca, porém, é saber se, no cenário dos nossos tribunais (grande volume de processos, ocasionando a demora no julgamento

³⁹¹ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 200/201.

³⁹² Sobre a busca incessante pela celeridade e o necessário respeito às garantias constitucionais, ver THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 189, nov. 2010; NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, set. 2011; DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle;

DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. V.1. Salvador: Juspodivm, 2013; BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

³⁹³ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 201.

³⁹⁴ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 201/202.

³⁹⁵ VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 202.

dos casos), a medida é ou não adequada. Mais precisamente, se os benefícios de se fomentar a deliberação com a convocação de novos julgadores no caso de não unanimidade são maiores que os custos de fazê-lo.

A resposta, no entanto, não é clara. Apesar de o CPC/2015 ter extirpado o recurso de embargos infringentes e introduzido nova técnica de julgamento, a única solução que se deu às críticas feitas pela doutrina àquele recurso foi a simplificação procedimental. Ao afastar a natureza recursal, economiza-se o tempo de interposição, de contrarrazões e de admissibilidade pelo relator do acórdão recorrido.

Entretanto, a principal crítica – relacionada à demora para se finalizar o julgamento nos tribunais de segunda instância – é mantida, senão reforçada. Em primeiro lugar, porque ao retirar a voluntariedade, todos os processos em que se der a hipótese de aplicação se sujeita à técnica; enquanto recurso, a parte poderia não o interpor. Em segundo lugar, a suspensão da sessão e a retomada posterior é um fator que tem atrasado em muito a proclamação do resultado; especialmente naqueles tribunais em que as câmaras/turmas julgadoras são compostas por três

julgadores (como o caso dos Tribunais Regionais Federais), caso em que os regimentos internos têm criado soluções, nem sempre tão simples de serem operacionalizadas, de convocação de Desembargadores.³⁹⁶

A confirmação de que a nova técnica não soluciona o problema do atraso na conclusão dos julgamentos somente poderia se dar por meio de estatísticas que informassem o grau de efetividade do recurso dos embargos infringentes e da técnica prevista no art. 942 do CPC/2015.

Em relação aos embargos infringentes, não se sabe qual era o percentual médio de sua interposição diante das hipóteses de seu cabimento. E tampouco de qual era o percentual de provimento nos casos em que interpostos e qual o tempo médio de julgamento dos infringentes. Portanto, não se sabe se sua manutenção no sistema processual brasileiro seria ou não pertinente à luz da celeridade e efetividade processuais.

Já em relação à nova técnica, não se tem notícia de qual o percentual dos julgados em tribunais em que o julgamento ocorre de maneira não unânime a atrair sua aplicação e qual o prazo médio do julgamento (para se comparar com o prazo médio do

³⁹⁶ No caso do Regimento Interno do TRF/1ª Região, o julgamento terá continuidade, se possível, na mesma sessão, convocando-se, preferencialmente, por ordem decrescente de antiguidade na Seção (resultado da junção de duas turmas), o desembargador federal que se seguir àquele que por último tiver votado na turma. Se não for possível prosseguir na mesma assentada, terá continuidade em data a ser

designada, podendo ser realizada na mesma data da sessão da Seção seguinte. No Regimento Interno do TRF/3ª Região, por sua vez, a previsão é apenas de convocação de desembargadores federais de outras Turma da mesma Seção. Isto é, diferentemente do previsto no TRF/1ª, no TRF/3ª, o processo não pode ser levado para a pauta da Seção.

juízo que não atrai a aplicação do art. 942 do CPC).

Esses dados seriam necessários, inclusive, para aferir se, na vigência do CPC/2015, tem sido verificada uma drástica diminuição do número de julgamentos não unânimes, a fim de se apurar se, na prática, tem ocorrido de o julgador que ficaria vencido mudar seu voto para evitar a suspensão do julgamento, conforme preocupação expressada, em tese, por Lênio Streck e Ricardo Herzl.³⁹⁷

Sobre essa questão, é interessante notar o trabalho de dissertação de mestrado, realizado por Christiano Alves Monteiro de Castro no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. O estudo teve por escopo examinar, a partir de dados coletados nas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, os efeitos temporais advindos da tramitação do processo pelo órgão julgador ampliado, bem como precisar a sua frequência. Em suas conclusões, “a técnica de

ampliação da colegialidade não causou à tramitação dos processos decididos mediante sua aplicação uma dilação temporal que se possa caracterizar como desarrazoada”³⁹⁸.

É também relevante apontar a conclusão apresentada também em trabalho de dissertação de mestrado por Bruna Valentini Barbiero Rivaroli, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em que foram examinadas estatísticas do Tribunal de Justiça de São Paulo. A conclusão alcançada foi a de que “os resultados revelaram muito mais posições previamente determinadas do que divergência e maturação do posicionamento jurídico a possibilitar uma melhora da decisão”³⁹⁹. E, nesse sentido, que “é a posição solitária de determinado julgador que impõe a técnica, sem haver mudança de posicionamento ou debates a vislumbrar a incidência da técnica”⁴⁰⁰.

Nesse sentido, embora, de um lado, buscar fomentar a deliberação entre os membros de um órgão seja uma

³⁹⁷ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra>. Acesso em 23 de junho de 2019.

³⁹⁸ CASTRO, Christiano Alves Monteiro de. *Técnica de ampliação da colegialidade: uma análise empírica da aplicação do instituto no julgamento de apelação cível no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Orientadora: Renata Christiana Vieira Maia. 2021. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Belo Horizonte, 2021, resumo

³⁹⁹ RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero. *Ampliação da colegialidade: técnica de*

juízo do artigo 942 do Código de Processo Civil. Orientadora: William Santos Ferreira. 2017. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2017, 133.

⁴⁰⁰ RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero. *Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do artigo 942 do Código de Processo Civil*. Orientadora: William Santos Ferreira. 2017. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2017, 133.

medida notável, dando maior concretude à finalidade de se estruturar os tribunais em colegiados e conferindo maior importância à decisão colegiada, de outro, é preciso questionar até que momento esse objetivo deve ser garantido no processo, à luz da efetividade e da celeridade processuais. Essa verificação somente seria possível se fossem levantados dados estatísticos em relação à frequência e ao tempo médio de tramitação dos processos em que a técnica é aplicada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões deste artigo podem ser assim sintetizadas:

1. Desde o anteprojeto do CPC/1973, o recurso de embargos infringentes, cujo cabimento, desde o CPC/39, era motivado pela existência de um voto vencido, vem sofrendo críticas da doutrina.

2. Embora mantido no CPC/1973, o recurso foi substancialmente modificado pela Lei n. 10.352/01, tendo havido a restrição das hipóteses de seu cabimento e a simplificação do seu processamento.

3. Menos de uma década depois das reformas legislativas, os embargos infringentes continuaram sendo amplamente criticados pela doutrina, tendo sido excluídos do anteprojeto do CPC/2015.

4. Ao fim do processo legislativo, a extinção do recurso foi mantida; entretanto, foi criada técnica de julgamento de extensão do colegiado, motivado exatamente pela existência de um voto vencido.

5. A técnica se diferencia do recurso, em primeiro lugar, pela natureza. Retira-se a voluntariedade (isto é, sua aplicação se dá de forma obrigatória e de ofício).

6. A técnica ainda se diferencia pelas hipóteses de aplicação: no julgamento não unânime de recurso de apelação (de forma ampla, independente de se tratar de matéria de mérito e independente se a sentença esteja ou não sendo reformada), no julgamento não unânime de agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito, e no julgamento não unânime de ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença.

7. A técnica se equipara ao recurso no propósito de levar o desacordo a sério, fomentando a deliberação entre os julgadores em decorrência da existência de um voto divergente. Além de reforçar a independência do julgador, o voto vencido deve ser sempre considerado como um indício de potencial evolução do direito.

8. Porém, a deliberação, além das virtudes mencionadas, também tem custos, resultantes do grande volume de processos, ocasionando a demora no julgamento dos casos.

9. A alteração promovida pelo CPC/2015 enfrentou apenas um dos problemas atribuídos aos embargos infringentes: retirou-se o prazo para a interposição de recurso, para a apresentação de contrarrazões e para o exame de sua admissibilidade.

10. Entretanto, não se resolve a crítica da demora de se finalizar o

juízo no tribunal de segunda instância. Além de submeter todos os julgamentos não unânimes, nas hipóteses de sua aplicação, à técnica, o prosseguimento da sessão de julgamento tem sido atrasado, especialmente naqueles tribunais cujas turmas são compostas por apenas três desembargadores.

11. Pela falta de dados estatísticos sobre os embargos infringentes e sobre a nova técnica, não é possível afirmar se os benefícios de se fomentar a deliberação em decorrência da existência do voto vencido são maiores ou menores que os seus custos.

REFERÊNCIAS

- ALDER, John. Dissents in courts of last resort: tragic choices?. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2000.
- BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.
- BRENNAN, William J. In defense of dissents. *The Hastings Law Journal*, v. 37, 1985.
- BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BUZAID, Alfredo. *Anteprojeto de código de processo civil*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1964.
- BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. *Estudos de direito*, v.1, São Paulo: Saraiva, 1972.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. O novo regime dos embargos infringentes e a súmula 207 – STJ. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 30, n. 92, 2003, p. 141-148.
- CASTRO, Christiano Alves Monteiro de. *Técnica de ampliação da colegialidade: uma análise empírica da aplicação do instituto no julgamento de apelação cível no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Orientadora: Renata Christiana Vieira Maia. 2021. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Belo Horizonte, 2021.
- DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. V.1. Salvador: Juspodivm, 2013.
- LYNCH, Andrew. Is judicial dissent constitutionally protected?. *Macquarie Law Journal*, v. 4, 2004.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Saraiva: São Paulo, 2011.

- MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; PAGANI, Rodrigo. (Org.). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- MENDES, Conrado Hübner. Qual voz das ruas?. *O Estado de São Paulo*, 02 de outubro de 2013.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Novas vicissitudes dos embargos infringentes. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: 2004, p. 157-169.
- NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, set. 2011.
- RIVAROLI, Bruna Valentini Barbiero. *Ampliação da colegialidade: técnica de julgamento do artigo 942 do Código de Processo Civil*. Orientadora: William Santos Ferreira. 2017. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2017.
- SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*. V. 10, nº 2, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, 2015.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, 2013.
- STACK, Kevin, M. The practice of dissent in the Supreme Court. *Yale Law Journal*, v. 105, 1996.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 189, nov. 2010.
- VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- VITALE, David. The value of dissent in constitutional adjudication: a context-specific analysis. *Review of Constitutional Studies*, v. 19, issue 1, 2014.

O PROCESSO COLETIVO E SUA PERSPECTIVA ATUAL E LEGISLATIVAMENTE PROJETADA: REFLEXÕES A PARTIR DE SEUS ELEMENTOS ESSENCIAIS COMO CONTRIBUTO AOS FLEXOS DESENVOLVIMENTISTAS ^{401 402}

THE COLLECTIVE PROCESS AND ITS CURRENT AND LEGISLATIVELY PROJECTED PERSPECTIVE: REFLECTIONS FROM ITS ESSENTIAL ELEMENTS AS A CONTRIBUTION TO DEVELOPMENTAL FLEXES

Antônio Pereira Gaio Júnior

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – POR. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-POR. Doutor em Direito pela UGF. Mestre em Direito pela UGF. Pós-Graduado em Direito Processual pela UGF. Visiting Professor no Ius Gentium Conimbrigae – FDUC-POR. Professor Associado de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Coordenador da PósGraduação em Direito Processual Contemporâneo – UFRRJ. Membro da International Association of Procedural Law-IAPL. Membro da International Bar Association – IBA. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da Associação de Direito e Economia Europeia – ADEE. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Processo Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB NACIONAL. Líder do Grupo de Pesquisa Processo Civil e Desenvolvimento (UFRRJ/CNPq). Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista. Juiz de Fora/MG, Brasil. www.gaiojr.com. E-mail: jgaio@terra.com.br

RESUMO: Trata-se artigo que procura analisar o panorama legislativo e os problemas que envolvem o processo coletivo, sobretudo no seu modo de ser, tendo em vista o necessário exercício de uma cidadania processual voltada à

efetiva e justa realização do exercício de direitos em uma demanda judicial. Trata-se da perspectiva do Desenvolvimento voltado ao caráter interno do Processo enquanto instrumento apto à melhoria da

⁴⁰¹ Artigo recebido em 17/12/2023 e aprovado em 02/07/2024.

⁴⁰² Grupo de Pesquisa em Processo Civil e Desenvolvimento (UFRRJ/CNPq). Grupo de Pesquisa “Processo Civil e Desenvolvimento”, da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), coordenado e orientado pelo Prof. Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior, contando com a participação efetiva de membros Doutores, Mestres, Pós-Graduados e Graduandos em Direito da mesma Instituição, nominalmente: Dara Ribeiro Resende, Elienai Pessoa Silva, Fábila Antonio Silva, Felipe de Faria Miguel, Fernanda Barbosa Garcia da Cruz, Fernanda Cássia Andrade Valadares, Gustavo Bottaro de Carvalho Cruz, Igor Areas Reis Cipriani, Jorge Baptista Canavez Júnior, Luís Fernando Oliveira Júnior, Malu Medeiros Cortasio, Pedro Varella Guedes Dunley e Renata Nunes da Silva Souza Lima.

qualidade de vida, ou seja, seus flexos. Para isso, a partir da metodologia aplicada ao presente estudo - bibliográfica e documental - mirou-se em conceitos nodais para o processo coletivo, a saber: legitimidade, prova, coisa julgada e execução, conforme previstos na legislação do microsistema do processo coletivo, para então analisar o conteúdo do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado em conjunto nos programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), bem como os Projetos de Lei n. 4.441/2020 e 1.641/2021, ambos disciplinando uma nova Lei de Ação Civil Pública, propostos pelo Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP).

PALAVRAS-CHAVE: Processo Coletivo; Processo e Desenvolvimento; Direitos Coletivos; Cidadania Processual. Acesso à Justiça.

ABSTRACT: His article seeks to analyze the legislative panorama and the problems involving the collective process, especially in its way of being, taking into account the necessary exercise of procedural citizenship aimed at the effective and fair realization of the exercise of rights in a judicial demand. This is the Development perspective focused on the internal character of the Process as an instrument capable of improving the quality of life, that is, its flexes. To this end, based on the methodology applied to the present study - bibliographic and documentary -

we looked at key concepts for the collective process, namely: legitimacy, proof, *res judicata* and execution, as provided for in the legislation of the collective process microsystem, to then analyze the content of the Draft of the Brazilian Code of Collective Processes, prepared jointly in the *Stricto Sensu* Postgraduate programs of the State University of Rio de Janeiro (UERJ) and the Estácio de Sá University (UNESA), as well as the Projects of Law no. 4,441/2020 and 1,641/2021, both regulating a new Public Civil Action Law, proposed by Federal Deputy Paulo Teixeira (PT/SP).

KEYWORDS: Collective Process; Process and Development; Collective Rights; Procedural Citizenship. Access to justice.

INTRODUÇÃO

É comum aos fenômenos jurídicos as suas transformações decorrentes do tempo e do espaço, i.e., a dinâmica que se implementa nos mais diversos setores da vida e sociedade e suas relações com o Direito enquanto uma Ciência Social Aplicada.

Nisso, com o Direito Processual enquanto conjunto de regras que procuram balizar, em geral, a reconstituição de um direito, seja declarando, constituindo, condenando alguém, não é diferente.

Se é verdade que o tecido social, na sua individualidade, se fez e se faz marcante como característica inerente ao homem no âmbito de seus próprios interesses e evolução, diferente não se

foi, sobretudo desde o início do século XX, que movimentos sociais impulsionaram à nova dinâmica por meio de uma ótica de massas, onde, em demandas que envolveram, por ex., movimentos coletivos em prol de acesso à medicamentos e sua qualidade, direitos trabalhistas, direitos políticos e de minorias, buscou-se o reconhecimento de direitos coletivos e daí, diante de sua inadimplência, pública ou privada, haveria de se ter regramentos condicionadores a atuação do processo como instrumento restaurador de direitos inadimplidos.

Nesta síntese introdutória e apertada é que se encontra o objeto central do presente estudo, ou seja, o Processo Coletivo.

Destarte, aqui o Processo Coletivo será desnudado em elementos centrais que contemplam suas regras, tudo visando respeito para com o Processo justo, tais como a legitimidade, a prova, a coisa julgada e a execução, de modo a que se possa, em uma visão panorâmica, cotejar as diversas legislações pátrias que tocam o Processo dito Coletivo com o Projetos de Lei n. 4.441/2020 e 1.641/2021 e o Anteprojeto de Lei para um Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado em conjunto nos programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) que, igualmente, procuram dialogar com o

aperfeiçoamento e mesmo implementação de novas formas de racionalizar os elementos centrais supra indicados.

1. CIDADANIA PROCESSUAL E DESENVOLVIMENTO

De textura aberta e polissêmica, o conceito de cidadania proporciona um possível conjunto de perspectivas a partir do objeto que se quer mirar.⁴⁰³ Entretanto, entre si, guarda pelo menos uma característica comum, identificada como “participação”, esta efetivamente exercitada pelo indivíduo/sociedade junto ao Estado, tanto na fiscalização como na realização dos direitos garantidos pelo respectivo ordenamento a todos posto.

Em sede de sua historicidade, a origem da palavra cidadania advém do latim *civitas*, significando cidade.

Na Grécia antiga, era considerado cidadão aquele nascido em terras gregas.

Já em Roma a palavra cidadania indicava a situação política de uma pessoa assim como os direitos que ela tinha e/ou o seu exercício.

Em um conceito mais amplo, cidadania significaria a qualidade de ser cidadão, e conseqüentemente, sujeito de direitos e deveres, o que, aliás, significa entendimento que se emprega em sentido jurídico, sendo cidadão o

⁴⁰³ Sobre o assunto, cf. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassarezi (Orgs.). *História da Cidadania*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2003; CARVALHO, José

Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado.⁴⁰⁴

De fato, a relação entre cidadãos e o Estado possui característica dúplice: de um lado, os cidadãos participam da fundação do Estado e, portanto, sujeitos estão ao pacto que o criou; do outro, sendo o Estado obra dos próprios cidadãos, os mesmos têm o dever de zelar pelos bens e serviços públicos, participando ativamente no acompanhamento e fiscalização destes, seja decorrentes da oferta direta pelo próprio Estado ou mesmo daqueles autorizados, permissionários ou em concessão a entes privados, particulares em exercício de atividade estatal, conforme supracitado.⁴⁰⁵

No mesmo sentido, os agentes estatais, como cidadãos investidos de funções públicas, têm o dever de atuar com base nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, responsabilizando-se por todos os seus atos e prestando conta dos mesmos.

Uma relação que deve se caracterizar pelo equilíbrio e harmonia entre as expectativas dos cidadãos e a

atuação estatal é o ideário a ser alcançado por qualquer tecido social.

Nota-se daí que o conceito de cidadania vai muito além de uma simples participação eleitoral de escolha de um representante em processo eletivo. Ser cidadão significa também tomar parte da vida em sociedade, tendo uma participação ativa no que diz respeito aos problemas da comunidade.

Atesta Dalmo de Abreu Dallari⁴⁰⁶ que a cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.

A cidadania, por tudo, deve ser entendida, como um processo contínuo, uma construção coletiva que procura a realização efetiva dos Direitos Fundamentais, contribuindo para a concretização de uma sociedade mais justa e solidária.

O serviço público da justiça⁴⁰⁷ deve ser objeto do zelo pelo cidadão, de

⁴⁰⁴ “(...) o Estado não pode ser compreendido sem Direito – que transforma os homens em cidadãos, que estabelece as condições de acesso a cargos públicos, que confere segurança às relações entre os cidadãos e entre eles e o poder.

Para lá dos elementos histórico, geográfico, económico, político, moral e efectivo, encontra-se sempre um elemento jurídico traduzido na criação de direitos e deveres, de faculdades e vinculações. Os governantes têm o *direito* de mandar e os governados o *dever* de obedecer. Não bastam a força ou a conveniência: não há uma ideia de Poder sem uma ideia de Direito e a

autoridade dos governantes em concreto tem de ser uma autoridade constituída – *constituída* por um conjunto de normas fundamentais, pela *Constituição* como quer que esta se apresente.” MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.2.

⁴⁰⁵ Cf. o “Estado-comunidade” e o “Estado-poder” em MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição...*, p.1.

⁴⁰⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p.14

⁴⁰⁷ “*La Justice est aussi un service public, au même titre que l’Éducation nationale ou les Affaires, étrangères (...). Il n’est pas excessif de*

modo a ser considerado em sua fiscalização bem como em seu uso e gozo, traduzindo-se em um interesse tanto individual quanto coletivo para consecução qualitativa do exercício pragmático ao qual aquele serviço se presta e destina: prestar justiça.⁴⁰⁸

O processo como instrumento da jurisdição e de garantias do cidadão, apto a exercer a cognição, o reconhecimento, a execução e a realização de um direito devido, deve tanto em sua forma intrínseca (procedimental) e extrínseca (efetivação da tutela jurisdicional e seus efeitos para além do processo) merecer a fiscalização e controle em seu uso e gozo, seja pelos partícipes da demanda como por todos os interessados no pleno exercício da virtude cidadã, em sintonia com a própria vontade coletiva que vê no serviço público da justiça também a atuação concreta da vontade do Estado, pois que, conforme bem regra o art. 8º do Código de Processo Civil, deve o magistrado ao aplicar o ordenamento jurídico, atender aos **“fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”**

Em relação à prestação jurisdicional e desenvolvimento como melhoria da qualidade de vida, insta

aqui apenas pontuar em breve passagem, a dimensão social do processo em sentido lógico, especificamente relativo à causa e efeito, objetos de sua realização.

A dimensão social pela qual o processo deva ser vetorizado, hodiernamente, é noção necessária deste instrumento e ao mesmo tempo, de garantia do cidadão contra qualquer forma de aviltamento de seus direitos, dado que é exatamente porque nele é que o jurisdicionado deposita confiança, esperando alcançar sua verdade em tempos onde o descumprimento de uma obrigação acertada é bom negócio para muitos.

Espera o cidadão ainda mais: a satisfação decorrente desta verdade, na medida em que, uma vez reconhecida e não cumprida pela parte recalcitrante, necessitará ele, novamente, de um instrumento apto a transformar a declaração formal de seu direito em atividade dinâmica e realizadora concreta no mundo dos fatos do direito devido.

Taruffo, em notável síntese acerca do ambiente pelo qual o Processo opera, bem leciona:

El proceso es, em realidad, también um ‘lugar’ em que se aplican normas, se realizan valores, se aseguran garantías, se reconocen derechos, se tutelan intereses, se efectúan

dire que la Justice est um des grands services publics de État.” PERROT, Roger. *Institutions Judiciaires*. 13 ed. Paris: Montchrestien, 2008, p. 53

⁴⁰⁸ “Em réalité, la justice est um servisse fourni par L’État aux citoyens à leur demande em vue de

résoudre des conflits juridiques”. (OGUS, Anthony. La procédure civile dans une perspective économique. In: VOGEL, Louis (Direction). *Droit Global Law*. Paris: Panthéon-Assas, 2010, p.23).

*elecciones económicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las personas, se tutela la libertad de los individuos, se manifiesta la autoridad del Estado... y se resuelven controversias por medio de decisiones deseablemente justas.*⁴⁰⁹

Nestes termos é que se faz exatamente acertada a perspectiva que Cappelletti, ao mirar a dimensão social do processo:

*Sob esta nova perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e de seu produto (as normas gerais e especiais), mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da Justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais.*⁴¹⁰

Disso então, despiciendo é afirmar a relação direta entre o uso do serviço público da justiça por seu

usuário,⁴¹¹ os respeito aos direitos fundamentais processuais que se relacionam entre si na dinâmica das relações jurídicas processuais e procedimento (binômio correspondente à natureza jurídica do processo) e a perspectiva dos efeitos que a decisão judicial, decorrente de todo o exercício regular do processo toma no mundo dos fatos, tanto na realização do direito material perquirido como na dimensão que um *decisum* pode gerar como impacto social, econômico, político e/ou jurídico em uma sociedade, tanto em nível individual e aqui, mais decisivamente, o coletivo, demonstrando *per si*, o alcance do significado e realização do desenvolvimento enquanto melhoria da qualidade de vida.⁴¹²

Em modo intrínseco, conteúdos de um processo coletivo miram a própria regularidade de seu objeto, nisso também o seu modo de ser, *ex vi* da legitimidade para a pretensão de direito, as provas pelas quais se debruçaram a aludida pretensão, a coisa julgada como atestado de validade e segurança

⁴⁰⁹ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 156

⁴¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p.15.

⁴¹¹ A Lei Federal n.13.460/2017 dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, sendo de importante instrumento a regular a própria relação entre o cidadão usuário (pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço

público, art.2º, I) e a Administração Pública, aí incluso, como cedido, órgão ou entidade integrante da administração pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, *ex vi* do art.2º, III da digitada lei, valendo reforçar a compreensão de Serviço Público como atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública (art.2º, II).

⁴¹² Cf. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Processo Civil, Direitos Fundamentais Processuais e Desenvolvimento. Flexos e reflexos de uma relação*. 3 ed. Londrina: Thoth, 2024.

jurídica do comando decisório e a execução do reconhecimento da verdade possível apurada na marcha procedimental, sendo certo que o processo enquanto instrumento e garantia do cidadão deve se mirar pelos predicados da participação democrática, lapso temporal razoável e compatível com a sua complexidade e efetividade dos comandos decisórios, a fim de cumprir com o desiderato da entrega do real e crêdulo exercício de cidadania, aqui a processual.

2. LEGITIMADOS

Considerando a natureza dos direitos que podem ser tutelados por meio das ações coletivas, o primeiro ponto a ser analisado diz respeito aos conceitos de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, para se refletir sobre os legitimados a essa propositura e sua atuação.

2.1 CONCEITO DE DIREITOS COLETIVOS, DIFUSOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O conceito legal dos direitos metaindividuais encontra-se no âmbito infraconstitucional. Denominados ainda de direitos coletivos *lato sensu*, estão disciplinados no artigo 81 da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor - CDC, quais sejam, direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Ao conceituá-los, a legislação refere-se a interesses ou direitos no rol dos incisos que integram o artigo. Assim, importa pontuar a diferença entre ambos, haja vista que interesse versa sobre a pretensão e o direito é a previsão dessa em lei. Levando-se em consideração o tecnicismo, seria adequado falar em direito e não em interesse.

O artigo 81, inciso I do CDC trata a respeito do conceito de direitos difusos. Eles são transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e unidas por circunstâncias de fato.

A definição legal dos direitos coletivos *stricto sensu* encontra-se no inciso II do referido artigo. São transindividuais, de natureza também indivisível e sua titularidade pertence ao grupo, categoria ou classe de pessoas que estejam ligadas entre si ou com a parte contrária por intermédio de uma relação jurídica base.

Por sua vez, o inciso III conceitua os direitos individuais homogêneos, como sendo aqueles que decorrem de origem comum. Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim assinalam que o dispositivo traz como novidade o tratamento coletivo de direitos individuais.⁴¹³

2.2 A LEGITIMIDADE: CONTORNOS ATUAIS E NA PERSPECTIVA DAS PROPOSTAS MODIFICATIVAS

⁴¹³ Wambier, Luiz Rodrigues, Alvim, Teresa Arruda. *Anotações sobre as ações coletivas no Brasil – presente e futuro*. p.612

Sobre a legitimidade, de acordo com entendimento apresentado no art.17 do Código de Processo Civil, para que uma petição inicial seja considerada válida é exigido o preenchimento dos requisitos processuais mínimos, sem os quais o Estado não prestará a tutela jurídica pleiteada, ou seja, extinguirá o processo sem resolução do mérito, fenômeno denominado de carência da ação.

Assim, a legitimidade deve ser entendida como a possibilidade de o titular do direito material defender em juízo seu direito, isto é, legitimidade para estar em juízo. No CPC há dois tipos de legitimidade, levando-se em conta o critério a respeito da possibilidade de outrem defender em juízo direito alheio, que são: a ordinária e a extraordinária.

Denominada legitimidade ordinária ou comum, é aquela em que o próprio titular do direito material promove a defesa de seu direito em juízo. Já a legitimidade extraordinária, nos termos do art. 18 do CPC, é aquela que, quando autorizado por lei, permite que outrem venha a juízo, defendendo direito alheio.

Ocorre que o conceito de legitimidade aplicado ao processo individual não deve ser transposto de forma ampla às ações coletivas, posto que naquele primeiro a legitimidade se dá, necessariamente, quando o titular da ação for o mesmo do direito material, enquanto que nas ações em que se pleiteiam direitos transindividuais, por vezes, o ente legitimado age como “substituto processual”, ou seja, em nome próprio na defesa de direito alheio.

A exemplo dos legitimados em ações de cunho coletivo temos o artigo 82, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece como legitimados o Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Na mesma esteira, o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública - LACP (Lei n.7.347/85), a Ação Popular no art. 5º, LXXIII da CF/88 e art.1º da Lei n. 4717/65, bem como o Mandado de Segurança Coletivo com previsão no art. 5º, LXX e art. 21 da Lei n. 12.016/2009.

Embora haja vários entendimentos sobre a legitimidade no âmbito coletivo e longo debate acerca da nomenclatura mais adequada a ser utilizada, o que se pretende demonstrar é que a determinação da terminologia tem sua importância reduzida quando comparada à crise de representatividade dos legitimados legais para com os titulares do direito

Apesar da boa intenção do legislador em atribuir a órgãos e entidades o dever de buscar a tutela jurisdicional dos direitos violados de certo grupo, por entender que seus representantes teriam melhores condições para a busca da efetivação do direito, o que se presencia é a quebra de expectativa daquilo que os interessados esperam da prestação jurisdicional para aquilo que os legitimados efetivamente buscam.

A problemática decorre do fato de que nem sempre há satisfação do titular do direito quando ele entrega sua vontade àquele que por lei é legitimado

para a propositura da ação coletiva, constituindo, muito vezes, um verdadeiro descompasso entre o interesse real da sociedade e o interesse específico de um ente, grupo ou associação habilitada a litigar.

O que se verifica atualmente é que os legitimados naturais da demanda coletiva são, de plano esquecidos, tão somente por não lhes ser oportunizada a participação ativa em lides coletivas.

Bem por isso, defende-se a renovação de conceitos como o direito de ação, direito subjetivo, direito objetivo e relação processual, em obediência aos princípios e garantias fundamentais estatuídos pela Constituição de 1988, de forma que os interessados também passem a ser contemplados no rol de legitimados.

Ainda neste campo, somos partidários da proposta de resolução apta a reduzir o problema da crise de legitimidade, através da adoção mais frequente de audiências públicas com objetivo de proporcionar a escuta ativa e o acolhimento das opiniões dos reais

titulares do direito, de forma a fortalecer o aspecto democrático do processo.⁴¹⁴

Assim sendo, sugere-se como solução legislativa para resolução do descompasso da atuação do legitimado para com a vontade do titular do direito, a previsão legal de facultatividade de conceder a legitimidade ao MP para a propositura de ações coletivas, de forma que ao escolhê-lo os titulares do direito estariam abrindo mão, variavelmente, de seus interesses pessoais.

Feitas essas observações acerca do sistema atual, é necessário verificar o tratamento dado a este instituto nos projetos existentes, quais sejam, o anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, elaborado pela parceria UNESA/UERJ em 2005, o Projeto de Lei n. 4441/2020, que disciplina o procedimento da Nova Lei de Ação Civil Pública e o Projeto de Lei n. 1641/2021, que disciplina a ação civil pública, ambos propostos pelo Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP).^{415 416}

⁴¹⁴ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; OLIVEIRA JUNIOR, Luis Fernando. Considerações introdutórias sobre a Tutela Coletiva e sua qualidade satisfativa. In: Edilson Vitorelli; Gustavo Osna; Hermes Zaneti Jr.; Luis Alberto Reichelt; Marco Felix Jobim; Sérgio Cruz Arenhart. (Org.). *Coletivização e Unidade do Direito*. Vol. IV. Londrina: Thoth, 2023, v. 1, p. 95-112.

⁴¹⁵ *Anteprojeto*: Esboço, proposta ou versão preliminar de um texto ainda não apresentado formalmente como proposição à Casa Legislativa; *Projeto de Lei (PL)*: Proposição destinada a dispor sobre matéria de competência normativa da União e pertinente às atribuições do Congresso Nacional. Sujeita-se, após aprovado, à sanção ou ao veto

presidencial; *Proposição*: Denominação genérica de toda matéria submetida à apreciação da Câmara, do Senado ou do Congresso Nacional. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-legislativo/-/legislativo/lista>>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁴¹⁶ Tanto o PL n. 1641/2021 quanto o chamado “Projeto do CNJ” (PL n. 4778/2020), foram pensados ao PL n. 4441/2020, que está em tramitação junto à Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania desde 21 dez. 2020. O PL n. 4778/2020 não será abordado neste artigo. Andamento do PL n. 4441/2020, disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/?idProposicao=2261966>>. Acesso em: 29 dez. 2023.

No que se refere à legitimidade ativa do Ministério Público, as propostas parecem ter o mesmo entendimento vigente de que o órgão ministerial possui legitimidade universal para defesa dos direitos difusos e coletivos. Entretanto, é importante frisar que o anteprojeto da UERJ/UNESA fez questão de salientar a legitimidade do Ministério Público para defesa dos direitos individuais homogêneos, incorporando ao texto legislativo o entendimento vigente do Superior Tribunal de Justiça. Em relação à legitimidade da Defensoria Pública, o PL n. 4441/2020 manteve o que já vem sendo praticado na redação atual da LACP, não deixando claro se a Defensoria Pública seria legitimada para atuar além dos limites da hipossuficiência. Ao contrário, o anteprojeto da UERJ/UNESA limita a atividade da Defensoria quando os interessados tutelados forem predominantemente hipossuficientes.

Assim, nos parece que, ao limitar a atuação da Defensoria Pública, estaria o legislador promovendo a limitação do acesso à justiça, tendo que, na prática, nem sempre há como aferir a hipossuficiência em concreto, como nos casos dos direitos difusos em que há indeterminação da quantidade de titulares. Além disso, numa perspectiva de economia processual, não seria crível limitar o órgão impedindo sua atuação para atingir um número maior de interessados, sobretudo em regiões em que os outros legitimados não se fazem presentes.

Outro ponto comparativo que chama atenção no anteprojeto e nos PLs é a legitimidade da Administração Pública Indireta para a tutela dos interesses coletivos (*lato sensu*). Atualmente, a LACP confere legitimidade ativa às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem fazer distinção quanto ao interesse na propositura da ação. Entretanto, tanto os PLs quanto o anteprojeto UERJ/UNESA limitam a atuação da Administração indireta, utilizando-se do critério da demonstração do interesse processual. Nesse sentido, seria lícito à uma autarquia Estadual de proteção ao meio ambiente promover ação civil pública para defesa da fauna local, mas não seria razoável que a mesma autarquia propusesse ação coletiva para tutela do direito do consumidor, por exemplo.

Observa-se que, na prática, a jurisprudência tem entendido ser necessária a demonstração da pertinência temática para a propositura desses meios de ação coletiva, tendo os PLs e o anteprojeto intentado positivar o que já é prática em nossos tribunais.

No que tange à legitimidade das associações, a legislação atual estabelece como critérios concomitantes que esteja constituída há pelo menos um ano e que em suas finalidades institucionais estejam incluídos “a proteção ao patrimônio público e social e ao meio ambiente ao consumidor, a ordem econômica, a livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou

patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico”⁴¹⁷. A maior divergência entre os textos se dá quanto à necessidade de autorização assemblear para a defesa dos direitos protegidos. No PL n. 4441/2020, surge como indispensável a autorização assemblear, enquanto o PL n. 1641/2021 e o anteprojeto UERJ/UNESA a dispensam.

Nota-se que a ideia de uma permissão assemblear para propositura da demanda pode ser defendida numa perspectiva de uma avaliação prévia acerca dos custos e desdobramentos que o processo poderá ter. Desse modo, não estaria o legislador vedando a participação de uma associação, mas apenas garantindo que eventuais discussões internas não prejudiquem o andamento do processo.

Já no inciso VI do art. 6º, do PL n. 4441/2020 e no inciso IX, do art. 7º, do

PL n. 1641/2021, há um cuidado maior com a legitimidade das comunidades primitivas e afrodescendentes, dando legitimidade ativa às comunidades indígenas e quilombolas, para defesa, em juízo, dos seus respectivos grupos, constituindo avanço nessa matéria, já que, embora tais grupos até possam ter restrição de recursos econômicos para a onerosidade do processo, há de se notar que nem sempre os outros legitimados conseguem traduzir no curso da ação as agressões a direitos coletivos sofridas por esses grupos, devido a suas particularidades culturais.

Entretanto, o ponto de maior inexatidão no PL n. 1641/2021 está nos parágrafos 1º e 2º, e seus incisos, do art. 7º, que institui critérios para a adequação da legitimidade ao caso concreto.⁴¹⁸ Lado outro, o anteprojeto de 2005 também dispõe de mecanismos semelhantes.⁴¹⁹

⁴¹⁷ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347/Compilada.htm>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁴¹⁸ Art. 7º. “(...)§ 1º A adequação da legitimidade ao caso concreto pressupõe que a finalidade institucional da entidade tenha aderência à situação litigiosa ou ao grupo lesado. § 2º Na análise da legitimação do autor, o juiz deverá considerar o grau de proteção adequada do grupo ou do interesse protegido, avaliando dados como: I - credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; II - seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos previstos nesta lei; III - sua conduta em outros processos coletivos; IV - a pertinência entre os interesses tutelados pelo legitimado e o objeto da demanda; V - o tempo mínimo de instituição da associação de 1 (um) ano e a representatividade desta perante o grupo, categoria ou classe. § 3º Os requisitos expressos

no § 2º para a adequação da legitimidade do autor poderão ser dispensados pelo juiz quando haja manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão, urgência, característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido e a legitimação adequada possa ser aferida por outros critérios aplicáveis ao caso.”

⁴¹⁹ Art. 8º. “Requisitos específicos da ação coletiva. São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz: I - a adequada representatividade do legitimado; II - a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas. § 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo,

Da leitura dos dispositivos citados, pode-se verificar o uso de expressões e critérios indefinidos tais como credibilidade, capacidade e experiência do legitimado, além de seu histórico de defesa desses interesses. A aplicação desses conceitos abertos poderia resultar numa insegurança jurídica já que, facilmente, a instituição poderia ter sua legitimidade reconhecida por um magistrado em uma comarca e não reconhecida por outro magistrado em outra comarca. Não bastasse isso, o uso de expressões indefinidas resultaria numa maior participação do Poder Judiciário para uma questão que poderia ser resolvida pelo legislador.

Por fim, outro ponto que chama atenção é que apenas o anteprojeto UERJ/UNESA previu a ampliação da legitimidade para qualquer pessoa física. Tal ampliação, ainda que *prima facie* possa ser tida como um avanço no acesso à justiça, seria, na prática, uma inovação contrária ao espírito da ação civil pública, já que o instituto foi

concebido diante da fragilidade do cidadão face ao Estado e às Instituições combatidas pelo instrumento da ação popular.^{420 421}

Assim, passamos ao exame do instituto das provas no âmbito do processo coletivo e a sua análise no anteprojeto e nos projetos de Lei estudados.

3. PROVAS

Prepondera no processo civil brasileiro a persuasão racional como critério de valoração das provas, segundo o qual o magistrado é livre para formar seu convencimento, exigindo-se que apresente os fundamentos de fato e de direito, respeitando-se os princípios e garantias constitucionais. Portanto, a prova é produzida para o convencimento do órgão julgador que representa o Estado, mas é a verdade possível a grande destinatária da prova.⁴²²

Em relação ao instituto da prova, cabe mencionar que a LACP e o CDC, principais normas que formam o

categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.”

⁴²⁰ “Além disso, a ação popular tinha como único legitimado o cidadão que, em alguns casos, poderia ficar desencorajado ante a complexidade das questões, o vulto das despesas e a força política e econômica dos adversários”. (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 211).

⁴²¹ “É preciso, todavia, cercar de cautelas essa

‘participação popular através da Justiça’, sob pena de incorrer em dois grandes riscos: a) a criação de uma área de atrito causada pela atuação do Poder Judiciário, acarretando uma resistência ao avanço da Justiça nas áreas tradicionalmente reservadas a outros Poderes; b) Uma canalização exclusiva dos interesses difusos ao Judiciário atingiria, por ricochete, um resultado indesejável, qual seja: a limitação da exteriorização desses interesses a uma só forma ou meio de expressão.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3 ed. São Paulo: RT, 1994, p. 107.

⁴²² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Ob.cit.*, p.575.

arcabouço básico do microsistema da tutela coletiva, não criaram um regime específico de prova para o processo coletivo. Assim, depara-se com normas espalhadas pelo ordenamento jurídico em diferentes legislações.

Em regra, segue-se a aplicação do ônus da prova com base no Código de Processo Civil, sendo observado, em regra, o sistema estático. Não obstante, a distribuição do ônus probatório de forma dinâmica, aos poucos, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência de maneira que, analisando-se cada caso concreto, é possível sua aplicação nos processos coletivos, uma vez que as demandas que envolvem interesses coletivos possuem maior diferença entre a situação das partes, como também se verifica a possibilidade de o réu produzir mais facilmente as provas relacionadas aos fatos alegados na demanda.⁴²³

Frisa-se que, nos processos coletivos a relevância da prova se amplia, uma vez que os efeitos das decisões proferidas podem repercutir sobre um número considerável de pessoas. Nesse sentido, a prova produzida pode demandar uma abordagem especial dada a multiplicidade de interesses e a complexidade inerente a esses casos. Sobretudo, deve-se levar em consideração que a prova, nos processos coletivos, perpassa pela

representatividade adequada das partes e a demonstração da pertinência temática, não se limitando apenas à verificação dos fatos alegados.

Diante da inquestionável importância das provas no processo coletivo, as propostas analisadas apresentam o funcionamento deste instituto, levando em consideração as mudanças da sociedade brasileira, o que passamos a ver.

3.1 FATO COLETIVO E COLETIVIZAÇÃO DA PROVA

A prova, como já pontuado, é estrutura fundamental para se alcançar a verdade dos fatos, ou para se aproximar tanto quanto possível dela. Conforme assertivo entendimento, Castro Mendes assegura que a prova é, em sua essência, ponte para que seja atingida uma possível verdade ou para que cheguemos o mais próximo quanto possível deste vislumbre que não raro parece inatingível⁴²⁴.

A problemática, entretanto, se manifesta em casos em que o direito alegado é dependente de provas que não se tem. Nesse sentido, o fato coletivo e a coletivização da prova surgem como temáticas que elevam o arcabouço probatório das partes judicantes, posto que o fato comprovado e a prova juntada aos autos de determinado processo seriam

⁴²³ FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e os processos coletivos. *Revista dos Tribunais* [recurso eletrônico], São Paulo, n. 971, set. 2016. Disponível em:

<<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/110545/Eduardo%20de%20Campos%20Ferreira%20.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2023.

⁴²⁴ MENDES, João de Castro. *O Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, 1961.

passíveis de circulação entre outras demandas. O abastecimento probatório em demandas judiciais que, não raro, são encerradas por insuficiência de provas, o aumento da possibilidade de provar o alegado, a redução do tempo de tramitação dos processos e a eficiência na resolução das demandas são exemplos concisos da implicação positiva dessa matéria.

3.2 PROVA EMPRESTADA

Assevera o CPC/15, em capítulo destinado ao instituto das Provas, que determinados tipos de fatos não necessitam essencialmente de acompanhamento probatório para serem atestados como verdadeiros. Em contrapartida, por representarem tão somente uma parcela dos casos em trâmite nos tribunais, optou o legislador do CPC/15 em assentar a prova emprestada⁴²⁵ que, em síntese, é aquela que fora juntada em outro processo e que, independentemente da similitude das partes, deseja-se utilizar em processo diverso.

Ainda que seja de grande valia a utilização de prova oriunda de outro

processo, não há disposições que tratem sobre a prova emprestada no microssistema da tutela coletiva vigente e apesar de ser possível extrair essa matéria do texto do art. 24, parágrafo 2º, do PL n. 1.641 de 2021, o avanço dessa matéria é tímido e quase oculto.

No entanto, conquanto a prova emprestada esclareça de forma satisfatória os pontos positivos da comunicação de provas entre ações variadas, há ainda algumas opções que, em essência, guarnecem o mesmo objetivo, como a Reunião de Demandas ou Conexão⁴²⁶ (art. 55 do CPC/15), a Cooperação Nacional (art. 67 e ss. do CPC/15) e a Produção Antecipada da Prova Coletiva (art. 381 e ss. do CPC/15), sendo esta última o único mecanismo dentre os demais citados que está presente no Projeto de Lei Ada Pellegrini Grinover (PL n. 1641/2020), especificamente nos artigos 12 e 24. Ainda que com redações sucintas, as disposições satisfazem minimamente e viabilizam a utilização da produção antecipada da prova.

3.3 PUBLICIZAÇÃO DA PROVA

⁴²⁵ A prova emprestada está prevista no art. 372 do CPC/15. O Enunciado n. 591 da Súmula de jurisprudência do STJ, o Enunciado n. 30 das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) e os Enunciados n. 52 e 302 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) também tratam sobre a prova emprestada.

⁴²⁶ Para Cernelutti, a definição de conexão envolve “una grande ampiezza o elasticità” (em tradução livre: uma grande amplitude ou elasticidade) e exige a solução de questões comuns, ou seja, questões idênticas. É a

identidade das questões, e não a identidade (total ou parcial) dos elementos da disputa, que determina ou constitui a conexão (CARNELUTTI, Francesco. *Apud PASCHOAL, Thaís Amoroso. Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 205). A conexão inclui a comunhão de um, bem como a comunhão de todos: a comunhão da questão principal como de uma questão secundária; tanto de uma questão de direito quanto de uma questão de fato. PASCHOAL, Thaís Amoroso. Ob. cit., p. 205-208.

Acerca da coletivização da prova, sabe-se que é essencial que haja cooperação e harmonia entre todas as esferas do Serviço Público da Justiça, no entanto, também é necessário que a prova esteja disponível para manuseio. Uma forma bastante ágil e transparente, especialmente para as decisões judiciais é justamente a publicização da prova.

A partir do momento em que sua disponibilização se der em meio de fácil acesso, bastaria, então, o interessado ingressar no site do Tribunal correspondente e buscar pela prova apta para utilização como referência e/ou comprovação probatória também em sua demanda.

O PL n. 1641/2020 supracitado também fez menção a esse tipo de disponibilidade da prova. Aduz o art. 24, §3º: “A documentação da prova produzida ficará disponível na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal”.

Apesar de ser importante estabelecer um ponto de partida para o aproveitamento mais circular e ágil das provas produzidas, há que se considerar que a ausência de detalhamento nesse tipo de caso pode tornar a aplicação do artigo ínfima, posto que seus termos remetem à carência de compreensão de seu funcionamento empírico.

3.4. QUESTÃO HETEROTÓPICA

É indubitável que a legislação específica atual (Lei de Ação Popular, de 1965 e LACP, de 1985) não trata dos direitos coletivos em sua totalidade. É necessário, até então, proceder à

utilização de outros diplomas de forma subsidiária, com vistas a contemplar a demanda da coletividade.

Ocorre que há tempos se faz essencial maior desenvoltura ao estudo e aplicação da tutela coletiva, em suas mais variadas áreas de atuação. O que se depreende, contudo, ante a análise dos projetos e anteprojetos produzidos, é que muitos tecidos da camada coletiva não foram contemplados.

A oportunidade, após implementação de uma lei que não se atente ao preenchimento do tema por completo, será escassa. É imperioso, portanto, que se aproveite a movimentação nacional sobre os direitos coletivos e, então, seja realizada intensa colaboração laborativa que dê razão, futuramente, a um conjunto de disposições mais completo, eficaz e efetivo.

São estes os apontamentos principais acerca do instituto das provas e sua aplicabilidade, nas propostas para o processo coletivo. Assim, prosseguimos ao próximo tópico.

4. A COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

Passaremos aqui a tratar da coisa julgada e como ela pode ser entendida, tanto no âmbito dos processos individuais quanto nos processos coletivos, estendendo-se à análise do texto do anteprojeto e dos Projetos de Lei em pauta, trazendo críticas e desafios.

4.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Gaio Júnior ensina que a coisa julgada, preceito constitucional, é “a autoridade que torna imutável e indiscutível a sentença, seja definitiva ou terminativa, não mais sujeita a qualquer recurso.”⁴²⁷ Dessa forma, ocorre coisa julgada formal quando a imutabilidade só atinge a relação processual daquele processo, com sentença de extinção sem resolução de mérito, contra a qual não caiba mais recurso. Assim, como o direito material não foi discutido, o autor poderá novamente ajuizar demanda em torno dele. Todavia, se a extinção se der motivada por litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, do CPC, essa nova propositura dependerá da resolução do vício que levou à extinção do feito.

Já no caso da coisa julgada material, há extinção do processo com a resolução do mérito – sentença definitiva – ocorrendo a impossibilidade

de qualquer recurso, se tornando imutável e indiscutível.⁴²⁸

Como é cediço, o fenômeno processual da coisa julgada⁴²⁹ possui grande relevância para que se tenha um Serviço Público de Justiça eficientemente prestado, eis que, com uma orientação jurisdicional fixada e presente uma decisão com qualidade de indiscutibilidade, verificada estará a segurança jurídica da tutela jurisdicional, que representa a paz social⁴³⁰.

No entanto, é possível perceber que a conceituação comumente trazida sobre a coisa julgada é atinente aos processos individuais, ou seja, ilustra a coisa julgada incidente sobre uma lide bilateral, atingindo apenas as partes que efetivamente participaram do processo, no que se diferencia dos processos coletivos, porque ao julgar a demanda coletiva, o julgador fatalmente impactará seu espaço social.

⁴²⁷ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 507.

Quanto ao caráter constitucional da coisa julgada: 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: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2023.

⁴²⁸ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições...*, p. 507.

⁴²⁹ O artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, assim define a coisa julgada: *Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso*.

Já o Código de Processo Civil adotou, nos artigos 502 e 506, a concepção da coisa julgada como um efeito da decisão: “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. (...) Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 dez. 2023.

⁴³⁰ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições...*, p. 507.

4.2 COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO: ASPECTOS GERAIS

A fim de pontuar brevemente a construção histórica desse instituto no processo coletivo brasileiro, num primeiro momento, encontramos a previsão de coisa julgada *erga omnes* na Lei n. 4.717/1965, que regula a Ação Popular, e mais tarde, na LACP, em 1985.

Depois da promulgação da CRFB/1988, a Lei n. 8.078/90 também estabelece à coisa julgada, como regra geral, efeito *erga omnes*, exceto na improcedência por insuficiência de provas, para tutela de interesses ou direitos difusos. Atribui efeito *ultra partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe, no caso de interesses ou direitos coletivos, também excetuando-se a hipótese de improcedência por insuficiência de provas. E ainda no caso de interesses ou direitos individuais homogêneos, efeito *erga omnes*, apenas para o caso de procedência do pedido, para benefício das vítimas e seus sucessores.

Ou seja, percebe-se que, com o tempo, houve uma grande mudança no

processo civil tradicional para que, através de mecanismos processuais específicos, fosse possível alcançar a defesa de interesses metaindividuais que não eram solucionados de maneira efetiva. Hodiernamente, o processo assume uma feição em que os resultados da atividade do Poder Judiciário acabam por atingir determinados grupos ou toda a coletividade⁴³¹.

No entanto, a Lei n. 9.494/1997 modificou a redação do artigo 16 da LACP, estabelecendo a coisa julgada *erga omnes*, somente nos limites da competência territorial do órgão prolator. Isto trouxe muitas discussões quanto a seu propósito e constitucionalidade, causando a multiplicação de demandas idênticas em estados diferentes e Tribunais distintos, com diferentes decisões e quebras de isonomia.

Só em 2021 o STF declarou a inconstitucionalidade do supramencionado artigo, firmando tese de repercussão geral⁴³². Dessa forma, hoje vige a redação original do artigo 16, da Lei da ACP, restando demonstrado que a redação do artigo debatido, dada

⁴³¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. cit. Sobre o tema, GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Processo Civil, direitos fundamentais processuais e desenvolvimento: flexos e reflexos de uma relação*. Londrina: Thoth, 2021.

⁴³² Tese firmada: “I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III -

Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. RE 1.101.937/SP. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 04 abr. 2021. Data de Publicação: 14 jun. 2021. Disponível em: <
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPec a.asp?id=15346690863&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

pela Lei n. 9.494/1997 é contrária à ampliação de proteção dos direitos metaindividuais, o que ocorreu inclusive com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.^{433 434}

De acordo com o já exposto acima, tendo a coisa julgada o escopo da pacificação social, muito mais potencial de transformação – ou de estagnação – traz uma decisão revestida da qualidade de coisa julgada, no âmbito do processo coletivo.

Observe-se que, quando existem duas ações, com o mesmo objeto, uma individual e a outra coletiva, pode haver conexão, solicitada pela parte ré, que é, na maior parte das vezes, quem tem condição de saber se já há uma ação sobre o mesmo objeto, uma vez que está sendo demandada nas duas ações. Assim, seria cabível até a estipulação de uma sanção ao que quis demandar, mesmo sabendo que já havia uma ação coletiva em trâmite, favorecendo a segurança jurídica.

Esta, que é finalidade almejada pela coisa julgada, tem no processo coletivo algo vantajoso: uma única sentença ou acórdão traria previsibilidade e teria o condão de demonstrar coerência na aplicação das leis ao caso concreto. Surge, assim, para os julgadores a responsabilidade de repensar a dimensão dos reflexos do processo, tamanho o impacto das decisões no âmbito coletivo.

4.3 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA EM PROCESSOS COLETIVOS

Em matéria dos limites subjetivos da coisa julgada, esse se refere às partes envolvidas no processo – incluindo o terceiro afetado pela decisão – e a vinculação dos direitos e obrigações estabelecidos a esses pela decisão.

Por sua relevância, os limites subjetivos da coisa julgada na tutela coletiva são objeto de legislação especial (art. 18 da Lei n. 4.717/65; art.

⁴³³ Saliente-se que o STF já havia se debruçado quanto à eficácia subjetiva da coisa julgada no processo coletivo, no Tema 499, Tese de Repercussão Geral, no ano de 2017. “A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.” Tese definida no RE 612.043, Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 10 maio 2017. Data de Publicação: 06 out. 2017, Tema 499. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumario/sumulas.asp?base=30&sumula=2828>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

⁴³⁴ Cabe destacar que durante o julgamento do Tema 1075, no RE 1101937/SP, a Corte afastou a incidência do Tema 499, por não guardar relação com a controvérsia, uma vez que este trata de ação coletiva de rito ordinário, no âmbito da Lei n. 9.494/97, e de seu artigo 2º-A, como segue: “Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm>. Acesso em: 05 ago. 2023.

16 da Lei n. 7.347/85 e arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor). Simples dispositivos são de suma importância para fortalecerem o acesso à ordem jurídica justa.⁴³⁵

No que se refere à tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, caso tenha a sentença como fundamento a ausência ou insuficiência de provas, não se impedirá a propositura de novo processo com os mesmos elementos da ação, flexibilizando os efeitos da decisão coletiva. É a chamada coisa julgada *secundum eventum probationis*, quando a coisa julgada só se forma com a análise exauriente de todo arcabouço probatório disponível. Tal instrumento protege o sujeito interessado na relação jurídica de que não sofrerá qualquer prejuízo da decisão judicial se não tiver tido a possibilidade ampla de defender previamente o seu interesse sob contraditório substancial.

436

Já na tutela de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada no processo coletivo é denominada

secundum eventum litis. Nessa abordagem, opera-se com base no resultado concreto da sentença definitiva. Trata-se de um sistema estabelecido por vontade política do legislador, criando exceções pontuais em relação à sentença de mérito, mesmo que em face de cognição exaustiva.⁴³⁷

Nesses termos, independentemente da fundamentação da decisão que julgou improcedente o pedido em ação coletiva – em se tratando de situação no mesmo plano de direito coletivo – não estarão vinculados ao resultado da decisão os indivíduos que se sentiram prejudicados com a demanda coletiva, ou seja, apenas os vincula as ações individuais de procedência, haja vista que a eles aproveitam.⁴³⁸

Contudo, exceções à coisa julgada *secundum eventum litis* também foram pontuadas no CDC: a) hipótese em que o proponente da ação individual recebe a informação da existência da

⁴³⁵ Para um melhor aprofundamento na temática do processo justo, ver GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Processo Civil, direitos fundamentais processuais e desenvolvimento: flexos e reflexos de uma relação*. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 41-89.

⁴³⁶ O contraditório substancial é um conceito o qual exige que as partes tenham a possibilidade real de influir na decisão, sendo necessário que passem pela análise do magistrado todos os elementos que foram trazidos à instrução processual. ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 279, maio de 2018, p. 19-40.

⁴³⁷ De acordo com a própria definição do art. 103, §1º, do CDC, “os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II (hipóteses em que trazem os efeitos da coisa julgada nos direitos coletivos e difusos) não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo ou classe”.

⁴³⁸ Somente o resultado útil ao indivíduo será capaz de vinculá-lo à coisa julgada material em tutela coletiva de direitos. Nesse sentido, a doutrina tem utilizado a expressão coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*. GIDI, Antônio. Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo. As Ações Coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 289-290. *Apud* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ob. Cit., p. 369.

ação coletiva (*fair notice*)⁴³⁹ e manifesta sua continuação (*right to opt out*)⁴⁴⁰, não se vinculando ao resultado útil do processo coletivo (art. 104 do CDC); b) nas hipóteses de litisconsortes do autor, nas ações coletivas de direito individual homogêneo, vinculando os indivíduos à qualquer resultado do processo coletivo, mesmo em caso de improcedência (art. 94 do CDC).⁴⁴¹

4.4 UMA BREVE ANÁLISE SOBRE LEGE FERENDA NO PL N. 4.441/2020, PL N. 1.641/2021 E ANTEPROJETO UERJ/UNESA

O Projeto de Lei n. 4.441/2020 apresenta a formação da coisa julgada mesmo quando há a improcedência do pedido por insuficiência de provas. Ademais, a superveniência da coisa julgada coletiva favorável teria o poder de converter o processo individual em processo de liquidação e execução, favorecendo a uniformização das decisões, a celeridade processual e equidade no tratamento jurídico.

Outro tópico regula a coisa julgada penal condenatória em se tratando de reconhecimento de crime cujo bem é de natureza coletiva, que faz surgir a obrigação de indenizar o grupo e

seus membros, sendo mais um reconhecimento de cidadania e acesso à reparação da coletividade violada.

Nessa linha mestra segue o PL n. 1641/2021, estabelecendo a coisa julgada *ultra partes*, de efeito *erga omnes*, sendo que, para se beneficiar, basta a comprovação da condição de membro do grupo, especificando a extensão dos danos, não necessitando de ser filiado à associação ou a sindicato – autor. Quanto à execução, segue-se o tema no próximo tópico.

Cabe apontar que também nesse PL a coisa julgada coletiva favorável converterá o processo individual em processo de liquidação e execução.

Por sua vez, o Anteprojeto UERJ/UNESA atribui à coisa julgada efeito *erga omnes*, salvaguardando o pedido julgado improcedente por insuficiência de provas. Os efeitos da coisa julgada, em se tratando de interesses difusos e coletivos em sentido estrito, têm sua abrangência limitada ao plano coletivo, com efeitos da coisa julgada coletiva não prejudicando as ações pautadas nos interesses individuais que já tenham sido propostas. Todavia, o efeito positivo da ação coletiva julgada procedente beneficiará as vítimas e seus sucessores, podendo eles proceder à

⁴³⁹ Conceito importado das *class actions* norte-americanas. A regra 23 das Federal Rules of Civil Procedure. Consiste em, considerada adequada a representação da classe e tendo todos os integrantes recebidos uma *fair notice*, ou seja, uma notificação do processo coletivo, a coisa julgada valeria para todos; do contrário, vislumbra-se possível a ofensa à garantia de defesa, restringindo o decisum apenas aos litigantes que participaram do processo. TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da

eficácia da sentença e da coisa julgada civil. São Paulo: RT, 2006. p. 148.

⁴⁴⁰ No mesmo sentido da nota anterior, após notificado do ajuizamento da ação coletiva, surge o direito de requerer que não seja considerado integrante daquela coletividade (*right to opt out*), não se sujeitando assim aos efeitos da coisa julgada. TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., p. 148.

⁴⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ob. cit., p. 369-370.

liquidação e execução, se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, não estando vinculados à ação coletiva, caso exerçam, tempestivamente, o direito de ação ou exclusão.

A seguir trataremos da execução, um dos pontos mais sensíveis na processualística nacional.

5. A EXECUÇÃO NO PROCESSO COLETIVO

A simples decisão judicial, sem força coercitiva capaz de garantir o seu cumprimento, não passaria de mera recomendação. Nessa toada, leciona Gaio Júnior que o Processo de Execução visa “à concretização da efetiva satisfação de um direito”⁴⁴², sendo, portanto, “uma atividade jurisdicional de caráter satisfativo”⁴⁴³. O direito só será satisfeito quando o bem da vida previsto na legislação material, pleiteado pelo cidadão e garantido por aquela decisão judicial, de fato estiver à sua disposição.

Nos processos coletivos, a execução visa o adimplemento do direito violado de um grupo de pessoas que, individualmente, por diversas razões, não o teria como ver satisfeito. Há que se estabelecer, portanto, algumas distinções e características sobre liquidação e execução nos processos que envolvam direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.

Nos dois primeiros casos haveria a possibilidade de ocorrer uma liquidação coletiva ou, a depender das circunstâncias, uma liquidação individual. Havendo liquidação individual, esta dar-se-ia “por um dos colegitimados e ocorreria de maneira semelhante a uma liquidação em processo individual.”⁴⁴⁴ Na hipótese de liquidação coletiva, estaríamos diante da necessidade de se apurar, além do valor devido, a quem seria devido o direito violado, isto é, “estabelecer se o liquidante é realmente titular do crédito a ser liquidado.”⁴⁴⁵ Na liquidação ocorrida quando o processo versa sobre direitos individuais homogêneos, temos que as sentenças, conforme disposto no artigo 95 do código de Defesa do Consumidor, devem possuir condenação genérica, fixando a responsabilidade do réu pelo dano causado.⁴⁴⁶

Disso se deduz que, salvo nas hipóteses de execução coletiva, previstas no artigo 98 do CDC, a sentença condenatória não define o *quantum debeatur*, devendo, cada demandante, promover a liquidação e execução da sentença.

A complexidade dos direitos individuais homogêneos se deve ao fato de que são direitos que poderiam ser deduzidos em juízo de forma autônoma. Cada indivíduo lesado possui um liame comum, que é o dano causado pelo mesmo réu em contrato de consumo,

⁴⁴² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. Londrina: Thoth, 2023, p. 711.

⁴⁴³ Ibidem.

⁴⁴⁴ Idem, p. 199.

⁴⁴⁵ Ibidem.

⁴⁴⁶ CDC - Art. 95. “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

todavia, cada situação é avaliada, quando da fase de liquidação e execução, de forma distinta.

Para se evitar, com isso, que o Poder Judiciário seja provocado por cada um dos litigantes, o que levaria, por vezes, à obstrução dos trabalhos do Serviço Público da Justiça ⁴⁴⁷ ou à prolação de decisões que fossem de encontro umas às outras ainda que tratassem de temática idêntica, permite a lei a ação coletiva para a defesa desses direitos devendo, conforme visto com base no artigo 95 do CDC, ser a sentença genérica, com a fixação apenas da responsabilidade do réu pelos danos causados.

No que diz respeito à representação em juízo dos direitos individuais homogêneos, temos que a representação do Ministério Público, conforme já visto anteriormente, quando tratado do núcleo de homogeneidade, se restringe à fase de cognição, uma vez que, por se tratar de direitos individuais homogêneos, a liquidação e execução deveriam ser promovidas por cada indivíduo em separado, demonstrando sua titularidade e o nexos causal da conduta e do dano. A atuação do MP existe em liquidações coletivas, conforme previsto no artigo 100 do CDC⁴⁴⁸.

5.1 APONTAMENTOS SOBRE O ANTEPROJETO UERJ/UNESA

A proposta legislativa é dividida em cinco capítulos, sendo a liquidação e execução tratadas no Capítulo VIII, em apenas dois artigos, os quais certamente não são suficientes para esgotar a temática, de modo que continua sendo necessária a aplicação subsidiária do CPC. No que concerne ao tratamento dado à fase de liquidação e execução cabe destacar dois aspectos, que são o juízo universal de execução e a legitimidade do Ministério Público para promover a liquidação e execução coletiva, pois representam importantes inovações trazidas por essa proposição sob o prisma processual da efetiva satisfação de direitos.

Interpreta-se como juízo universal de execução aquele competente para executar a sentença condenatória proferida em um processo coletivo, sendo ele determinado pelo lugar onde foi proposta a ação coletiva e não dos fatos que a deram origem. Este é um importante mecanismo para garantir a efetividade da sentença coletiva porque permite que a execução ocorra de forma conjunta, ou seja, concentrada em um único juízo. Essa concentração também torna mais equânime a execução, pois evita que um exequente seja mais beneficiado que

⁴⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. A execução de decisões coletivas pelo Ministério Público: uma questão de interesse social. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [S. l.], v. 23, n. 3, 2022. DOI: 10.12957/redp.2022.67693. Disponível em: <[https://www.e-](https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/67693)

[publicacoes.uerj.br/redp/article/view/67693](https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/67693)>. Acesso em: 31 jul. 2023.

⁴⁴⁸ CDC – Art. 100. “Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.”

outro algo que poderia ocorrer se cada um executasse individualmente a sentença.

No artigo 29 do anteprojeto denota-se a edição de norma geral acerca da criação do “Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos”, o qual possibilita que os valores arrecadados através da execução conjunta sejam depositados nesse fundo para em um segundo momento ocorrer a execução individual, dando a cada parte o que lhe é de direito. No entanto, faz-se necessário ponderar que quando se trata de direitos individuais, a lesão sofrida por cada um é única, não sendo possível a uniformização da execução, mesmo que seja apenas em um primeiro momento.

Nessa toada, conclui-se que o esforço para a promoção de uma unidade de pensamento acerca da execução coletiva é desejável. Pontua-se nesse sentido a primeira parte do Capítulo IX a qual dispõe acerca do “Cadastro Nacional de Processos Coletivos”, que consiste em um sistema de comunicação entre os órgãos jurisdicionais permitindo a difusão de informações acerca da existência e tramitação de ações coletivas em todo o País.

Mesmo o anteprojeto não tendo avançado nesse sentido, seria possível, diante dessa iniciativa para a difusão de informações, sinalizar onde estariam essas ações coletivas, para haver um juízo controlador, que executasse centralmente e em sede de cooperação judiciária, as execuções. Então, sendo verificada a identidade entre o réu e o problema, o juízo universal poderia ser

aplicado mediante prevenção, de modo que os outros processos fossem para a mesma vara, o que sem dúvidas tornaria mais efetiva a execução.

Observa-se ainda que também seria interessante explorar questões próprias da liquidação, assim como são bem detalhadas pelo Código de Processo Civil atualmente. Uma possibilidade seria a regulação dessa matéria pelos regimentos internos dos tribunais, pois constituiria uma forma de garantir que as peculiaridades de cada caso fossem respeitadas, tornando até mesmo mais assertiva a fixação do *quantum* adequado para a execução.

Acerca da legitimidade para promover a liquidação e execução coletiva, conforme o artigo 26 da proposta legislativa, o Ministério Público poderia promover a liquidação e execução em processos coletivos diante da ausência de manifestação do autor da ação, o que, de certa forma, já é contemplado no próprio CDC, não havendo especificações de limitação a respeito da sua atuação.

5.2 APONTAMENTOS SOBRE O PROJETO DE LEI N. 4.441/2020

O projeto não traz um capítulo ou tópico específico para a execução, tratando-a de forma ampliada ao longo do texto legal. É, no entanto, um pouco mais detalhada no assunto em relação à própria Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Nos artigos que versam sobre a liquidação e execução em processos coletivos, há novidades, como o §1º do artigo 21, que dispõe que a sentença

seja preferencialmente líquida, ainda que o pedido tenha sido genérico. Na Lei n. 7.347/85 não há essa disposição.

No §2º, II do artigo 22, consta que o acordo ou a sentença deve prever a sua forma de execução, preferencialmente de modo desjudicializado, inclusive com a constituição de fundo ou entidade de infraestrutura específica.⁴⁴⁹

O artigo 24 buscou tratar dos legitimados para a liquidação e execução da sentença, disciplinando que as vítimas e os sucessores em ação civil pública envolvendo direitos individuais homogêneos ou em sentença de procedência nas ações de direitos difusos e coletivos, poderão promovê-la.

O §4º do artigo 44, ampliou o rol de legitimados em relação ao artigo 15 da Lei n. 7.347/85 (mas manteve regra semelhante à da Lei n. 8.078/90) pela qual seria o Ministério Público legitimado, caso o prazo prescricional para a execução individual decorra sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados à ação civil pública, no prazo de um ano, promover a liquidação e execução da indenização devida, que será revertida a um fundo ou atividade.

5.3. APONTAMENTOS SOBRE O PROJETO DE LEI N. 1.641/2021

No tocante à execução, o que se observa é que este PL intenta promover

um alargamento da desconcentração da atividade em relação ao que se tem hoje.

Acerca dos legitimados a promoverem a liquidação e a execução, cujo rol consta no artigo 31 do PL, três incisos tratam do tema. No primeiro, a legitimidade é das vítimas e seus sucessores no que concerne às esferas individuais, em ações que tratem de direitos individuais homogêneos e naquelas onde a sentença proferida em casos onde se discutem direitos difusos e coletivos tenha repercussão individual. No segundo, a liquidação e execução em relação a valores destinados a determinado fundo ou concernentes a obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa que não seja dinheiro, cabe aos legitimados para a propositura da ação do artigo 7º do projeto. O inciso III anuncia que estes mesmos podem executar a sentença *“em relação a direitos individuais homogêneos, quando se tratar de compensação por equivalente à coletividade atingida ou quando a satisfação das vítimas recomende tratamento coletivo”*. Infere-se, portanto, uma proposta de execução particularizada de uma sentença que tenha uma repercussão individual, ainda que trate a causa de um direito coletivo. O artigo 42 da proposta consignou ainda a hipótese de execução da autocomposição coletiva por qualquer um dos legitimados, independentemente de qual legitimado a tenha celebrado.

Restou consignada, no artigo 28 do Projeto, a possibilidade de o

⁴⁴⁹ No caso do §1º deste artigo, poderá haver condenação direta do réu para custear obra ou

atividade destinada a reparar a lesão ao direito difuso ou coletivo.

magistrado determinar a tomada de medidas que entender necessárias para satisfação do exequente, como imposição de multa; busca e apreensão; remoção de pessoas e coisas; desfazimento de obras e impedimento de realização de atividades nocivas. Em complemento, consignou-se no artigo 29 que a imposição da multa independe de requerimento, dando ao juiz o poder de tomar as medidas de ofício a qualquer tempo, desde que conceda prazo para cumprimento voluntário.

O artigo 32 trata do alcance da coisa julgada, já estudada alhures. Contudo, merece destaque neste contexto de análise em torno da execução nos processos coletivos, a previsão daquele que era para ser o §5º⁴⁵⁰ do dispositivo legal em comento. Nele, restou consignado que os membros do grupo titulares de direito individual poderão promover diretamente, inclusive em seu domicílio, a liquidação e a execução do seu direito. Aqui dois pontos merecem destaque: (i) o primeiro deles refere-se à facilitação da atividade executiva, o que sem dúvidas favorece aquele que foi vítima do evento danoso, aproximando-o de forma mais concreta da possibilidade de ter aquilo a que teria direito se seu direito não tivesse sido violado.⁴⁵¹

Contudo, e agora já tratando do (ii) segundo ponto, é necessário que se reflita acerca das consequências em torno da possibilidade de ajuizamento

de ações em juízos por todo um país que possui dimensões continentais, onde o Serviço Público da Justiça enfrenta problemas diversos. Não é difícil imaginar a hipótese de se ter uma execução tramitando em meses numa Comarca, ao passo que demore anos para ser concluída noutra. É possível então que se tenha um primeiro grupo de pessoas concentrando o recebimento de indenizações, enquanto outro grupo não chegue a receber valor algum em razão da expropriação total do patrimônio do executado pelos membros do primeiro grupo. Parece mais acertada a hipótese de se ter, nestes casos, um juízo único-universal que ficasse prevento ao receber a primeira demanda e que, utilizando técnicas de cooperação judiciária e sob a supervisão do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, pudesse controlar e centralizar as execuções.

As proposições em torno da execução constantes do PL denotam a importância do tema e a necessidade de se aperfeiçoar o sistema, entretanto, a proposição ainda deixa a desejar. A participação das vítimas na construção de parâmetros reparatórios, por exemplo, que tem implicações diretas na fase de liquidação e execução, não parece bem delineada. Ações promovidas por substitutos processuais devem viabilizar participação daqueles diretamente afetados pelo seu resultado, e a legislação poderia ter

⁴⁵⁰ Há erro na numeração dos parágrafos do artigo 32 no documento disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Existem dois parágrafos numerados como quarto no bojo do referido artigo, de modo que como estamos

tratando do segundo item dos dois que receberam a referida numeração, indicamos o mesmo como sendo o quinto, isso em razão de sua disposição no texto.

⁴⁵¹ GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira. *Passim*.

avançado neste rumo. A possibilidade de se ter a execução da sentença pulverizada em juízos pelo País também em lugar de um juízo único-universal que centralizasse as execuções não parece apropriada.

O PL n. 1641/2020 ainda não se tornou legislação, sendo objeto de debates no plano Legislativo Nacional e tendo hoje apensado a ele outras duas proposições legislativas.

O que importa para o presente estudo é observar se é possível perceber nítido interesse no aprimoramento do regramento do processo coletivo em busca de maior efetividade, o que é especialmente necessário no que diz respeito à execução.

CONCLUSÃO

O Processo Coletivo se coloca em um *locus* especial dentro da enciclopédia processual hodierna, visto dialogar de maneira particular e direta com a coletividade numerada e inumerada, algo que quebra a racionalidade histórica-secular da individualidade como centro da dinâmica dos atores no processo.

Esta particularidade da coletividade se coloca mais fortemente no plano do apelo coletivo, na medida em que envolve, invariavelmente, uma ligação estreita com as órbitas das políticas públicas e sua realização. Bem por isso, não há qualquer esforço, seja dogma ou pragmático de colocá-lo em interlocução permanente com o atributo do Desenvolvimento como qualidade de vida, objetivo permanente da função social e política do processo.

Ao cotejar os principais institutos processuais no âmbito do processo coletivo (legitimidade, provas, coisa julgada e execução) e o seus tratamentos legais e de *lege ferenda* por meios dos Projetos e Anteprojeto de Lei, observou-se avanços, estagnações e necessários aperfeiçoamentos à dinâmica procedimental, tudo com o fito de contribuir com reflexões críticas necessárias a um ambiente que ainda carece de imprescindíveis avanços para maior garantia cidadã, aqui *interna corporis* ao processo, de modo a garantir, efetivamente, o bem da vida coletiva.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. A execução de decisões coletivas pelo Ministério Público: uma questão de interesse social. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, [S. l.], v. 23, n. 3, 2022. DOI: 10.12957/redp.2022.67693. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/67693>>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2023.

- BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.* Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jul. 2023.
- BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.* Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2023.
- BRASIL. *Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997.* Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm>. Acesso em: 05 ago. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *RE 1.101.937/SP.* Rel. Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 04 abr. 2021. Data de Publicação: 14 jun. 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346690863&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Tese de Repercussão Geral definida no RE 612.043,* Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 10 maio 2017. Data de Publicação: 06 out. 2017, Tema 499. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&somula=2828>>. Acesso em: 05 ago. 2023.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *O Processo Civil Contemporâneo.* Curitiba: Juruá, 1994.
- CHIUZULI, Danieli Rocha; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. (Coord.) *Acesso à justiça e a tutela coletiva de direitos: análise dos projetos de lei 4.441/20, 4.778/20 e 1.641/21, que propõem alterações na regulação das ações coletivas no Brasil.* dez. 2021. p. 47. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/arquivos/acesso-a-justica-e-tutela-coletiva_analise-pls_capa-final.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2023.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania.* São Paulo: Moderna, 1998.
- FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e os processos coletivos. *Revista dos Tribunais* [recurso eletrônico], São Paulo, n. 971, set. 2016. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/110545/Eduardo%20de%20Campos%20Ferreira%20.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2023.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil.* 5. ed. Londrina: Thoth, 2023.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil.* 4 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.
- _____. *Processo Civil, direitos fundamentais processuais e*

- desenvolvimento*: flexos e reflexos de uma relação. Londrina, PR: Thoth, 2021.
- _____; OLIVEIRA JUNIOR, Luis Fernando. Considerações introdutórias sobre a Tutela Coletiva e sua qualidade satisfativa. In: VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo; Hermes Zaneti Jr.; Luis Alberto Reichelt; Marco Felix Jobim; Sérgio Cruz Arenhart. (Org.). *Coletivização e Unidade do Direito*. Vol. IV. 1ed. Londrina: Thoth, 2023, v. 1, p. 95-112.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 107.
- MENDES, João de Castro. *O Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, 1961.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.
- OGUS, Anthony. La procédure civile dans une perspective économique. In: VOGEL, Louis (Direction). *Droit Global Law*. Paris: Panthéon-Assas, 2010.
- PASCHOAL, Thaís Amoroso. *Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- PERROT, Roger. *Institutions Judiciaires*. 13 ed. Paris: Montchrestien, 2008.
- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassarezi (Orgs.). *História da Cidadania*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2003;
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- ROQUE, André Vasconcelos. Contraditório participativo: evolução, impactos no processo civil e restrições. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 279, maio de 2018, p. 19-40.
- TARUFFO, Michele. *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 148.
- TURÍBIO, Pedro Sarmiento Dias; LEMOS, Jordan Tomazelli. Liquidação e execução de sentença no processo coletivo como mecanismo de efetivação de direitos. p. 197. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*, Vitória, 2017. p. 196 - 210. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processo_civilinternacional/article/view/19836/13255>. Acesso em: 10 jul. 2023.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda. *Anotações sobre as ações coletivas no Brasil – presente e futuro*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 58, n. 393, p. 11-26, jul. 2010.
- _____. *Anotações sobre as ações coletivas no Brasil – presente e futuro*. *Revista*

Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 14, n. 1138, 23 maio 2014. Disponível em:
<<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/todos-os->

[artigos/anotacoes-sobre-as-acoes-coletivas-no-brasil-presente-e-futuro.html](#)>. Acesso em: 23 jul. 2023.

LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA DESJUDICIALIZAR LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN EN ESPAÑA^{452 453}

MEDIATION AS AN INSTRUMENT TO DEJUDICIALIZE CONFLICTS DERIVED FROM TRAFFIC-ACCIDENTS IN SPAIN

Antonio Vasco Gómez

Doctor (acreditado). Sevilla, España. PDI Universidad Isabel I, España.
antonio.vasco@ui1.es

RESUMEN: Los accidentes de tráfico generan una cantidad ingente de procedimientos judiciales en los que se reclama una indemnización por las lesiones y los daños materiales sufridos como consecuencia de aquellos, saturando los órganos jurisdiccionales y obligando a las partes a implicarse en un proceso que suele durar en torno a doce meses. El presente trabajo pretende poner de relieve la oportunidad de acudir a métodos alternativos para la solución de conflictos (MASC) como solución para agilizar este tipo de reclamaciones, normalmente centradas en la cuantificación del daño personal o material y reducir el coste en tiempo y dinero para las partes y para la Administración de Justicia. Pese a que a nivel práctico existe poca cultura de la mediación en España, la legislación existente permite a las partes resolver

sus diferencias a través de la mediación civil y mercantil, existiendo un anteproyecto de ley para reformar el sistema procesal español que obligará a los implicados en reclamaciones de esta naturaleza a acudir, al menos, a la sesión inicial de mediación para explorar la posibilidad de resolver sus diferencias de forma autocompositiva, sin necesidad someterse a la decisión de un órgano judicial. El sistema se presenta como una solución idónea para resolver una parte importante de los litigios que surgen como consecuencia de los accidentes de tráfico sin conculcar los derechos de los interesados, pues las partes pueden igualmente valerse de letrados, peritos y aportar la prueba que consideren pertinente y útil. No obstante, el ambiente de confianza que plantea un proceso de mediación debe llevar a los implicados a elegir a un único

⁴⁵² Artigo recebido em 19/02/2024 e aprovado em 25/06/2024.

⁴⁵³ O presente texto corresponde à comunicação apresentada no II Congresso Internacional de Direito Processual Civil sobre os “DESAFIOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA”, realizado na Universidade Portucalense, a 15 e 16 de dezembro de 2023, organizado pelo Instituto Jurídico Portucalense, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Universidade Estácio de Sá, a Universidade de Vigo, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação Brasileira Elas no Processo e com a Associação dos Registradores Cíveis de Pessoas Naturais do Brasil (ARPEN BR), com o apoio do Contrato Programa UIDB/04112/2020, financiado por fundos nacionais da República Portuguesa, através da FCT I.P.

perito que emita un informe independiente que pueda ser aceptado por ambos y a determinar así la responsabilidad y la cuantía de la indemnización, en su caso, de manera consensuada. La falta de interés por los MASC en general y por la mediación en particular puede resolverse invitando a las compañías aseguradoras a proponer y a aceptar este método alternativo para la resolución de conflictos, incrementando los costes derivados de un proceso judicial a través de la imposición de costas procesales en todo caso y aumentando el tipo de interés aplicable. Cuando las aseguradoras apuesten por los MASC, los implicados en un accidente de tráfico se acogerán también a estos sistemas.

PALABRAS CLAVE: MASC, mediación, responsabilidad civil, seguro, tráfico

ABSTRACT: Traffic accidents generate a huge number of legal proceedings claiming compensation for injuries and material damage suffered as a result of them, saturating the courts and forcing the parties to become involved in a process that usually lasts around twelve months. This paper aims to highlight the opportunity of using Alternative Dispute Resolution (ADR) as a solution to speed up this type of claims, usually focused on the quantification of personal or material damage, and to reduce the cost in time and money for the parties and for the Administration of Justice. Although in practice there is little culture of mediation in Spain, existing legislation allows parties to resolve their

differences through civil and commercial mediation, and there is a draft bill to reform the Spanish procedural system that will oblige those involved in claims of this nature to attend at least the initial mediation session to explore the possibility of resolving their differences in a self-compositive manner, without the need to submit to the decision of a judicial body. The system presents itself as a suitable solution for resolving a significant part of the disputes arising from road accidents without infringing the rights of the parties concerned, as the parties can also use lawyers, experts and provide the evidence they consider relevant and useful. However, the atmosphere of trust in a mediation process should lead the parties involved to choose a single expert to issue an independent report that can be accepted by both parties and thus determine liability and the amount of compensation, if any, in a consensual manner. The lack of interest in ADR in general and mediation in particular can be addressed by inviting insurers to propose and accept this alternative method of dispute resolution, increasing the costs of court proceedings through the imposition of legal costs in any event and increasing the applicable interest rate. When insurers opt for ADR, those involved in a road traffic accident will also be covered by these systems.

KEYWORDS: ADR, mediation, civil liability, insurance, traffic

INTRODUCCIÓN

La conflictividad derivada de los accidentes de circulación genera un importantísimo volumen de procesos en España, principalmente en el orden civil, aunque también pueden ser sustanciados en el orden penal. Tales procedimientos judiciales suelen versar sobre quién o quiénes son los responsables del siniestro y sobre la responsabilidad civil que habrá de atender el culpable.

Entre agosto de 2022 y el mismo mes de 2023 ocurrieron 39.974 ⁴⁵⁴ accidentes de circulación en España con distintos resultados, lo que arroja un saldo de prácticamente 110 accidentes diarios, una cifra nada desdeñable que por su propia entidad permite atisbar que de los siniestros de tráfico nacen necesariamente un gran volumen de litigios, pues cuando acaece una colisión, atropello u otro acto dañoso derivado de la circulación de vehículos a motor, surgen relaciones jurídicas no sólo entre las personas implicadas en el siniestro, sino también entre éstos y las compañías aseguradoras de su responsabilidad civil, e incluso con terceras personas o entidades (servicios de urgencias, clínicas de rehabilitación, talleres mecánicos, peritos, etcétera).

El aseguramiento obligatorio de los vehículos que circulan por España previsto en el artículo 2.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre

responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante: «LRCCVM») conlleva que la práctica totalidad de los siniestros deriven en una negociación y, en defecto de acuerdo, posterior litigio contra la compañía aseguradora del responsable del accidente ⁴⁵⁵, procesos que normalmente se resuelven valorando los informes periciales -médicos, de daños materiales o biomecánicos- aportados por las partes y que serán valorados por el órgano judicial competente conforme a su sana crítica, conforme al artículo 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante: «LEC»).

La legislación procesal española está en vías de experimentar una importante transformación, exigiendo a los actores en procesos civiles haber intentado alcanzar un acuerdo previo con la parte demandada, acudiendo a procedimientos como el de mediación, circunstancia esta que debe ser aprovechada para desjudicializar un volumen notable de disputas remitiendo a las partes a una mediación en la que igualmente van a poder aportar pruebas periciales y confrontarlas, pero sin necesidad de verse inmiscuidos en un proceso judicial que puede resultar más costoso en términos temporales y económicos.

⁴⁵⁴ Vid INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Accidentes en los últimos 12 meses según sexo y comunidad autónoma. Población de 15 y más años*, Estado de salud: Cifras absolutas, 2023.

⁴⁵⁵ Vid DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Más de 33 millones de vehículos asegurados en España*, Noticias, 2023. Accesible en: <https://acortar.link/lbQG9y>

1. LA MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 621.1 Y 4 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El Código Penal español (en adelante: «CP») fue aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y ha experimentado múltiples modificaciones a lo largo de sus 28 años de vigencia, siendo la más relevante para el objeto del presente estudio la que se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que despenalizó las lesiones derivadas de los accidentes de circulación cuando traen causa de una imprudencia grave.

La redacción original del artículo 621.1 del Código Penal era la siguiente: «Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147⁴⁵⁶, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses». Por su parte, el apartado 4 del citado precepto señalaba que: «Si el hecho se cometiera con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse además, respectivamente, la privación del derecho a conducirlos por tiempo de tres meses a un año». El meritado precepto (en su apartado 4) fue reformado en el año 2004 para darle una redacción gramaticalmente más correcta, pero sin efectos legales, quedando de la siguiente forma: «Si el hecho se cometiera con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse

además la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de tres meses a un año».

Antes de la reforma legal de 2015, la práctica habitual de los lesionados en un accidente de circulación consistía en acudir a un centro médico para recibir la atención necesaria y esperar a que el propio facultativo remitiese el parte judicial redactado al efecto al Decanato de los juzgados competente -el del lugar del siniestro-. En el citado documento constaba la existencia del siniestro, de un lesionado, la persona presuntamente responsable de los hechos y un primer diagnóstico médico.

Tal informe parte judicial daba lugar a la incoación de un proceso penal en el que se citaba al perjudicado para que manifestase si reclamaba una indemnización y si tenía intención de personarse o no en las actuaciones. Personado o no, si reclamaba, se señalaba fecha para el reconocimiento médico forense del lesionado por parte del Instituto de Medicina Legal competente -para el que se tendría en consideración la documentación médica que aportase el perjudicado y, en su caso, la parte contraria-. Tal informe valoraba las lesiones conforme a lo indicado en la LRCCVM y, una vez obtenido dicho informe, se negociaba con la compañía aseguradora una indemnización.

⁴⁵⁶ El art. 147.2 del CP prevé que: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses». Se entienda por tal cualquier lesión que

no «requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico», conforme al apartado 1 del citado precepto.

Dicho proceso también podía principiar mediante denuncia del lesionado, a cuyo procedimiento se acumularía el incoado como consecuencia del parte judicial remitido por el servicio médico donde se atendió al perjudicado. En ambos supuestos el proceso era el descrito en el párrafo anterior y, salvo contadas excepciones, la compañía aseguradora del responsable del siniestro intervenía como responsable civil en los autos de juicio de faltas.

Una vez reconocido el lesionado por el médico forense, los órganos jurisdiccionales competentes tenían por norma dictar un auto de sobreseimiento provisional de las actuaciones, al considerar que no existía una «imprudencia grave» y se dictaba un auto de cuantía máxima, con efectos de título ejecutivo ante el orden civil, conforme a lo prevenido en el artículo 517.2.8º de la LEC.

Las causas de oposición a la ejecución de que disponían el ejecutado y su compañía aseguradora están tasados en el artículo 556.3.3ª de la LEC, y son: la concurrencia de culpas; la responsabilidad exclusiva de la víctima; y la fuerza mayor. A tales causas se unen

las previstas en el artículo 556.1 de la LEC: la caducidad de la acción y el pago.

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no cabe sustanciar en el orden penal los accidentes de tráfico que no causen lesiones conforme al artículo 147.1 del Código Penal o la muerte de la víctima. Dicha despenalización de las faltas ha generado los siguientes efectos:

a) Los juzgados de primera instancia competentes en el partido judicial donde ha tenido lugar el siniestro son ahora los competentes para resolver este tipo de disputas, haciéndoles asumir la carga de trabajo que antes soportaban los juzgados de instrucción.

b) La derogación del artículo 621.1 y 4 del CP ha derivado en que los lesionados no puedan acudir inmediatamente al Instituto de Medicina Legal, de modo que no pueden disponer de un informe médico independiente, sino que han de encargar y sufragar un informe pericial médico privado que en la práctica totalidad de las ocasiones es contestado por la entidad demandada con otro informe elaborado por uno de los peritos médicos con los que suelen trabajar⁴⁵⁷.

c) La persona perjudicada, si no alcanza un acuerdo con la compañía

⁴⁵⁷ Pese a que el artículo 335.2 de la LEC previene que: «(...) todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes (...)», y a que el artículo 348 del citado texto legal prevé que: «El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica», se admiten por sistema los

informes periciales elaborados por unos peritos médicos que trabajan de forma recurrente con las compañías aseguradoras, llegando a significar una parte muy importante de los ingresos de tales profesionales, lo cual pone en cuestión la objetividad del perito designado por las aseguradoras, frente al que contratan los lesionados, quienes rara vez mantienen una relación tan intensa con los profesionales elegidos.

aseguradora contraria, se ve en la necesidad de interponer una demanda que, según la cuantía, puede exigir la intervención de abogado y procurador, con el consiguiente gasto en los honorarios de tales profesionales.

d) En el proceso declarativo que corresponda según la cuantía⁴⁵⁸ la parte demandada podrá plantear las cuestiones y excepciones que considere oportunas, en lugar de las causas tasadas para oponerse a la ejecución.

De acuerdo con lo previsto, la despenalización de las faltas de lesiones derivadas de los accidentes de tráfico en los que exista imprudencia grave del conductor responsable del siniestro ha supuesto un avance en la línea con la jurisprudencia de las distintas audiencias provinciales españolas y un paso hacia la intervención mínima del Derecho Penal, pero la opción elegida por el Legislador ha redundado en perjuicio de las personas lesionadas, a quienes se hace más difícil, largo y costoso reclamar la indemnización a la que creen tener derecho, una decisión que no favorece la tutela judicial efectiva, sino que ha terminado reforzando la posición de superioridad que de por sí tienen las compañías aseguradoras frente a los lesionados.

Para intentar evitar que todas las reclamaciones de cantidad derivadas de un accidente de circulación -en lo atinente a las lesiones y a los daños materiales, que siempre fueron competencia de los órganos civiles- recaigan los juzgados de primera instancia, los artículos 7.8 y 14 de la LRCCVM, prevén la posibilidad de acudir a un procedimiento de mediación civil y sus trámites elementales⁴⁵⁹.

2. LA MEDIACIÓN COMO ADR

La Unión Europea viene promoviendo la mediación civil y mercantil como método de resolución de conflictos⁴⁶⁰ (en adelante: «ADR») desde la publicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación, traspuesta al ordenamiento jurídico español principalmente a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante: «LM»), una norma que se ve completada en materia de mediación familiar por las legislaciones de las Comunidades Autónomas y la atinente a la mediación laboral, sanitaria o penal, entre otras.

⁴⁵⁸ Conforme al artículo 250.2 de la LEC, cualquier reclamación inferior a los 15.000 euros deberá tramitarse conforme a las reglas del juicio verbal.

⁴⁵⁹ Vid MAGRO SERVET, V., “Hacia un protocolo en medición en derecho de la circulación para aseguradoras, abogados y médicos tras la despenalización de las faltas de tráfico”, *Tráfico y seguridad vial*, 196, 2015; y MERELLES PÉREZ, M.,

“La Mediación como requisito previo de admisión de la demanda”, *Diario La Ley*, 8682, 2016.

⁴⁶⁰ Vid OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 172-184.

La mediación está prevista expresamente en los artículos 7.8 y 14 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor ⁴⁶¹ desde el 22 de septiembre de 2015, fecha en que se aprobó la Ley 35/2015 de reforma del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. No obstante, dicha previsión legal no ha tenido el impacto previsto por el legislador y, en la práctica, son contadas las disputas entre perjudicados y aseguradoras que se resuelven en un procedimiento de mediación o que, cuanto menos, han tratado de solventarse por dicha vía. En parte por desconocimiento de los ciudadanos de a pie y de sus letrados y en parte por la propia cultura de resolución de conflictos española, aún poco proclive a utilizar la mediación como un método alternativo para la resolución de conflictos, este mecanismo tiene menos éxito que otras realidades, como pudiera ser la mediación familiar o la laboral, también

minoritarias, pero bastante más conocidas y utilizadas en España.

El artículo 7.1 de la LRCCVM que las compañías aseguradoras vienen obligadas a indemnizar a los perjudicados los daños personales y materiales a que tengan derecho «dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria». Para que el asegurador deba indemnizar conforme al artículo 1 del citado texto legal, las lesiones deben traer causa de un hecho de la circulación⁴⁶² y ser responsabilidad de su cliente.

El procedimiento general previsto en la citada norma consiste en la comunicación del siniestro al asegurador y en procurar minorar los daños conforme a los artículos 16 y 17 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro ⁴⁶³ (en adelante: «LCS») por parte del asegurado y, por parte del perjudicado, en comunicar el siniestro al asegurador y solicitarle la indemnización que corresponda. Dicha reclamación, de carácter extrajudicial, ha de contener los datos descritos en el artículo 7.1 de la LRCCVM: identificación y los datos relevantes del

⁴⁶¹ Vid POSE VIDAL, M. B., “La mediación en el ámbito de los accidentes de tráfico y de la oferta motivada”, *Diario La Ley*, 9103, 2017; y SANZ PARRILLA, M., “La mediación en el nuevo esquema extrajudicial de reclamación por accidentes de circulación”, en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), *Mediación y resolución de Conflictos*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 434-453.

⁴⁶² Sobre el concepto de «hecho de la circulación» resulta muy interesante la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-100/18, de 20 de junio de 2018, que amplía su significado hasta

comprender prácticamente cualquier hecho relacionado con la simple propiedad de un vehículo a motor. Vid PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., “Reinterpretación del concepto «circulación de vehículo» en el seguro de circulación de vehículos a motor”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 2020, pp. 429-432.

⁴⁶³ Para analizar las diferencias entre la regulación de los seguros privados en España y Portugal vid LIMA REGO, M. y PEÑA LÓPEZ, F., *Regulación del contrato de seguro en Portugal y España: análisis comparado*, Cuadernos de la Cátedra, La Coruña, 2018.

reclamante; la descripción de las circunstancias del siniestro; la identificación del vehículo y del conductor responsables, cuando se conozcan; y la documentación médica de que se disponga para valorar el daño.

Cuando los siniestros son de escasa entidad, lo habitual es remitir a la compañía aseguradora la documentación médica del lesionado, consistente en el informe de alta del servicio médico de urgencias al que haya asistido y, en caso de haber recibido tratamiento rehabilitador, los informes facultativos oportunos y la acreditación de haber acudido al número de sesiones prescritas por el traumatólogo. A esta solicitud de oferta motivada puede responder o no la aseguradora, siendo habitual que sus servicios médicos elaboren un breve informe -que se envía al perjudicado junto con la oferta motivada- analizando la documentación médica remitida y, cuando se entienda necesaria, el ofrecimiento de una indemnización. Tales informes de compañía serán sufragados por ésta.

Dicho informe se solicitará cuando la compañía aseguradora considere que «la documentación aportada por el lesionado es insuficiente para la cuantificación del daño» conforme al artículo 7.2 de la LRCCVM, de modo que la legislación no faculta al asegurador a llevar a cabo tal informe complementario cuando no esté de acuerdo con el informe pericial propuesto por el perjudicado, ya que tal informe puede ser suficiente, pero contrario a los intereses de la aseguradora. Tal decisión legislativa, sin

recorrido real, pues las aseguradoras recurren a estos informes sin hacer ninguna alegación sobre la posible insuficiencia de la documentación médica recibida del lesionado, parece pretender que el asegurador cumpla su obligación frente al perjudicado y que sólo acuda al contrainforme con la información recibida sea parcial, como incide el citado precepto cuando señala que: «El asegurador deberá observar desde el momento en que conozca, por cualquier medio, la existencia del siniestro, una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización», si bien, como se decía anteriormente, carece de aplicación práctica.

Conforme al artículo 7.3 de la LRCCVM, el asegurador dispone de tres meses, a contar desde que se reciba la reclamación del lesionado o titular de los bienes dañados, para realizar una oferta o una respuesta motivada, según se ofrezca alguna cantidad en concepto de indemnización o se niegue su responsabilidad en el hecho dañoso. La falta de respuesta conllevará la comisión de infracción administrativa grave o leve conforme a los artículos 195.23 y 196.10 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Transcurrido dicho plazo sin respuesta ni oferta motivada, comenzarán a devengarse los intereses de demora previstos en el artículo 9 de la LRCCVM, el cual hace una remisión expresa al artículo 20 de la LCS. El mismo efecto generará la falta de abono de la oferta aceptada por el perjudicado

transcurridos cinco días desde su aceptación.

El Legislador prevé un sistema de negociación previo, de carácter obligatorio, pues sin reclamación previa no cabe interponer demanda conforme al artículo 403 de la LEC, llamado a reducir la litigiosidad que existía en los juzgados de instrucción cuando existía la falta de lesiones por imprudencia grave, de ahí que imponga a las aseguradoras la obligación de actuar de forma diligente y proactiva y a responder las reclamaciones que se les planteen dentro del plazo legalmente prevenido al efecto, evitando una dilación excesiva de la fase negocial. Para reforzar la posición del perjudicado, se establece de forma expresa que dicha reclamación extrajudicial suspenderá el plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 del Código Civil (de un año).

El artículo 7.5 de la LRCCVM detalla un segundo mecanismo extrajudicial para resolver las diferencias entre las partes cuando no exista conformidad con la respuesta o con la oferta motivada de la compañía aseguradora. En tales supuestos, de mutuo acuerdo o a instancias del perjudicado -en cualquier caso, a costa del asegurador-, pondrán solicitarse nuevos informes periciales médicos, complementarios de los anteriores, que podrán ser interesados al Instituto de Medicina Legal competente, siempre que éste no haya intervenido con anterioridad. Para este tercer informe se tomará en consideración la documentación médica facilitada por el perjudicado y por el asegurador,

finalizando con la remisión del informe a las partes.

Cuando el perjudicado solicite un informe complementario al del asegurador, por haber desoído éste el primer informe o por no haberlo aportado con su reclamación de indemnización, deberá asumir su coste el perjudicado -a diferencia de cuando se acuda al Instituto de Medicina Legal-.

La compañía aseguradora, una vez recibido el informe pericial complementario, vendrá obligada a enviar una nueva respuesta u oferta motivada al perjudicado o su representante en el plazo de un mes (frente a los tres meses con que contaba tras la solicitud inicial), manteniéndose interrumpido el plazo de prescripción una vez transcurra dicho plazo, cuando se reciba la respuesta u oferta motivada, o cuando se tenga conocimiento de que la aseguradora manifiesta su rechazo a recabar nuevos informes periciales.

Como mecanismo de cierre, el apartado 8 del meritado artículo 7 de la LRCCVM prevé la posibilidad de que las partes implicadas en un proceso de negociación para obtener una indemnización como consecuencias de los daños personales o materiales sufridos como consecuencia de un «hecho de la circulación» sometan sus diferencias a una mediación civil. Como se especifica, la norma exige que las partes se hallen inmersas ya en una negociación para obtener una indemnización, pues el citado artículo 8 exige que exista una oferta o respuesta motivada y el perjudicado no esté conforme, o que haya transcurrido el plazo legalmente previsto al efecto.

Conforme a lo anterior, no cabrá solicitud de someter a mediación su diferencia sin una fase negocial previa, iniciada mediante la solicitud de oferta motivada por parte del interesado, pues el citado precepto precisa que: «Una vez presentada la oferta o la respuesta motivada, en caso de disconformidad (...) o transcurrido el plazo para su emisión, el perjudicado podrá bien acudir al procedimiento de mediación».

El artículo 7.8 de LRCCVM precisa que acudir a un procedimiento de mediación no es óbice para poder solicitar el informe pericial complementario previsto en el apartado 5 del meritado precepto legal, de modo que dicha pericial podrá solicitarse antes, durante o después del procedimiento de mediación.

Dicho procedimiento viene regulado someramente en el artículo 14 de la LRCCVM, reiterando en su apartado las partes podrán acudir a dicho proceso cuando exista disconformidad con la oferta o con la respuesta motivada. Tal falta de acuerdo alcanza no sólo a la determinación del *quantum* indemnizatorio, sino también cualquier otro aspecto relacionado con el siniestro, como la existencia del aseguramiento, la falta de

responsabilidad del asegurado -por tratarse de un hecho de la circulación provocado por un tercero-, por culpa exclusiva de la víctima, o la compensación de créditos, entre otras.

El artículo 14.2 de la LRCCVM concede la legitimación activa en exclusiva al perjudicado, pues sólo éste podrá solicitar el inicio de una mediación, una decisión que disminuye el número de procedimientos al no permitir que los aseguradores puedan optar por este método alternativo para la resolución de conflictos; pese a que nada les impida proponerlo al reclamante o a su representante. Dicho precepto establece un plazo máximo para llevar a cabo tal solicitud de mediación, señalando que el perjudicado: «podrá solicitar el inicio de una mediación, en el plazo máximo de dos meses, a contar desde el momento que hubiera recibido la oferta o la respuesta motivada o los informes periciales complementarios si se hubieran pedido».

Por su parte, el apartado 4 del meritado precepto previene que el mediador o la institución ⁴⁶⁴ de mediación elegida por el perjudicado, una vez recibida la solicitud, deberá citar a las partes interesadas para la

⁴⁶⁴ Definidas en el artículo 5.1 de la LM como «aquellas entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores (...)». Como apunta el párrafo segundo del citado precepto, las instituciones de mediación no podrán prestar el servicio por sí mismas, sí que deberán hacerlo a través de los mediadores, cuya identidad,

formación, especialidad y experiencia deberán ser accesibles para quienes estén interesados en acudir a este procedimiento.

Sobre estas instituciones, previene la disposición adicional primera de la LM que aquellas que sean reconocidas por las Administraciones públicas «podrán asumir las funciones de mediación previstas en esta Ley siempre que cumplan las condiciones establecidas en la misma para actuar como instituciones de mediación».

celebración de una sesión informativa. Dicho precepto no establece la forma en que habrá de remitirse la comunicación a la compañía aseguradora ni si también debe citarse a la persona asegurada, dejando tal decisión en manos del mediador elegido o al reglamento que, en su caso, rija la institución de mediación. Tal omisión no queda salvada con lo previsto en el artículo 16 de la LM, la cual previene en su apartado 1 que las partes designarán al mediador o a la institución de mediación de mutuo acuerdo, y que de igual modo elegirán el lugar e idioma elegidos para que se desarrollen las sesiones. El apartado 2 del referido precepto establece que también podrá iniciarse el procedimiento cuando exista un pacto *ad hoc* entre las partes.

En el caso del artículo 14 de la LRCCVM, el sometimiento al procedimiento de mediación tiene origen legal y se deja en manos del perjudicado, como se dijo, la elección del profesional o de la institución que habrá de llevar a cabo la sesión informativa, el lugar donde se celebrará la misma y otros detalles como el idioma e incluso la forma en que habrán de repartirse los costes del procedimiento⁴⁶⁵; extremos todos estos que pueden ser desestimados por el asegurador manifestando su voluntad de no iniciar el procedimiento tras la sesión informativa.

⁴⁶⁵ Conforme al artículo 15 de la LM, salvo pacto en contrario, se repartirá el coste de la mediación en partes iguales entre los intervinientes, hayan alcanzado o no un acuerdo. Como puede exigirse una provisión de fondos, la falta de atención por uno de los intervinientes

La LRCCVM tampoco establece el plazo dentro del cual el mediador o la institución elegidos deberán emplazar a las partes, ya que se indica que deberán hacerlo una vez «recibida la solicitud de mediación», sin más concreciones. El artículo 17 de la LM no permite salvar dicha falla, quedando el plazo a disposición de lo que decida el profesional o la institución elegidos.

Los artículos 14.3 y 4 de la LRCCVM establecen las siguientes obligaciones para el mediador o la institución de mediación que habrá de tramitar el procedimiento, o al menos su sesión informativa:

a) Deberán citar a las partes para la celebración de la sesión informativa una vez reciban la solicitud de mediación, como se especificaba en los párrafos anteriores.

Dicha sesión informativa, conforme al artículo 17 de la LM, consistirá en que el mediador comunique a las partes su profesión, formación y experiencia, las características de la mediación, la forma de organizar el procedimiento, su coste y forma de abono, las consecuencias legales del posible acuerdo, el plazo de que disponen para firmar el acta de la sesión constitutiva, y cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad,

b) Deberán informar a las partes que el procedimiento es voluntario y que

puede derivar en la finalización del procedimiento si la otra no la atiende en tiempo y forma, una situación que no se prevé que pueda redundar en perjuicio de quien no asuma dicho coste.

pueden no iniciarlo, separarse del mismo en cualquier momento o finalizarlo mediante un acta con o sin acuerdo⁴⁶⁶.

c) Deberán advertir a los interesados que el procedimiento no podrá alargarse más de tres meses desde su inicio, que no tiene por qué coincidir con la solicitud ni con la sesión informativa.

El artículo 20 de la LM prevé que los procedimientos de mediación serán lo más breves posible, procurando concentrar las actuaciones en el número mínimo de sesiones. Conforme a lo anterior, el plazo máximo de tres meses que prevé el artículo 14 de la LRCCVM no debe agotarse sino cuando sea imposible alcanzar un acuerdo o constatar que el mismo no puede alcanzarse antes de ese plazo. El objetivo de la mediación es promover el acuerdo, no dilatar el momento de interposición de una demanda judicial.

d) Habrán de especificar que el acta en el que se documente el acuerdo entre las partes tendrá fuerza vinculante entre éstas, y que pueden solicitar su elevación a escritura pública para otorgarle fuerza ejecutiva conforme al artículo 517.1.2º de la LEC⁴⁶⁷.

Como señala el artículo 23.1 de la LM, el acuerdo de mediación puede ser total o parcial, siendo vinculante para las partes conforme al apartado 3 del citado precepto, el mismo que prevé que tendrá fuerza ejecutiva si se incorpora a una escritura pública. Conforme a lo anterior, el acuerdo de mediación será exigible judicialmente tanto si se eleva a público como si no, siendo suficiente para ello con aportar el acta final de mediación con acuerdo. La diferencia radica en que, cuando esté elevado a público podrá acudir directamente a un proceso ejecutivo, mientras que cuando sólo se cuente con el acta firmada, deberá iniciarse un procedimiento declarativo⁴⁶⁸.

Contra el acuerdo de mediación únicamente podrá ejercitarse a acción nulidad por las causas que anulan los contratos, conforme a lo prevenido en el artículo 23.4 de la LM, en relación con el artículo 1261 del Código Civil.

e) El mediador⁴⁶⁹ elegido deberá reunir las condiciones previstas en el artículo 12 de la LM, entre las que se encuentra la de tener la formación exigida en el Capítulo II del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de

⁴⁶⁶ Dicha voluntariedad viene consagrada en los artículos 6.1 y 3 de la LM.

⁴⁶⁷ Dicho precepto se completa con lo previsto en los artículos 25 y siguientes de la LM, los cuales establecen una serie de particularidades sobre la elevación a público del acuerdo de mediación y sobre el proceso para solicitar su ejecución judicial.

⁴⁶⁸ Para la validez de los contratos se exige que concurren ellos: «el consentimiento de los

contratantes», un «objeto cierto que sea materia del contrato», y una «causa de la obligación que se establezca», conforme al citado artículo 1261 del Código Civil. Dichos requisitos se desarrollan en los siguientes artículos del citado texto legal.

⁴⁶⁹ Conforme al artículo 18 de la LM, pueden ser uno o varios los mediadores. En este segundo supuesto, quienes intervengan como mediadores deberán hacerlo de forma coordinada entre sí.

mediación en asuntos civiles y mercantiles ⁴⁷⁰ y, además, estar especializado en la determinación de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y en la valoración del daño conforme al Título IV de la LRCCVM.

El artículo 11 de la LM completa las condiciones que debe reunir el mediador, apuntando que podrán ejercer como tales: «las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión», exigiendo además, en el apartado 2 del referido precepto legal que: «El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación».

No se dice nada sobre el particular, pero el capítulo III del meritado reglamento, relativo a «El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación», regula la existencia de este tipo de registros para «facilitar el acceso de los ciudadanos a este medio de solución de controversias a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación», conforme al artículo 8 de dicha norma. Dicho registro facilitaría a los perjudicados la tarea de elegir a un

mediador o institución para someter su controversia con el asegurador a dicho procedimiento, especialmente si se centraliza en un único directorio accesible a particulares y empresas.

f) El mediador deberá, conforme al citado precepto: «facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, desarrollará una conducta activa tendente a posibilitar un acuerdo entre ellas». Tales funciones vienen igualmente reconocidas en el artículo 13 de la LM.

Dicho artículo 13 de la LM prevé que el mediador podrá separarse del procedimiento levantando un acta al efecto, y que deberá hacerlo cuando concurren causas que puedan afectar a su imparcialidad, un requisito *sine qua non* del mediador. Señala el apartado 5 del meritado precepto que el mediador deberá comunicar a las partes «cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses», antes o durante el proceso. Conforme al referido precepto, se considera que, entre otras circunstancias, pueden poner en tela de juicio la imparcialidad del mediador las siguientes:

a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

⁴⁷⁰ El artículo 4.2 del citado reglamento previene que dicha formación deberá permitir al mediador adquirir:

(...) conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con

el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos.

b) Qualquer interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

El número de mediadores y de instituciones que ofrezcan este servicio, el volumen de asuntos que tramiten, o los procedimientos en que acuda cada asegurador no condicionarán *per se* la presunción de tales profesionales, pues la elección corresponde al perjudicado, puede acudir asistido de letrado conforme al y la permanencia en el procedimiento es voluntaria.

En caso de aceptarse someter sus diferencias a un procedimiento de mediación, esta se desarrollará conforme a lo prevenido en los artículos 19 y siguientes de la LM, principiando mediante una «sesión constitutiva» en la que levante un acta donde se haga constar la identificación de las partes y del mediador, el objeto del conflicto, el programa de actuaciones y la duración máxima -que en este tipo de asuntos no podrá superar los tres meses-, la información sobre el coste del procedimiento, el lugar de celebración y

el idioma elegidos, así como una declaración de voluntad de las partes de someterse a mediación y los efectos legales de dicha decisión.

La mediación podrá desarrollarse en una o en varias sesiones y las partes deberán poner sobre la mesa sus posiciones y las pruebas de que dispongan, siendo posible que se solicite una prueba conjunta, como una pericial médica de contraste -acudiendo a lo prevenido en el artículo 7.5 de la LRCCVM- sobre la trabajar para alcanzar un acuerdo.

Como apunta el artículo 21.2 de la LM, las comunicaciones entre el mediador y las partes pueden ser simultáneas o no, e incluso acudirse a un procedimiento simplificado por medios electrónicos de acuerdo con lo regulado en los artículos 30 y siguientes del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre). Dicho procedimiento, de acuerdo con el citado artículo 30, suele utilizarse para reclamaciones de cantidad que no excedan de 600,00 euros, y permite trabajar con formularios⁴⁷¹ y en remoto, ahorrando tiempo y dinero a los interesados.

El procedimiento de mediación puede ser utilizado para recurrir a la solución del conflicto a través de la conocida como «decisión experta», un

⁴⁷¹ El artículo 33 del reglamento prevé que: «El mediador o la institución de mediación que desarrollen procedimientos simplificados de mediación por medios electrónicos proporcionará, en su caso, a través de su sitio web, los formularios o impresos electrónicos normalizados de solicitud de inicio y de contestación del procedimiento». Existirán asimismo formularios normalizados para

subsana errores u omisiones, para retirarse del procedimiento. Prevé el citado precepto que se informará a las partes que: «en ningún caso, las pretensiones de las partes se referirán a argumentos de confrontación de derecho». Este tipo de procedimientos tienen una duración máxima de un mes, conforme al artículo 36.1 del reglamento y surtirá plenos efectos legales

sistema que consiste en plantear la controversia a una persona o institución especialista en una materia -como podría ser un perito médico en cuanto a la valoración del daño corporal- para que ésta emita un dictamen en el que detalle la relación de causalidad entre el siniestro y las lesiones y la cuantificación de las mismas y del periodo de estabilización lesional conforme a la LRCCVM.

El artículo 9 de la LM establece que tanto el procedimiento como la documentación utilizada en el mismo tiene carácter confidencial, de modo que ni el mediador ni los participantes en el procedimiento «podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento», motivo por el cual los participantes pueden aportar la información y el material probatorio de que dispongan sin temor a que posteriormente sean utilizados por la parte adversa en un hipotético procedimiento judicial que surja tras el fracaso de la mediación.

La actuación del mediador ⁴⁷² puede facilitar que se lleve a cabo un careo entre los profesionales encargados de elaborar los informes de que disponga cada parte o que sus conclusiones se confronten por los propios interesados. De esta forma, se brindará a asegurador y perjudicado la

oportunidad de acercar posturas y procurar hallar un punto de encuentro tomando en consideración no sólo los hechos, sino también el coste que se derivaría para una y otra parte en caso de acudir a la vía jurisdiccional. En el mismo sentido, el mediador podrá guiar a los participantes para que, si lo estiman oportuno, designen de común acuerdo a un perito independiente, distinto de los responsables de elaborar los que obran en su poder hasta la fecha, para que emita un nuevo dictamen, con o sin el compromiso de asumir su resultado.

El procedimiento de mediación previsto en la norma es suficientemente ventajoso para las partes como para justificar un uso mucho más recurrente, pero la realidad es que ha tenido muy poco predicamento desde la entrada en vigor de la norma.

3. PROPUESTAS PARA POTENCIAR LA MEDIACIÓN

El Legislador español parece haber optado por la mediación como el método adecuado para reducir la litigiosidad en España, al menos eso se colige del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia⁴⁷³ que se encuentra en curso

⁴⁷² Conforme al artículo 8 de la LM el mediador deberá ser neutral, entendido como que sus actuaciones deberán llevarse a cabo «de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13».

⁴⁷³ Vid GONZÁLEZ CAMPO, F. de A., “Resolución alternativa de conflictos de seguros: Estudio de su experiencia ante el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de justicia de 2020”, en ARGUDO PÉREZ, J. L. (coord.), *Nuevos espacios de Mediación en Aragón: Estudios jurídicos*, Comuniter, Zaragoza, 2021, pp. 137-194.

ante el Congreso de los Diputados de español, cuyo artículo 1 señala:

A los efectos de esta ley, se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral.

En dicha descripción cabe perfectamente la mediación, pese a que no opte expresamente por dicho procedimiento.

El artículo 4.1 del citado proyecto de ley previene que:

En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el artículo 1. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar. Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas, pero que cumpla lo previsto en

los capítulos I y II del título I de esta ley o en una ley sectorial. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva de acuerdo con este Título.

De acuerdo con el referido precepto, la reclamación de una indemnización derivada de un accidente de tráfico no exigiría acudir a un procedimiento de mediación ni a ningún otro distinto del previsto en la LRCCVM, que ya exige una actividad negociadora previa entre las partes, como se comentaba anteriormente, en la que existirá una solicitud de indemnización y, en su caso, una oferta motivada por parte de la compañía aseguradora.

Sin perjuicio de ello, el Legislador español puede y debe adoptar medidas para promover el uso de la mediación y de otros métodos alternativos para la resolución de este tipo de conflictos incidiendo, principalmente por las siguientes vías:

- a) Dando a conocer la mediación.

Pese a que la voluntad de la Unión Europea y del Reino de España⁴⁷⁴ es la de potenciar este método de resolución de conflictos, una parte muy importante de la población española no lo conoce o no sabe cuando puede acudir al mismo, ignorando además cómo se desarrolla el proceso, de qué garantías se dispone y,

⁴⁷⁴ Sobre la perspectiva portuguesa *vid* PACHECO, D., “La perspectiva portuguesa de la

institucionalización de la mediación”, *Revista de Mediación*, vol. 7, n. 2, 2014, pp. 58-65.

sobre todo, cuáles son las ventajas de intentar resolver sus diferencias de esta forma.

La inversión en dar a conocer la mediación como método para la resolución de diferencias reduciría la tasa de litigiosidad y ayudaría a generalizar la cultura de la negociación y del acuerdo no sólo a corto plazo, sino también a medio y largo plazo, ya que ni los ciudadanos ni la mayoría de los profesionales del Derecho piensan en este sistema para solucionar sus desencuentros, optando por la negociación directa y, en defecto de acuerdo, por acudir a los órganos jurisdiccionales.

b) Publicando y ofreciendo a los lesionados listados de mediadores y de institución de mediación.

En concordancia con lo anterior, pero buscando facilitar el trabajo a los perjudicados en un siniestro de tráfico, las administraciones pueden y deben ofrecer listados de mediadores -lo cual ya existe- sino obligar a los servicios médicos a facilitar a los lesionados que manifiesten haber sufrido un accidente de tráfico de carácter leve información sobre la mediación y sobre los profesionales a quienes pueden acudir para exigir una indemnización y/o la reparación de los daños materiales sufridos.

Estos listados permiten que el servicio se preste por particulares o por instituciones privadas, evitando que la mediación se convierta en un servicio público de conciliación, como los que existen en materia laboral, a los que las

partes acuden por mandato del artículo 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en la que los funcionarios encargados del servicio se limitan a consultar a las partes si existe posibilidad de acuerdo o no.

Una alternativa a lo anterior sería la de confiar a los letrados de la administración de justicia competentes la función de mediar entre las partes, de manera similar a como se hace en el artículo 84 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, pero adoptando una posición más proactiva, como suele hacerse en los juzgados de familia en España, en los que jueces y fiscales instan a las partes a alcanzar un acuerdo y les empujan a ello desde la posición que ostentan dentro del sistema judicial. Una mediación intraprocesal operada por el letrado de la administración de justicia - una vez interpuesta, admitida y contestada la demanda- antes de la celebración de la audiencia previa o del juicio oral -según se trate de un juicio ordinario o verbal-, sería una última oportunidad a las partes para resolver sus diferencias por sí mismos, antes de acudir a juicio, pero con conocimiento de los argumentos y pruebas de uno y otro litigante, sabedores de que el asunto será resuelto de forma inminente por el órgano judicial competente y guiados por un profesional del juzgado.

c) Incrementado los intereses judiciales.

Junto con las anteriores propuestas, centradas en la persona del

reclamante, estaría la oportunidad de adoptar medidas que inviten a la parte reclamada a adoptar una posición proactiva en busca del acuerdo, incrementando el tipo de interés establecido en el artículo 20 de la LCS⁴⁷⁵ cuando exista reclamación previa del demandante o aumentando el tipo de interés legal una vez iniciado un proceso.

El cambio legislativo que supuso la eliminación de las faltas reforzó, como se ha explicitado anteriormente, la posición de las compañías aseguradoras, las cuales son conscientes de que no todos los lesionados van a poder o querer sufragar el coste de un informe pericial médico privado; beneficiándose de manera destacable en los siniestros de baja intensidad, en los que en muchas ocasiones no resulta económicamente viable reclamar a la aseguradora más allá de una solicitud de oferta motivada aportando únicamente un informe de alta de urgencias, la hoja de firmas de rehabilitación y el informe de un traumatólogo pagado por la compañía aseguradora contraria como parte de los gastos médicos del lesionado. En estos supuestos, la costumbre del asegurador del vehículo responsable del siniestro es no realizar oferta alguna o hacerla muy por debajo de lo que sabe que correspondería al lesionado conforme al baremo en vigor, pues cuando el importe

a obtener es relativamente bajo, no siempre compensa reclamar.

Para evitar esta posición de preeminencia de las compañías aseguradoras, debe incrementarse el coste económico que se les derive de no atender las reclamaciones extrajudiciales que se les planteen, aumentando el tipo de interés aplicable cuando no atiendan las solicitudes de indemnización amistosas y, especialmente, aquellas en que se acuda de buena fe a un procedimiento de mediación. Podría tomarse como referencia el tipo de interés aplicable transcurridos dos años desde que el asegurador debiera haber abonado el importe mínimo previsto en el artículo 18 de la LCS.

d) Aplicando el artículo 38 de la LCS.

El artículo 38 de la LCS detalla un procedimiento que podría considerarse «de decisión experta» cuando existen diferencias en relación con un siniestro. Conforme al citado precepto legal, cuando se comunica al asegurador la existencia de un siniestro y los bienes afectados por el mismo, el asegurado deberá comunicar también una estimación de los daños sufridos. En el supuesto de los accidentes de circulación este procedimiento puede seguirse perfectamente para la

⁴⁷⁵ El artículo 20.4º de la LCS establece sobre el tipo de interés moratorio para las compañías aseguradoras que este consistirá en: «el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos

intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial». En su párrafo segundo, el citado precepto señala que: «transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100».

reclamación de los daños materiales, pero nada impide a los interesados que la reclamación la formule el perjudicado y no el asegurado ni utilizar esta vía - incluso dentro de un procedimiento de mediación- para reclamar una indemnización por los daños corporales padecidos.

Previene el citado artículo de la LCS que: «si las partes se pusiesen de acuerdo en cualquier momento sobre el importe y la forma de la indemnización, el asegurador deberá pagar la suma convenida o realizar las operaciones necesarias para reemplazar el objeto asegurado», principio que se aplica *mutatis mutandis* en la propia LRCCVM. En caso de desacuerdo, cada parte podrá designar a un perito para que elabore un informe sobre el particular. Si cualquiera de los implicados no lo nombra en el plazo de ocho días a contar desde que se le comunique la designación del contrario, se entenderá que muestra su conformidad con que la opinión válida sea la de dicho profesional, quedando vinculado a su dictamen.

Cuando ambas partes hayan designado, en su caso, a sus respectivos peritos, los mismos podrán llevar a cabo informes contradictorios o suscribir un acta conjunta en la que compartan el dictamen. En dicho documento deberán constar «las causas del siniestro, la valoración de los daños, las demás circunstancias que influyan en la determinación de la indemnización, según la naturaleza del seguro de que se trate y la propuesta del importe líquido de la indemnización». Dicho informe se

pondrá en conocimiento de las partes y será vinculante para estas.

En defecto de acuerdo entre los peritos, las partes designarán de conformidad a un tercer perito, que emitirá un informe dentro del plazo que se le conceda al efecto. Si no fuera posible alcanzar un acuerdo sobre la elección del tercer perito, se seguirá lo previsto en los artículos 136 a 138 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, o en el artículo 80 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en cuyo caso dicho profesional será insaculado del listado de que dispongan el juzgado o notaría competente. Una vez designado el tercer perito, éste deberá emitir un informe en el plazo que se le conceda al efecto y, si no se concreta, en el de 30 días a contar desde la aceptación de su nombramiento.

Este tercer perito puede reunirse con los anteriores y, por unanimidad o por mayoría, dictar unas nuevas conclusiones que deberán comunicarse a las partes, las cuales quedarán vinculadas por dicho dictamen. El mismo sólo podrá ser impugnado judicialmente en 30 o 180 días -según reclame la aseguradora o el asegurado, en este caso el perjudicado- desde su notificación. Transcurrido dicho plazo, «el dictamen pericial devendrá inatacable», como señala el artículo 38 de la LCS, viniendo obligado el asegurador a abonar el importe que se concrete en el plazo de cinco días.

Si el dictamen se impugnase, el asegurador deberá abonar el importe mínimo previsto en el artículo 18 de la

LCS⁴⁷⁶. Tanto en este caso como si transcurriesen los cinco días previstos para abonar la indemnización en caso de no impugnación del dictamen, la compañía aseguradora incurriría en mora conforme al artículo 20 de la LCS, y con los mismos efectos, cuando el perjudicado se vea obligado a reclamar judicialmente; tomando como dies a quo el día en que devino inatacable la valoración pericial, además de las costas procesales.

Dicho procedimiento podría llevarse a cabo dentro de una mediación y aprovechar el clima de negociación y la voluntad de entendimiento de las partes para intentar solventar sus diferencias acudiendo a la decisión de un experto en la materia distinto de los elegidos por las partes.

Las ventajas propias de acudir a la mediación como ADR merecen la atención del Legislador y una apuesta decidida por este método, adoptando cualquiera de las soluciones que se proponen o alguna otra que se considere adecuada no sólo para reducir la carga de los juzgados de primera instancia, sino también para agilizar el cobro de las indemnizaciones y para ahorrar intereses moratorios a las compañías aseguradoras⁴⁷⁷.

CONCLUSIONES

⁴⁷⁶ Señala el citado precepto que la compañía aseguradora habrá de abonar el «importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas», en este supuesto, la cantidad que se haya fijado en el dictamen pericial.

⁴⁷⁷ Sobre el particular, *vid* CAJA MOYA, M. C., “Procedimiento de mediación en reclamaciones

El procedimiento de mediación previsto puede ayudar no sólo a reducir la insufrible tasa de litigiosidad que soportan los por otro lado infra financiados órganos jurisdiccionales españoles, sino que, si se acude con intención de alcanzar un acuerdo, puede ahorrar tiempo y dinero a los perjudicados y a las compañías aseguradoras, quienes abonarán cantidades inferiores en concepto de intereses de demora.

La posibilidad de solicitar -de común acuerdo o a instancias del mediador- un perito independiente que valore las lesiones, la mecánica del siniestro o los daños materiales permite que las diferencias entre las partes que se limiten al quantum indemnizatorio se solucionen de forma extrajudicial, pues el juez es un experto en Derecho, no en la valoración de daños materiales o personales.

La agilidad del procedimiento de mediación, su escaso formalismo, la posibilidad de alcanzar un entendimiento por sí mismos o asistidos de abogados, la no imposición de soluciones, la tarea facilitadora del mediador, y el hecho de tratarse de un método más eficiente en términos temporales y económicos hacen de la mediación el método óptimo para la

de indemnizaciones en accidentes de circulación”, *Diario La Ley*, 9127, 2018 y, de forma más completa: CAJA MOYA, M. C., *La mediación y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en los accidentes de circulación* (tesis doctoral), Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 2015.

resolución de los conflictos derivados de los accidentes de tráfico en España.

La legislación actual prevé acudir a este mecanismo e incluso promueve su utilización pensando que es un sistema óptimo para resolver este tipo de conflictos, si bien es un método muy poco utilizado en la práctica, en parte por su falta de conocimiento por parte de los lesionados y en parte porque las aseguradoras salen beneficiadas cuando los perjudicados piensan que sólo disponen de dos opciones: negociación o litigio.

El Legislador puede y debe apostar por potenciar la mediación como ADR para que se desarrolle una mayor cultura de la negociación y del acuerdo -como parece que tiene intención de hacer-, incentivando este tipo de procedimientos, pero sin caer en la tentación de instaurarlos como una suerte de conciliación previa a la que las partes acudan como un trámite necesario para acudir a la vía judicial, pues en ese caso se estaría reforzando más si cabe la posición de las aseguradoras frente a los lesionados.

La decisión que pueda adoptarse por las partes, especialmente cuando están asistidos por profesionales independientes, como pueden ser los peritos designados al alimón por los participantes en un procedimiento de mediación o elegidos con la ayuda del mediador, van a permitir a las mismas controlar el resultado o, cuanto menos,

que la decisión final la adopte un perito en medicina, en ingeniería o en física⁴⁷⁸, pero no un juez que, en definitiva, es un experto en Derecho.

REFERENCIAS

- CAJA MOYA, M. C., *La mediación y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual en los accidentes de circulación* (tesis doctoral), Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria, 2015.
- CAJA MOYA, M. C., “Procedimiento de mediación en reclamaciones de indemnizaciones en accidentes de circulación”, *Diario La Ley*, 9127, 2018. Disponible en: <https://goo.su/uMbfbvHG>
- DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Más de 33 millones de vehículos asegurados en España*, Noticias, 2023. Disponible en: <https://acortar.link/pIPb8l>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Accidentes en los últimos 12 meses según sexo y comunidad autónoma. Población de 15 y más años*, Estado de salud: Cifras absolutas. Disponible en: <https://acortar.link/YQcxKA>
- GONZÁLEZ CAMPO, F. de A., “Resolución alternativa de conflictos de seguros: Estudio de su experiencia ante el

⁴⁷⁸ Algunas compañías aseguradoras contratan a ingenieros o a físicos para que emitan informes biomecánicos sobre cómo se ha producido un accidente de circulación, qué fuerzas han

resultado del mismo y qué consecuencias pueden haber provocado a las personas lesionadas.

- Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de justicia de 2020”, en Argudo Pérez, J. L. (coord.), *Nuevos espacios de Mediación en Aragón: Estudios jurídicos*, Comuniter, Zaragoza, 2021, pp. 137-194.
- LIMA REGO, M. y Peña López, F., *Regulación del contrato de seguro en Portugal y España: análisis comparado*, Cuadernos de la Cátedra, La Coruña, 2018. Disponible en: <https://goo.su/ZhUQxb>
- MAGRO SERVET, V., “Hacia un protocolo en medición en derecho de la circulación para aseguradoras, abogados y médicos tras la despenalización de las faltas de tráfico”, *Tráfico y seguridad vial*, 196, 2015. Disponible en: <https://goo.su/luC5>
- MERELLES PÉREZ, M., 2016, “La Mediación como requisito previo de admisión de la demanda”, *Diario La Ley*, 8682, 2016. Disponible en: <https://goo.su/S7C4>
- OTERO PARGA, M., “Las raíces históricas y culturales de la mediación”, en Soleto Muñoz, H. y Otero Parga, M. (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 172-184.
- PACHECO, D., “La perspectiva portuguesa de la institucionalización de la mediación”, *Revista de Mediación*, vol. 7, n. 2, 2014, pp. 58-65. Disponible en: <https://acortar.link/HTAkB6>
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M., “Reinterpretación del concepto «circulación de vehículo» en el seguro de circulación de vehículos a motor”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 2020, pp. 429-432. Disponible en: <https://goo.su/u30dY>
- POSE VIDAL, M. B., “La mediación en el ámbito de los accidentes de tráfico y de la oferta motivada”, *Diario La Ley*, 9103, 2017. Disponible en: <https://goo.su/KOeryY>
- SANZ PARRILLA, M., “La mediación en el nuevo esquema extrajudicial de reclamación por accidentes de circulación”, en Soleto Muñoz, H. (dir.), *Mediación y resolución de Conflictos*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 434-453.

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA FAMILIAR: MÉXICO, CANADÁ Y CHILE⁴⁷⁹

ESTUDO DE DIREITO COMPARADO JUSTIÇA RESTAURATIVA RM MATÉRIA FAMILIAR: MÉXICO, CANADÁ E CHILE

Carina Gómez Fröde

Carina Gómez Fröde es doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es actualmente Investigadora Nacional I del Sistema Nacional de Investigadores y Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM. Fue Directora General de Arbitraje Médico en la CONAMED, jefa de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y Directora del Seminario de Derecho Procesal. Fundadora de la videoteca jurídica de dicha institución. Abogada postulante en derecho procesal familiar y autora entre otros de Derecho Procesal Familiar (Porrúa) y El arte cinematográfico para la enseñanza del derecho y de la teoría general del proceso (Tirant Lo Blanche). Es miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Pertenece a la Red Iberoamericana de Cine y Derecho.

¿Cuánto castigo necesita un ser humano para ser disuadido de sus fechorías?

(Nils Christie)⁴⁸⁰

RESUMEN. La justicia restaurativa es un proceso en el que las partes implicadas en un delito determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicaciones. Representa una respuesta evolucionada al crimen, se pone énfasis en la reparación del daño causado, respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve la armonía social. El amplio espectro de las prácticas restaurativas, tanto formales, como informales, como las

declaraciones afectivas, los círculos, reuniones, encuentros y juntas familiares etc, son viables para abordar con un enfoque restaurativo el conflicto familiar donde el daño subyace, sea notorio y necesario de ser atendido. Todavía, en una perspectiva comparada, a partir de los países estudiados, México, Canadá y Chile, ninguno de los tres países analizados se admite una plena justicia restaurativa en materia familiar cuando existe violencia. Por lo que es importante comprender que estas prácticas **no obedecen únicamente a la materia penal** ni es correcto pensar que solo se ha traspasado su implementación a la materia familiar, sino deberá respetarse su metodología, comprenderla y

⁴⁷⁹ Artigo recebido em 15/01/2024 e aprovado em 21/07/2024.

⁴⁸⁰ V Niles, Christie, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, 1984, p.73

enfocarla para atender y enmendar el daño causado en las relaciones familiares. Lo importante es buscar reparar el daño causado, abrir las líneas de comunicación que se habían roto y reconstruir las relaciones a saludables, las cuales podrán continuar a través de toda la vida.

PALABRAS CLAVE. Derecho Comparado; Justicia Restaurativa; México; Canadá; Chile.

RESUMO: A justiça restaurativa é um processo no qual as partes envolvidas em um crime determinam coletivamente a forma como irão lidar com as suas consequências e implicações. Representa uma resposta evoluída ao crime, colocando ênfase na reparação dos danos causados, respeitando a dignidade e a equidade de cada pessoa, construindo o entendimento e promovendo a harmonia social. O amplo espectro de práticas restaurativas, tanto formais como informais, como declarações afetivas, círculos, reuniões, reuniões e encontros familiares, etc., são viáveis para abordar com uma abordagem restaurativa o conflito familiar onde o dano está subjacente, é perceptível e necessário. para ser atendido. Ainda assim, numa perspectiva comparativa, com base nos países estudados, México, Canadá e Chile, nenhum dos três países analisados admite justiça restaurativa plena em questões familiares quando existe violência. Portanto, é importante compreender que estas práticas não obedecem apenas à matéria penal nem é correto

pensar que a sua implementação tenha sido transferida apenas para a matéria familiar, mas sim que a sua metodologia deve ser respeitada, compreendida e focada para endereçar e reparar os danos. causados nas relações familiares. O importante é procurar reparar os danos causados, abrir as linhas de comunicação que estavam quebradas e reconstruir relações saudáveis, que possam continuar ao longo da vida.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comparado; Justiça Restaurativa; México; Canadá; Chile.

INTRODUCCIÓN

En clase nos cuestionamos con frecuencia el por qué el derecho procesal penal universal había dejado fuera del triángulo procesal a la víctima. Es decir, si se cometía algún delito, los ministerios públicos y fiscales debían de investigar. En caso de que confirmaran que el delito se había cometido, tocaban la puerta del poder judicial, (gracias al ejercicio de la acción penal) y es entonces cuando se iniciaba un proceso penal en contra del presunto culpable. El papel de la víctima quedaba soslayado, diluido; claro que podía coadyuvar con el fiscal, pero al fin y al cabo, su papel dentro del proceso jurisdiccional nunca fue importante. Por siglos, el imperativo fue perseguir al culpable, condenarlo y encerrarlo en prisión por algún tiempo o por el resto de su vida (por fortuna en nuestro país fue abolida la pena de muerte). La víctima no importaba. Sin embargo, en la actualidad con el

desarrollo de las teorías de los derechos fundamentales de las personas, gracias a las resoluciones emitidas por las Cortes Internacionales de Derechos Humanos la perspectiva cambió. También, tuvo que ver la introducción a nuestro sistema constitucional de los métodos alternativos de solución de controversias, los cuales no deben concebirse como sustitutos de la justicia ordinaria; porque siempre habrá la posibilidad de que dichos procedimientos alternativos no tengan éxito. Sin embargo, somos optimistas. Cada vez con mayor frecuencia, la sociedad se percata de que el Estado no debe monopolizar la impartición de justicia. Los procesos jurisdiccionales se resuelven conforme a los derechos de las personas, en cambio, en los procedimientos alternos se pueden analizar las necesidades y los sentimientos de las partes; los cuales muchas veces, no son tan visibles. Se esconden bajo el inmenso mar, y lo único que vemos es la punta del iceberg, es decir los derechos de las partes.⁴⁸¹

El 18 de junio del 2008, el artículo 17º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformado y agregado este párrafo: “...Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En materia penal

regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”. El 15 de septiembre de 2017 se incorporó a la disposición constitucional citada otro párrafo: “...Siempre que no afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales...” Es decir, con estas reformas constitucionales se privilegia la responsabilidad personal, el respeto al otro, y la utilización de la negociación y la comunicación.

Al otorgarle un papel trascendental a la víctima, toda la sociedad descubre que no solamente se daña a la víctima, sino que se afecta a la comunidad entera ante la comisión de delitos. Por eso, las preguntas que antes nos formulábamos deben cambiar: ¿Qué leyes se violaron? ¿Quién lo hizo? ¿Qué castigo se merece el ofensor? Había que vengarse del delincuente, cumplir la máxima de ojo por ojo, diente por diente. Todo ello representaba a la justicia retributiva.

Surge otro tipo de justicia denominada la justicia restaurativa⁴⁸², la cual formula cuestionamientos

⁴⁸¹ CRUZ BARNEY, Óscar, *Notas sobre medio alternativos de solución de controversias*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://bibliojuridias.unam.mx>. Acceso en 28 de julio de 2024.

⁴⁸² PÉREZ SAUCEDA, José Benito, ZARAGOZA HUERTA, José, *Justicia Restaurativa: Del castigo a la reparación, Entre libertad y castigo, Dilemas*

del Estado Contemporáneo. Estudios en Homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremaunt, <http://bibliojuridias.unam.mx>. Acceso en 28 de julio de 2024.

Nota: Se utilizaban otros términos: Justicia positiva, pacificadora, temporal, transformadora, comunitaria conciliativa,

diferentes: ¿Qué daños se causaron? ¿Cuáles son las necesidades de las víctimas? ¿Quién tiene la responsabilidad por lo ocurrido? Pensar la justicia desde otra óptica, buscar la justicia sin utilizar la violencia, cambiar el paradigma: el delincuente puede volver ser aceptado en la comunidad si reconoce su responsabilidad y ofrece reparar el daño causado.

1. JUSTICIA RESTAURATIVA.

Actualmente, en muchos lugares del mundo, la justicia restaurativa es considerada como una señal de esperanza, como el camino a seguir en el futuro. Sin embargo, sólo el tiempo dirá si se cumplen o no estas expectativas.
Howard Zehr⁴⁸³

La justicia restaurativa es una teoría de justicia⁴⁸⁴, es un proceso en el que las partes implicadas en un delito determinan de manera colectiva las formas en que habrán de manejar sus consecuencias e implicaciones. Representa una respuesta evolucionada al crimen, se pone énfasis en la reparación del daño causado, respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construye comprensión y promueve la armonía social.

conciliadora, reparativa, reparadora, reitutiva, reintegradora, o reintegrativa.

⁴⁸³ ZEHR. HOWARD, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, <https://www.icbf.gov.co>. Acceso en 28 de julio de 2024.

⁴⁸⁴ *Idem*.

En la justicia restaurativa el castigo es sustituido por la aceptación de los hechos y la búsqueda de métodos de reparación del daño causado. Se responde al delito de manera constructiva y se utilizan las tres R (erres): Responsabilidad, Restauración y Reintegración.

1.- Responsabilidad de la parte de ofendió, lastimó, dañó, quien deberá asumir la misma y responder por esa acción u omisión cometida.

2.- Restauración a la víctima, quien requiere ser reparada. Necesitará ser sanada ante ella misma y ante la sociedad.

3.- Reintegración del infractor, quien requerirá restablecer sus vínculos con la sociedad. Las políticas públicas diseñadas para la reinserción no son suficientes, pues persiste la discriminación durante todo el proceso, todo ello sin contar con el rechazo social y el resquebrajamiento familiar, al que tendrán que hacer frente.⁴⁸⁵

Por lo general, todos los procesos restaurativos requieren diversos métodos para alcanzar sus fines, es decir lograr un acuerdo satisfactorio para todas las partes involucradas. Estos métodos se han ido desarrollando a través de los años. Pérez Saucedo y Zaragoza Huerta enumeran los siguientes:⁴⁸⁶

a) Mediación de la víctima con el infractor: Este método fue

⁴⁸⁵ COLINA HERNÁNDEZ, Verónica, *Hace mucho que te quiero*, Cine Qua Non, Tomo I, mayo-agosto, 2015, p. 81

⁴⁸⁶ PÉREZ SAUCEDA y ZARAGOZA HUERTA, *Op.Cit.* p. 642

documentado por primera vez en 1974 en Canadá. Consiste en reunir a la víctima con el infractor en un escenario seguro con la participación de un mediador, quien gracias a una serie de herramientas y técnicas buscará que el infractor tome responsabilidad del daño causado y facilite que las partes encuentren la forma de una efectiva reparación.

b) Reuniones de Restauración o Conferencias comunitarias: Consiste en la reunión no solo de la víctima y del ofendido sino también de los familiares de ambas partes, amigos, vecinos con el objetivo de encontrar una solución. Se involucra a más participantes.

c) Círculos: Es un procedimiento en el que participan tanto la víctima, el infractor, la familia de ambos, y sus abogados e incluso las instituciones públicas como puede ser la policía, el ministerio público, el poder judicial, etc. Se procura lograr un compromiso y la asunción de la responsabilidad del infractor promoviendo su reinserción social.

d) Asistencia a la víctima: Consiste en brindar servicio a las víctimas a efecto de que se recuperen del daño causado. Los objetivos de los programas son entre otros, brindar representación legal, brindar asistencia psicológica y médica para recuperarse de lesiones físicas o psicológicas, y lograr que las víctimas sean reintegradas a la sociedad.

e) Asistencia a Ex delincuentes: Se busca la transición de la cárcel a ser un miembro activo y aceptado dentro de la sociedad.

f) Restitución: El ofensor restituye a la víctima mediante el pago de dinero, servicios o alguna otra especie para resarcirlo, como resultado del proceso restaurativo.

g) Servicio Comunitario: Son los trabajos que realiza el ofensor en beneficio de la comunidad.

h) Mediación y encuentro: La policía acerca a las partes a efecto de lograr un acuerdo antes de que se presenten denuncias formales.

i) Conciliación Post-judicial: Se reúnen las víctimas con los ofensores y se evalúa si la víctima ha podido superar el impacto psicológico por la comisión del delito y si la persona condenada ha logrado alguna transformación y si podría estar en aptitud de salir de la cárcel por su buen comportamiento, al estarse capacitando o superando.

0 Sin el perdón y la reconciliación es difícil lograr la finalización del conflicto.⁴⁸⁷ Se debe con humildad comprender lo sucedido, las circunstancias y las causas, con el objetivo de lograr la liberación de los sentimientos negativos: el rencor, el odio, el miedo, el deseo de venganza. Representa para el ofensor un acto de verdadera humanidad, valor y lucidez.

2. CONTROVERSIAS Y DESACUERDOS SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS

⁴⁸⁷ ARAMBURU, Fernando, *Patria*, Tusquets Editores, Barcelona, 2016

ESENCIALES DE UN PROGRAMA DE JUSTICIA RESTAURATIVA DE LA ONU

Justicia restaurativa es un concepto en construcción. Todos estamos aprendiendo su gran potencial, pero también sus riesgos. Se discute si la justicia restaurativa se opone al sistema penal tradicional o si la justicia restaurativa es una metodología complementaria y compatible, tomando en cuenta elementos de la justicia retributiva. Sin embargo, hay un hecho en el que todos coinciden, el crimen causa un daño y crea necesidades tanto materiales, emocionales, sociales, físicas, etc.⁴⁸⁸

Sin embargo, surgen controversias dentro del campo de la justicia restaurativa y una serie de cuestionamientos en torno a ellas. Por ejemplo, si hay un papel para el castigo en la justicia restaurativa. Algunos piensan que no necesariamente debe haber un castigo, porque el propósito de la justicia restaurativa es reparar el daño causado y no causar más daño. Hay otras posiciones que consideran que el hecho de denunciar un acto ilícito y que promover el pago de un precio por haberlo cometido ya de por sí se considera un castigo.

Otra inquietud se refiere a preguntarse si los servicios de apoyo a víctimas o programas de reintegración son o no justicia restaurativa, cuando no logran un proceso restaurativo y solamente se quedan en la intención.

Una gran preocupación la constituye el hecho de que la víctima o el infractor no están dispuestos, no tienen la voluntad de participar en un proceso restaurativo. ¿Puede haber justicia restaurativa en un mundo injusto? Tenemos esperanzas de que así sea.

La declaración para un Código de ética restaurativa⁴⁸⁹ contiene una serie de principios relacionados con los intereses de las partes (necesidades y derechos) entre otros: la participación voluntaria y consentimiento informado, no discriminación, la accesibilidad a instituciones de apoyo, la protección a las partes vulnerables en el proceso, la accesibilidad a métodos convencionales (poder judicial tradicional), respeto a la dignidad de las personas, protección de seguridad personal, reconocimiento de la seriedad de las necesidades y sentimientos, reconocer las pérdidas, así como reconocer que existe el derecho de la víctima a reclamar una compensación; así como el derecho y oportunidad que tiene un infractor de ofrecer una reparación.

3. DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA FAMILIAR PREVISTA EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES DE MÉXICO

El uso de la justicia restaurativa se ha extendido a la materia

⁴⁸⁸ *Manual sobre programas de Justicia restaurativa*, United Nations, Office on Drugs and Crime, Naciones Unidas, 2006

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p, 36

familiar y existen actualmente mediadores que ofrecen prácticas restaurativas aplicables a los contextos de violencia en el núcleo familiar y proponen incluso un tratamiento “familiar-penal”.⁴⁹⁰ Si bien, los primeros mediadores de justicia restaurativa se enfocaron únicamente en la materia penal, es urgente analizar la posibilidad de que esta justicia alcance los conflictos familiares. Los conceptos de justicia restaurativa utilizados por los penalistas son orientadores para ser aplicados a la materia familiar, pero es necesario incluir otros factores entre ellos: el vínculo jurídico familiar, la diversidad de afectaciones no necesariamente delictivas que produce el conflicto familiar, las categorías propias de reparación y daño adquieren otra dimensión, porque la noción de daño familiar para ser susceptible de un trato restaurativo no debería encuadrar en un ilícito de tipo penal, según Montañó Delgado.⁴⁹¹

La justicia restaurativa en materia familiar tiene el propósito fundamental de sanar y restaurar integralmente a la familia atendiendo al interés superior de niñas, niños y adolescentes, así como a las personas vulnerables que la integran. Este tipo de justicia apuesta a la humanización, a crear, mantener, fortalecer el tejido social, por ello es tan necesario implementar este método como un mecanismo en la cotidianidad de las familias y así encaminar en

conjunto a una sociedad de cultura de la paz.⁴⁹²

Los principios de la justicia restaurativa pueden ser aplicados en la integración familiar de forma que se centran en el daño suscitado y causado, se atienden las obligaciones familiares, tomando en consideración la confidencialidad, la imparcialidad, la equidad, la neutralidad la flexibilidad, el consentimiento, todo esto para asegurar el bienestar general de la familia y de la sociedad. El que los integrantes de la familia encuentren soluciones válidas para resolver sus litigios mejora la convivencia, afianza la legitimación de cada uno de ellos, se reconocen las emociones y sentimientos en un ambiente de confianza, honestidad y respeto.

La familia es una institución jurídica en la que sus relaciones no pueden ser regidas exclusivamente por criterios de interés individual, ni de autonomía de la voluntad, sino deberá considerarse el interés superior del núcleo familiar. La búsqueda de equilibrio de los diversos intereses que en la familia confluyen ha producido un movimiento renovador que, del mundo de los conceptos ha trascendido al plano legislativo y al plano fáctico de maneras ascendente y descendente. El desarrollo que ha presentado el derecho procesal familiar es producto de la evolución social y en el ámbito procesal se han modificado tanto las relaciones

⁴⁹⁰ MONTAÑO DELGADO, Mario Alberto, *Justicia Restaurativa Familiar*, Conflictología, <https://calcaterra-conflictologia.com>. Acceso en 28 de julio de 2024.

⁴⁹¹ *Idem*.

⁴⁹² PELAYO-ARREOLA, Teresa Yazmin, *Justicia restaurativa como factor de integración familiar*, Escuela Judicial del Estado de Tabasco, Revista de Investigaciones Universidad del Quindío

jurídico familiares en el campo fáctico como también en el normativo.⁴⁹³

La reciente expedición del Código Nacional de Procedimientos Civiles incluye en el Libro Cuarto de la Justicia Familiar, en el Capítulo Primero “Disposiciones Generales en materia familiar” en la sección quinta se incorporaron 3 artículos relacionados con la justicia restaurativa en materia familiar.

Este apartado dispone:

*que las partes de común acuerdo podrán sujetarse a un procedimiento de Justicia Restaurativa en materia familiar, el cual tendrá como finalidad que las partes reconozcan la existencia de un conflicto, asuman su responsabilidad y participen tanto en la reparación de los daños como en la reestructuración de la dinámica familiar. Quedan exceptuados los casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes.*⁴⁹⁴

El procedimiento de Justicia Restaurativa no es obligatorio para acceder a la justicia familiar. Las partes podrán

*acordar suspender la tramitación del juicio que hayan iniciado por un intervalo no mayor a tres meses. Las medidas cautelares, precautorias o provisionales decretadas en el trámite de cualquier juicio se mantendrán vigentes. Las partes podrán sujetarse a los mecanismos de justicia restaurativa, sin suspensión del trámite judicial correspondiente. En los casos que alguna de las partes manifieste su deseo de no continuar con el proceso de justicia restaurativa en materia familiar o simplemente una de ellas deje de acudir a las sesiones que se señalen, se dará por concluido el proceso, y suspendido o no el trámite, sin dilación alguna se continuará el juicio en la etapa procesal respectiva.*⁴⁹⁵

En relación a los auxiliares en la implementación de los procedimientos de justicia restaurativa,

la autoridad jurisdiccional podrá auxiliarse de expertos en

⁴⁹³ GÓMEZ FRODE, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, Editorial Porrúa, México, 3ª Ed. 2019, p.3

⁴⁹⁴ Nota: El Código de Procedimientos Civiles del D.F, hoy Ciudad de México prevé que el Centro de Justicia Alternativa atenderá a las partes siempre y cuando no exista violencia familiar, en cuyo caso se abstendrá de intervenir, haciéndolo del conocimiento al C. Agente del Ministerio Público tratándose de menores. El Código Nacional está

abriendo a puerta a la justicia restaurativa en materia de violencia familiar y solamente prevé la excepción cuando se trate de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes.

⁴⁹⁵ Art. 584.- Sobre la Justicia restaurativa, Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf> . Acceso en 28 de julio de 2024.

psicología, trabajo social, mediadores o facilitadores especializados en materia de familia, quienes deberán de preservar los principios de: legalidad, imparcialidad, voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, simplicidad, acceso a la información y que cuenten con la certificación que para dichos efectos expida la autoridad competente.⁴⁹⁶

En los casos en que las partes manifiesten su deseo de someterse a los beneficios de la justicia restaurativa, la autoridad jurisdiccional señalará día y hora para que las partes acudan a la entrevista inicial, a la cual podrán ser acompañadas en todo momento de cualquier persona de su confianza, lo que incluye a su representante legal. Una vez realizadas las entrevistas la persona facilitadora informará en el plazo de tres días a la autoridad jurisdiccional la viabilidad de la implementación de un proceso

de Justicia Restaurativa. No obstante, si en los encuentros preparatorios o dentro del proceso sobreviene alguna causa de inviabilidad, la persona facilitadora lo informará en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas a la autoridad jurisdiccional.⁴⁹⁷

En caso de que las partes, asistidas de la persona facilitadora, diseñen un plan de reparación del daño, deberá de observar lo siguiente:

I. De ninguna manera podrá pactarse la renuncia de los derechos de niñas, niños o adolescentes; (aunque se dijera dicho convenio sería nulo)

II. En asuntos en los que existan datos de la existencia de conductas de violencia, queda prohibido convenir el mero pago de obligaciones pecuniarias como forma de reparación del daño, y (Se entendería que entre los mediados y gracias a la intervención del mediador se lograron acuerdos más allá de los pecuniarios)

III. No podrán pactarse cláusulas desde una asimetría en las relaciones de poder. (Siempre en las relaciones de familia existen asimetrías, y al que le toca nivelar y empoderar es

⁴⁹⁶ Art.585.- Auxiliares en la implementación de los procesos de justicia restaurativa, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf>. Acceso en 28 de julio de 2024. Es importante que el Código Nacional exija que el personal que intervenga en los actos de mediación se encuentre debidamente certificado.

⁴⁹⁷ Art. 586.- Procedimiento de justicia restaurativa,

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf>. Acceso en 28 de julio de 2024. Se prevé que pueda acudir un representante en nombre de una de las partes. Me parece que esto va en contra del espíritu de la mediación. Por otro lado se le denomina facilitador a la persona que tendría la intención primordial de provocar un convenio entre las partes, cuando el nombre o concepto que debe ser utilizado es el de mediador.

precisamente al mediador, por lo que considero que estos tres puntos son totalmente innecesarios de ser incluidos en el código nacional, cuando se conoce la naturaleza de la mediación y lo que se persigue con ella.

En el plan o convenio, en su caso, la persona mediadora o facilitadora deberán promover que se garantice el bienestar psicológico y la seguridad física de todos los miembros de la familia. Después de aceptado y firmado el acuerdo la persona facilitadora tendrá un plazo máximo de tres días para presentarlo ante la autoridad jurisdiccional competente. Recibido por la autoridad jurisdiccional competente el plan de restitución de derechos o el convenio, en un plazo de cinco días hábiles la autoridad jurisdiccional fijará día y hora para el desahogo de una audiencia oral, a fin de sancionar y en su caso aprobar los acuerdos formulados por las partes. Es criticable que el Código señale tantos plazos para el cumplimiento cuando el espíritu de la justicia restaurativa no impone plazos y debe ser flexible sin formalismos absurdos como imponer este tipo de plazos.

Las partes comparecerán personal y debidamente asistidas a la audiencia y en caso de que la autoridad jurisdiccional lo considere pertinente podrá apersonarse la persona facilitadora. En todos los casos deberá de encontrarse presente en la actuación la persona Agente del Ministerio Público correspondiente y en caso de que así lo considere la autoridad jurisdiccional, la persona representante de la Procuraduría de

Protección de niñas, niños y adolescentes a nivel federal o de cada Entidad Federativa.

De resultar en derecho el convenio, se elevará a categoría de cosa juzgada y de inmediato la autoridad jurisdiccional proveerá de todo lo necesario para su ejecución.

El cumplimiento forzoso del convenio judicial podrá solicitarse en la vía de apremio.

4. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA FAMILIAR EN CANADÁ

El abuso emocional y verbal escaló por parte del marido a abuso sexual y violento. Los cargos fueron ejecutados y se condenó al esposo a tres años de prisión. En la cárcel participó en un programa de cambio de vida dirigido a controlar su comportamiento violento. La mujer necesitaba enfrentar su pasado y tenía preocupaciones por el futuro del hijo que habían procreado en común, por lo que pidió una reunión cara a cara con su ofensor y con la presencia de un mediador. Durante la audiencia, la mujer preguntó sobre el comportamiento del ofensor y si había cambiado. Por su parte, el hombre asumió su total responsabilidad y le aseguró que ella no había cometido ninguna falta. Ante ello, la mujer lo perdonó y enseguida se pusieron de acuerdo en la manera en que

*educarían a su hijo Ambos, al final coincidieron en que la mediación fue lo mejor que les ha pasado en su vida.*⁴⁹⁸

La mediación entre la víctima y el agresor es un modelo que incorpora los valores construidos por la justicia restaurativa. Howard Zehr, el pionero en estas materias, definió a la justicia restaurativa como un proceso que involucra, con la mayor amplitud posible, a aquellos que tienen una afectación por haber recibido una ofensa específica y de manera colectiva sufren daños, tienen necesidades y obligaciones, cuyo objetivo es sanar y poner las cosas en orden. La pregunta es si este método puede servir como herramienta para reparar a las familias y los matrimonios que han sufrido violencia.

La violencia familiar sigue siendo un tema preocupante en Canadá. Solamente el 28% de las víctimas contactan a la policía. Los niños que están expuestos a violencia doméstica son sujetos de un riesgo prolongado con consecuencias negativas. Son las personas olvidadas dentro de esta triste realidad.

La práctica de la justicia restaurativa es muy controversial. Se dice que coloca al ofensor filosóficamente en una desproporcionada posición. Muchas veces se considera que la implementación de justicia restaurativa

al apartarla de la justicia tradicional; pone a la víctima ante un mayor peligro.

Sin embargo, el sistema tradicional de justicia se preocupa poco por conocer la raíz de los conflictos familiares. Muy pocas veces las víctimas tienen la oportunidad de compartir sus experiencias de manera libre, ante la rigidez de las tácticas adversariales.

En el sistema de justicia tradicional, los niños; quienes son testigos de la violencia se convierten en víctimas silenciosas y la justicia tradicional se muestra incapaz de protegerlos para evitar que vuelvan a ser revictimizados.

Para Peter Jon Mitchell, un sistema híbrido que combine los valores de la justicia restaurativa con el sistema tradicional de justicia puede traer beneficios, tanto a las víctimas, a los niños y a los ofensores también.

Para lograrlo será necesario contar con participantes activos con voluntariedad, incluyendo a los ofensores que deberán estar preparados para asumir responsabilidades frente a su conducta criminal y que sean capaces de ofrecer a la víctima una reparación por el daño causado.

Por otro lado, las víctimas deben contar con la libertad y la confianza de cesar o terminar el procedimiento restaurativo si se sienten incómodos, presionados o intimidados.

Es por ello que se necesitan personas mediadoras sumamente capacitadas que previo a los encuentros hayan realizado un análisis profundo del

⁴⁹⁸ MITCHEL, Peter Jon, *Puede la justicia restaurativa restaurar a la familia, Analizando la*

justicia restaurativa, Marriage and Family, IMFC Review, 2006

caso. Es totalmente comprensible que habrá casos de violencia doméstica que no podrán ser tramitados bajo este procedimiento. Las víctimas ante la mediación pueden sentirse protegidas frente al agresor en un ambiente controlado. Las empodera y les ayuda a encontrar una sanación. Las víctimas empoderadas constituyen un buen ejemplo para los hijos.

Las actuales preocupaciones en Canadá consisten en atender el diseño de políticas públicas que revisen cómo los niños pueden estar acompañados en este proceso de justicia restaurativa.

Otras preguntas que han sido formuladas son las siguientes: ¿Qué necesitan las víctimas del sistema de justicia? ¿Cómo un sistema híbrido puede enfrentar la tensión entre la justicia retributiva y la rehabilitación? ¿Cómo puede la comunidad interceder en las relaciones familiares destruidas por la violencia? ¿Qué otras formas de justicia restaurativa pueden ser contempladas ante la violencia doméstica?

Se ha sugerido una continua evaluación de los casos de justicia restaurativa para promover sanas discusiones en torno al diseño de políticas públicas que fortalezcan este método.

5. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN MATERIA FAMILIAR EN CHILE

Se ha puesto tal énfasis en la inserción de la mediación como política pública, en materia de familia, que incluso debió efectuarse una modificación legislativa a la Reforma a la Justicia de Familia de la Ley N° 19.968 de 2.004 que crea los Juzgados de Familia, así como su posterior modificación en la Ley N° 20.086, en que se elimina su carácter de instancia voluntaria y transformarse en un paso previo y obligatorio al inicio de una acción judicial en temas de cuidado personal, alimentos y régimen comunicacional.⁴⁹⁹

Actualmente en Chile existe un marco legislativo y procedimental complejo, para quien tiene a cargo resolver conflictos familiares. El que restringe la procedencia de la mediación familiar y penal, en materia de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de que en la práctica ésta opera en la sombra, fuera del marco de la ley y sin una normativa que resguarde de manera eficiente los importantes bienes jurídicos en riesgo, por la urgente necesidad de resolver de una forma no punitiva estos conflictos.

En los asuntos a que dé lugar la aplicación de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, la mediación procederá en los términos y condiciones

⁴⁹⁹ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena, *Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género*, Rev. derecho (Valdivia) vol.26 no.2 Valdivia dic. 2013, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_artt ext&pid=S0718. Acceso en 28 de julio de 2024.

establecidos en los artículos 96 y 97 de esta ley.⁵⁰⁰

La autora González Ramírez considera la pertinencia de abordar situaciones de violencia doméstica, especialmente referidas a la violencia de pareja, con la mediación u otro mecanismo restaurativo, que permitan integrar soluciones adecuadas al actual momento histórico-social que cruza la familia y la mujer en Chile, vinculando los efectos que produce la judicialización en este tipo de conflictos, tanto en las partes como en la

comunidad, desde una visión propia de la criminología.

La opción de legislar a favor de incorporar la mediación en las controversias familiares, busca propiciar mayor responsabilidad de los afectados en la solución de sus propios conflictos por medio de la práctica del diálogo, favoreciendo la convivencia del grupo familiar, más allá de la ruptura de la pareja. Sin duda, un incentivo para adoptar la mediación es la capacidad de descongestionar la labor judicial, pero este es el aporte de menor importancia, considerando que los mecanismos

⁵⁰⁰ Artículo 96.- Suspensión condicional de la dictación de la sentencia. Si el denunciado o demandado reconoce ante el tribunal los hechos sobre los que versa la demanda o denuncia y existen antecedentes que permiten presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo, el juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones:

a) Que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima;

b) Que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más de las medidas cautelares previstas en esta ley por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año.

En todo caso, el tribunal, previo acuerdo de las partes y en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero, podrá someter a mediación el conflicto para los efectos de la letra a). Aprobada el acta de mediación, el juez suspenderá condicionalmente la dictación de la sentencia. Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose

que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad.

La resolución que apruebe la suspensión de la sentencia será inscrita en el registro especial que para estos procesos mantiene el Servicio de Registro Civil e Identificación, en los mismos términos que la sentencia.

Artículo 97.- Improcedencia de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia. La facultad prevista en el artículo anterior no será procedente en los siguientes casos:

a) Si el juez estimare conveniente la continuación del proceso;

b) Si ha habido denuncia o demanda previa sobre la comisión de actos de violencia intrafamiliar en contra del denunciado o demandado, cualquiera que haya sido la víctima de éstos, y

c) Si el demandado o denunciado hubiere sido condenado previamente por la comisión de algún crimen o simple delito contra las personas, o por alguno de los delitos previstos en los artículos 361 a 375 del Código Penal.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley 19968, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557&idParte=> . Acceso en 28 de julio de 2024.

colaborativos mejoran la calidad de las soluciones que ofrece la justicia por medio de la participación de sus protagonistas, lo que según estudios sobre la materia, genera importantes niveles de satisfacción de los usuarios, además de un mayor compromiso y sustentabilidad en el cumplimiento de las obligaciones acordadas. Asimismo, estos mecanismos ofrecen mayores niveles de bienestar social por el fortalecimiento del acceso a la justicia. Según la autora chilena, la mediación exige que sus participantes se encuentren en una condición de igualdad para resolver sus diferencias. Es precisamente este principio el que se ve cuestionado cuando se trata de incorporar la perspectiva de género a la mediación, ya que si se efectúa una mirada profunda a la realidad nacional, y particularmente en el seno de la familia chilena, es fácil constatar que las relaciones de las mujeres frente a los hombres han sido y son históricamente desiguales.

En aquellos casos en que la violencia constituya delito no es procedente iniciar un proceso de mediación, ya que el artículo 19 de la Ley N° 20.066 ha prohibido en forma expresa la realización de acuerdos reparatorios en el tipo penal de maltrato habitual. Como en todo conflicto de carácter penal, es la Fiscalía quien tiene las herramientas y la responsabilidad de iniciar las diligencias tendientes a la protección de las

víctimas de manera eficaz y oportuna, en concordancia con los artículos 15 y 16.

La discusión doctrinaria sobre la pertinencia de la mediación se basa precisamente en las características que definen a este mecanismo. Es decir, la mediación como un proceso colaborativo, voluntario, confidencial, donde las partes trabajan sobre la base de equilibrios de poderes que les permite situarse en un plano de horizontalidad para resolver un conflicto, buscando la satisfacción de sus necesidades. Desde un enfoque del conflicto penal en la línea de la Justicia Restaurativa, la mediación no se centra en determinar culpables ni imponer sanciones, sino que insta a los participantes a responsabilizarse de sus actos y asumir compromisos futuros mediante acuerdos posibles de reparación.

La autora refiere a Tapia e Ilundain⁵⁰¹, quienes se oponen al uso de la mediación en casos que involucren violencia familiar, señalan que este mecanismo puede no respetar los derechos y las protecciones que el sistema judicial le otorga a la víctima, lo que sería contraproducente con el movimiento que ha permitido sacar el tema del ámbito privado y ha logrado imponer la conciencia de que la violencia doméstica es un problema de carácter social y público. Por otra parte, refuerza esta posición la idea que postula que mediar en casos de este tipo implica intervenir en relaciones en las

⁵⁰¹ González Ramírez, Isabel Ximena, *Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género*, op.cit.

cuales existe un notable desequilibrio de poder, por lo que podría ser peligroso promover que la víctima se arriesgue a perturbar al victimario, especialmente cuando la situación de abuso no ha cesado, agravando la situación de riesgo o vulnerabilidad en que se encuentra la víctima.

Ello hace pensar a González Jiménez que la mediación es aconsejable solo en los casos en que la violencia ya cesó; y en los casos en que ésta continúe, podría ser adecuado derivar a las partes a mediación solo una vez que el juez haya tomado las medidas cautelares para hacer cesar la violencia y siempre que el diagnóstico previo que se haga a la víctima establezca la posibilidad de ésta de autodeterminarse y disponga de una red de apoyo integral que pueda actuar frente a un riesgo. Entendiendo que este mecanismo colaborativo puede aportar, junto a otras intervenciones, para que la pareja lleve adelante una redefinición de las reglas de relación que sostengan en forma autónoma.

Desde el órgano jurisdiccional se debe proporcionar a los mediadores y usuarios una red de contención institucional adecuada, que contenga instancias de tratamiento y reparación. De esta manera, el ideal en este tipo de intervenciones sería contar con una red que dé un enfoque integral al conflicto, aportando desde la interdisciplinariedad, salud mental, mecanismos colaborativos de solución de los conflictos y medidas cautelares que ofrezcan protección efectiva ante un caso de riesgo. Asimismo, los centros de mediación que intervienen en estas materias deben contar con un protocolo

adecuado de parámetros de evaluación del riesgo para las partes, que trate tanto los aspectos de vulnerabilidad de la víctima, evitando una nueva victimización, como los índices de peligrosidad del ofensor, con el propósito de recuperar el respeto entre los integrantes de la familia y recrear los recursos familiares, centrados en la distribución equilibrada de poder y roles.

CONCLUSIONES

Actualmente en ninguno de los tres países analizados se admite una plena justicia restaurativa en materia familiar cuando existe violencia. Sin embargo, en México se permitirá próximamente, gracias a la introducción de un nuevo Código Nacional de Procedimientos civiles y familiares. Habrá que prevenir la elaboración de protocolos para salvaguardar la protección de las víctimas y cuidar sobre todo la no revictimización. También es comprensible que la sociedad no está todavía preparada para cambiar de paradigma, así que no todos los conflictos familiares podrán solucionarse bajo este nuevo esquema.

Es interesante la propuesta canadiense en el sentido de que no es necesario, en caso de violencia doméstica, dejar de lado la justicia retributiva, sino combinarla con la justicia restaurativa, precisamente para limar asperezas y lograr comprender, dialogar, reconocer, pedir perdón y a su vez perdonar.

Es de destacarse cómo en Chile se introduce la posibilidad de suspender la resolución familiar y

procurar una mediación familiar si el ofensor reconoce su responsabilidad y el daño que ha causado a los integrantes de la familia.

Considero que lo más importante es empoderar a la víctima frente al ofensor y lograr hacer comprender a ambos que el daño causado trasciende a toda la sociedad en su conjunto. Es por ello que, la responsabilidad en lograr relaciones de respeto y armonía dentro de la sociedad nos compete a todos, en lo individual y en lo colectivo, a la familia, a las escuelas y universidades, a los mediadores públicos y privados y también al poder judicial. Algún día se comprenderá que el dictar una sentencia familiar no es resolver el problema de fondo y que hace falta mucho más para lograr la paz dentro de las familias.

El amplio espectro de las prácticas restaurativas, tanto formales, como informales, como las declaraciones afectivas, los círculos, reuniones, encuentros y juntas familiares etc, son viables para abordar con un enfoque restaurativo el conflicto familiar donde el daño subyace, sea notorio y necesario de ser atendido. Por lo que es importante comprender que estas prácticas **no obedecen únicamente a la materia penal** ni es correcto pensar que solo se ha traspulado su implementación a la materia familiar, sino deberá respetarse su metodología, comprenderla y

enfocarla para atender y enmendar el daño causado en las relaciones familiares.

Desde la experiencia de Claudia Villavicencio⁵⁰², mediadora y facilitadora, en todos los conflictos familiares existe uno o muchos tipos de violencia, que convergen, escalan y se vuelven parte de la dinámica familiar, en cuyo caso nunca será posible abordar el conflicto en un plano igualitario de diálogo, como ocurre en los procesos de judiciales, ya que el daño crea condiciones asimétricas entre los miembros de una familia, y requiere de un acompañamiento que solo la restauración ofrece, de forma tal que la justicia restaurativa, es esa respuesta evolutiva que el daño causado en las familias necesita, para responder de fondo y no solo de forma al conflicto, para ir más allá del consenso y armonizar las relaciones familiares y procurar el bienestar social.

Las familias tienen el derecho fundamental de ser protegidas realmente por el Estado y poder acceder a procesos de restauración, que les permitan sanar, para tener calidad de vida y una vida digna libre de daños, reclamos, heridas y reproches; para resolver el conflicto social desde el fondo y la causa, porque restaurando y reparando es que podremos construir una sociedad pacífica.

La justicia restaurativa ofrece una prometedora alternativa frente a los medios tradicionales para resolver los

⁵⁰² VILLAVICENCIO, Claudia, La justicia restaurativa aplicada a los conflictos familiares, Blog IIDEJURE, <http://www.iidejure.com/la->

[justicia-restaurativa-aplicada-a-los-conflictos-familiares](#). Acceso en 28 de julio de 2024.

conflictos familiares. Lo importante es que las familias resuelvan sus conflictos por sí mismas, con la ayuda de mediadores especializados, sensibles y preparados en el uso de las diversas herramientas y técnicas se logrará conjuntamente un ambiente de paz y armonía, en vez de acudir a instancias judiciales y atizar más la llama del conflicto. Lo importante es buscar reparar el daño causado, abrir las líneas de comunicación que se habían roto y reconstruir las relaciones a saludables, las cuales podrán continuar a través de toda la vida.

REFERENCIAS

- ARAMBURU FERNANDO, *Patria*, Tusquets Editores, Barcelona, 2016
- COLINA HERNÁNDEZ, Verónica, *Hace mucho que te quiero*, Cine Qua Non, Tomo I, mayo-agosto, 2015
- CRUZ BARNEY, Óscar, *Notas sobre medio alternativos de solución de controversias*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://bibliojuridias.unam.mx>. Acceso en 28 de julio de 2024.
- GÓMEZ FRODE, Carina, *Derecho Procesal Familiar*, Editorial Porrúa, México, 3ª Ed. 2019
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, Isabel Ximena, Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género, *Rev. derecho* (Valdivia) vol.26 no.2 Valdivia dic. 2013, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718. Acceso en 28 de julio de 2024.
- MITCHEL, Peter Jon, *Puede la justicia restaurativa restaurar a la familia*, Analizando la justicia restaurativa, Marriage and Family, IMFC Review, 2006
- MONTAÑO DELGADO, Mario Alberto, *Justicia Restaurativa Familiar*, Conflictología, <https://calcaterra-conflictologia.com>. Acceso en 28 de julio de 2024.
- ONU, *Manual sobre programas de Justicia restaurativa*, United Nations, Office on Drugs and Crime, Naciones Unidas, 2006
- PELAYO-ARREOLA, Teresa Yazmin, *Justicia restaurativa como factor de integración familiar*, Escuela Judicial del Estado de Tabasco, Revista de Investigaciones Universidad del Quindío.
- PÉREZ SAUCEDA, José Benito, ZARAGOZA HUERTA, José, *Justicia Restaurativa: Del castigo a la reparación*, Entre libertad y castigo, Dilemas del Estado Contemporáneo. Estudios en Homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremaunt, <http://bibliojuridias.unam.mx>. Acceso en 28 de julio de 2024.
- VILLAVICENCIO, Claudia, *La justicia restaurativa aplicada a los conflictos familiares*, Blog IIDEJURE, <http://www.iidejure.com/la-justicia-restaurativa-aplicada-a-los-conflictos-familiares>. Acceso en 28 de julio de 2024.

ZEHR. Howard, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*,
<https://www.icbf.gov.co>

MINISTÉRIO PÚBLICO DE GARANTIAS⁵⁰³

THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE

Cláudio José Amaral Bahia

Pós-doutor pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela ITE/SP. Professor da ITE/SP. Advogado. E-mail: claudio_amaralbahia@hotmail.com

Robson Martins

Doutor em Direito pela ITE/SP e Doutorando em Direito da Cidade pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Professor da Universidade Paranaense – UNIPAR. Procurador da República. E-mail: direito.robsonmartins@gmail.com

RESUMO: O presente artigo estudou os efeitos produzidos no ordenamento jurídico processual penal brasileiro — e, especificamente, na atividade do Ministério Público, nas fases de investigação e, posteriormente, de acusação e de instrução criminal —, provocados pela promulgação da Lei número 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Lei Anticrime”, ou “Pacote Anticrime”), a qual visou ao aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal brasileira e que se tornou, igualmente, responsável pela introdução, no Direito Pátrio, do instituto jurídico do Juiz de Garantias. Chegou-se à conclusão de que as funções de investigação e acusação criminais devem obrigatoriamente ser atribuídas a membros diversos do Ministério Público, tornando imperioso o reexame, na seara criminal, das funções de investigação e de acusação do *Parquet*, de modo a garantir maior isonomia na análise das

provas produzidas, o respeito à dignidade da pessoa humana, tratamento igualitário dos acusados, fazendo com que o *Parquet* livre-se da pecha autoritária de acusador público por excelência e se volte a atuar na defesa dos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, sem abandonar sua função de buscar a aplicação do *jus puniendi*. Utilizou-se na pesquisa o método dedutivo, o procedimento monográfico, as técnicas de pesquisa bibliográfica na doutrina especializada, e a documental, na legislação e na jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; Juiz de Garantias; Ministério Público de Garantias; isonomia; precedentes.

ABSTRACT: This article studied the effects produced in the Brazilian criminal procedural legal system — and

⁵⁰³ Artigo recebido em 15/08/2022 e aprovado em 16/04/2023.

specifically on the activity of the Public Prosecutor's Office, in the investigation and, later, prosecution and criminal investigation phases —caused by the enactment of law no. 13,964 of december 24, 2019 ("Anti-Crime Law", or "Anti-Crime Package"), which aimed at the improvement of Brazilian criminal and procedural legislation and which also became responsible for the introduction, in National Law, of the legal institute of the Judge of Guarantees. It was concluded that the investigative and prosecution functions must be assigned to various members of the Public Prosecutor's Office, making it imperative to review, in the criminal area, the investigation and prosecution functions of *parquet* free yourself from the authoritarian pecha of public accuser par excellence and return to act in defense of the basic principles of the Democratic State of Law, without abandoning its function of seeking the application of *jus puniendi*. The deductive method, the monographic procedure, the techniques of bibliographic research in specialized doctrine, and documentary, legislation and jurisprudence were used in the research.

KEYWORDS: Democratic Rule of Law; Judge of Guarantees; Public Prosecutor's Office of Guarantees; previous isonomy; precedents.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem, por objeto de estudo, os efeitos produzidos no ordenamento jurídico processual penal brasileiro — e, especificamente, na atividade do Ministério Público brasileiro, nas fases de investigação (inquérito policial e procedimento investigatório criminal) e, posteriormente, de acusação e de instrução criminal —, provocados pela promulgação da Lei n.º 13.964/2019, ou seja, há quase 4 (quatro) anos — a qual, comumente referida como “Lei Anticrime”, ou, ainda, como “Pacote Anticrime”, visou ao aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal brasileira e é a responsável pela introdução, no Direito Pátrio, do instituto jurídico do Juiz de Garantias.⁵⁰⁴

Em decorrência do advento desta separação entre o Juiz de Garantias e o Juiz do Processo Judicial, torna-se imperioso revisar, na seara criminal, a atividade do *Parquet*, no sentido de aproximar sua configuração da separação entre as funções de investigar e de acusar, garantindo, desse modo, respeito à dignidade da pessoa humana e isonomia de tratamento dispensada a todos os acusados, bem como de proteger as garantias processuais dos acusados e, consequentemente, consagrar a dignidade da pessoa humana, essência de uma sociedade organizada.

⁵⁰⁴ BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei (L.) número (n.º) 13.964, de 24 de dezembro de*

2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Brasília, Distrito Federal (DF), 2019, sem página (s/p.). [texto eletrônico online].

Tal perspectiva tanto se aproxima do *Sistema do Juizado de Instrução* presente nos projetos legislativos inicialmente pensados para que se concebesse um Código de Processo Penal (CPP) brasileiro — afinal instituído pelo Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (DL 3.689/1941)⁵⁰⁵ —; quanto se avizinha de Sistemáticas Processuais Penais passíveis de serem vistas no Direito Comparado, eis que adotadas em ordenamentos jurídicos estrangeiros, tais que naquele da Alemanha, no da França, no da Itália, no de Portugal e naquele do México — abordados, mais adiante, neste trabalho.

Em qualquer Estado Democrático de Direito — e não seria diferente no Estado Democrático de Direito que vige no Brasil e no qual se constitui a República Federativa do Brasil, consoante o estatuído no *caput* do artigo que abre o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,⁵⁰⁶ primeira parte (CF/1988, art. 1º, *caput, ab initio*)⁵⁰⁷ —, a Justiça Penal deve, a partir de uma Política Criminal dirigida à *máxima efetividade*, assegurar as garantias processuais tanto do investigado, quanto do acusado (réu).

Nesse diapasão e diante da instituição da figura do Juiz de Garantias

no ordenamento jurídico brasileiro, a Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça (STJ),⁵⁰⁸ a qual determina a possibilidade de um mesmo e único membro do Ministério Público investigar o réu e, sucessivamente, no mesmo caso concreto, poder vir, *in casu*, a denunciá-lo, mostrar-se-ia incompatível com o instituto do Juiz de Garantias, obrigando tal súmula a ser reinterpretada, à luz da Sistemática Processual Penal instaurada pelo disposto na Lei n.º 13.964/2019.

Em que pese possa o *Parquet* presidir a investigação criminal e, ato contínuo, propor a ação penal no mesmo caso concreto — consoante entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência pátrias —, mister a necessária separação entre as funções ministeriais de investigar e de acusar que foi perpetrada pela Lei n.º 13.964/2019 e que encontra guarida em Sistemas Processuais Penais do Direito Comparado e, ainda, em julgados nacionais, obrigaria a que se procedesse, também, a tal separação no Direito Processual Penal Brasileiro.

Em face do princípio da máxima efetividade dos Direitos Fundamentais, a qual obrigaria à concretização de uma Política Criminal que assegurasse o exercício das garantias processuais

⁵⁰⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-Lei (DL) n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, então Distrito Federal: 2022, s/p. [texto eletrônico online compilado].

⁵⁰⁶ BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil*

de 1988. Brasília (DF), 2022, s/p. [texto eletrônico online compilado].

⁵⁰⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].

⁵⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Súmula 234”. In: *Súmulas Anotadas do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília (DF), 2022, página (p.) 486.

penais do investigado e do acusado e que, especialmente depois do surgimento do Juiz das Garantias no Direito Processual Penal brasileiro, pressupusesse a separação das funções investigativa e acusatória do *Parquet*.

A partir da necessidade de atribuírem-se a investigação e a acusação criminais a membros diversos do Ministério Público, uma última hipótese faria com que a Súmula n.º 234 do Superior Tribunal de Justiça, o Tema n.º 184 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal e a Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público não mais pudessem ser considerados compatíveis com o ordenamento jurídico processual penal pátrio, a menos que se procedesse à sua respectiva e devida reinterpretação.

Importante mencionar que o trabalho não se volta a tentar impedir que o *Parquet* investigue; e, sim, relaciona-se à necessidade de que a divisão concreta do Processo Penal, entre as fases pré e endoprocessuais, seja acompanhada da separação das atuações ministeriais investigativa e acusatória.

Confirma-se, portanto, a necessidade de ser realizado o presente estudo, tendo em vista que a falta de separação entre as esferas de atuação do Ministério Público no Processo Penal pode comprometer a efetividade do próprio instituto do Juiz das Garantias, defenestrando os objetivos do legislador processual.

Mais do que isso, a separação da atuação do *Parquet*, no âmbito do Processo Penal, determinando-se que o membro que investigue não possa

prosseguir na acusação, após a passagem à fase judicial, confirma o princípio acusatório e, via de consequência, o próprio princípio do devido processo legal.

Concluiu-se que a superveniência do instituto do Juiz de Garantias, ao separar as funções do Juiz criminal entre a investigação e o julgamento, demanda a adaptação da Súmula n.º 234 do Superior Tribunal de Justiça e do Tema n.º 184 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, bem como, a derrogação do artigo 2º, inciso I, da Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Conquanto ainda exista liminar deferida pelo Ministro Luiz Fux, na ADI 6298 do STF, suspendendo a eficácia da implantação do Juiz de Garantias, verifica-se que além de ser uma demonstração de vontade de mudança processual do legislador federal, tal compatibilização, entretanto, ao contrário de determinar a impossibilidade de o Ministério Público investigar, demanda a separação de suas funções ministeriais, a serem exercidas, assim, por membros diferentes.

Nesse sentido, a investigação, ou o seu comando, deve ser exercido por um membro do *Parquet*; e a acusação real no processo penal, por outro, totalmente isento para a análise robusta da prova jungida aos autos.

1. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ACESSO À JUSTIÇA

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios mais caros à Constituição de 1988, representando sua base interpretativa, tendo embasado uma infindável série de decisões judiciais, especialmente junto ao Supremo Tribunal Federal. Ocorre que não se trata de um conceito surgido na modernidade.

As raízes históricas da dignidade da pessoa humana se encontram ainda na Antiguidade, tratando-se de um conceito teológico e filosoficamente multifacetado. Ocorre que sua história como instituição jurídica é relativamente recente, iniciando-se a partir de uma referência constante da Constituição de Weimar de 1919.⁵⁰⁹

O Século XX foi marcado por duas Grandes Guerras, bem como pelos horrores praticados pelo Estado constituído, especialmente durante o período do nazismo, caracterizado por sua política de racismo, destruição e morte, entretanto, assegurada expressamente pela lei.⁵¹⁰

Verifica-se, portanto, que a noção de dignidade da pessoa humana adquiriu importância significativa após a Segunda Guerra Mundial, em resposta às atrocidades cometidas durante o conflito, como o Holocausto e outras

formas de genocídio acontecidas ao redor do mundo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 1948, afirmou que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Esse documento estabeleceu uma base universal para a proteção dos direitos humanos, incluindo a dignidade humana, e foi seguido por outros tratados e convenções internacionais que reforçaram essa proteção.

Nos anos seguintes à Segunda Guerra Mundial, houve uma série de julgamentos internacionais para crimes de guerra e crimes contra a humanidade, como o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal Internacional de Justiça em Haia, os quais enfatizaram a importância da dignidade humana e da responsabilidade individual por violações dos direitos humanos.

Em muitos países, a proteção da dignidade humana foi incorporada em suas constituições e sistemas jurídicos, tornando-se um princípio fundamental de governança e justiça. Tal postulado de que todas as pessoas merecem respeito e proteção independentemente de sua raça, religião, gênero ou status social tornou-se uma dogmática comum na comunidade internacional.

Portanto, a proteção da dignidade humana continua sendo um objetivo

⁵⁰⁹ KIRSTE, Stephan. A dignidade da pessoa humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 176.

⁵¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 33-54.

importante em todo o mundo, com muitos grupos de defesa dos direitos humanos trabalhando para garantir que as pessoas sejam tratadas com justiça e respeito, independentemente de sua origem ou situação.

Deveras, o termo “dignidade” tem múltiplos usos, sendo possível, entretanto, destacar três (3) deles: um *status* superior de determinadas pessoas em decorrência de sua posição ou função; uma virtude de pessoas que atuam de forma ativa; ou um valor intrínseco de cada indivíduo.⁵¹¹

Em que pese ser possível separar sua conceituação jurídica de outros contextos, reduzindo, desse modo, a sua complexidade semântica, o conceito ainda mantém grande parte de sua abstração, fator capaz de comprometer grandemente as possibilidades de sua concretização.

O destinatário do conceito de dignidade é a pessoa que, no universo jurídico, obtém e frui de direitos, assim como contrai obrigações a partir do exercício de sua personalidade, que é possibilitado por intermédio das garantias asseguradas pelos tratados internacionais de direitos humanos e pelas Constituições nacionais.⁵¹²

A abstração inerente ao conceito de dignidade da pessoa humana, assim

como a inexistência de um conceito jurídico unívoco, até mesmo em decorrência da impossibilidade de sua definição objetiva fora do caso concreto, faz-se possível colocar em xeque sua concretude.

Ocorre que a dignidade não é uma ilusão ou uma figura da imaginação, mas, sim, uma realidade, ainda que sua realização termine por ocorrer de maneira progressiva. A dignidade, entretanto, pode comportar vários significados possíveis, de maneira que certamente restará determinado grau de indeterminação.⁵¹³

Também contribui para a abstração do conceito o fato de que a dignidade da pessoa humana não é uma definição estanque, necessitando encontrar-se em permanente evolução, de conformidade com a progressão das exigências da humanidade de acordo com cada período temporal.

Trata-se a dignidade de uma construção em aperfeiçoamento ininterrupto, em que pese ter um conteúdo jurídico, relacionado, portanto, a um complexo de direitos e deveres que, por sua vez, asseguram a todas as pessoas condições mínimas de vida saudável.⁵¹⁴

Tal perspectiva conceitual demanda que a dignidade da pessoa

⁵¹¹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 104.

⁵¹² MARTINS, Robson. *O direito à moradia das pessoas idosas e o superendividamento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 13.

⁵¹³ MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. *In*:

SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 127-135.

⁵¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70.

humana seja corroborada por uma série de direitos inerentes ao indivíduo, que sejam minimamente capazes de assegurar sua autonomia. Dentre eles se encontra o denominado acesso à justiça.

A relevância da dignidade da pessoa humana como pilar hermenêutico do ordenamento jurídico nacional demanda seu reforço institucional, de maneira que, ao cidadão, é necessário garantir a possibilidade de acessar o Estado para garantir o reforço aos direitos fundamentais que a corroboram

Pode-se definir o acesso à Justiça como um sistema por meio do qual as pessoas são capazes de reivindicar direitos e de resolver litígios, sob determinações estatais, que, por sua vez, precisa ser acessível a todos, e que deve produzir resultados justos, individualmente.⁵¹⁵

A conexão observável entre a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça, portanto, não somente é de causa e efeito como de complementação, tendo em vista que de nada adiantaria o asseguramento da dignidade sem a disponibilização de mecanismos voltados à sua proteção.

Trata-se, portanto, de um direito fundamental do indivíduo de participar do processo de maneira que possa contribuir, com suas considerações, para a decisão judicial. Tal garantia não se reveste somente de um caráter

formal, como também, deve ser qualificada substancialmente.⁵¹⁶

Uma das mais relevantes dimensões da dignidade da pessoa humana é justamente a regra da liberdade, que determina que o aprisionamento é algo excepcional, que somente pode ocorrer após um processo devido, determinando-se, assim, a necessidade do surgimento de um acesso à justiça criminal.

O acesso à justiça, enquanto corolário da dignidade da pessoa humana, não se reduz à mera possibilidade de se propor ações judiciais ou da possibilitação do exercício de defesa técnica no âmbito processual, até mesmo em decorrência de tratar-se de um conceito em permanente evolução.

Destarte, o pleno acesso à justiça é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal brasileira e é um corolário da dignidade da pessoa humana, significando que todas as pessoas têm o direito de buscar a tutela judicial para a proteção de seus direitos, independentemente de sua condição social, econômica ou cultural.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental do Estado democrático de direito, e deve ser respeitada e garantida em todas as esferas da vida social, inclusive no acesso à justiça. A garantia do acesso à justiça é essencial para a concretização dos demais direitos e garantias

⁵¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 8.

⁵¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, v.113, p. 1-10, jan. 2004, p. 2-3.

fundamentais, uma vez que somente através do Judiciário é possível obter a proteção efetiva dos direitos constitucionais.

Portanto, o acesso à justiça significa ter a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional para a proteção dos direitos fundamentais, o que inclui o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à saúde, à educação, à moradia, entre outros. Além disso, também significa ter a possibilidade de utilizar os meios processuais para buscar a reparação de danos causados por violações de direitos, sejam elas cometidas por particulares ou pelo Estado.

Determina, nesse mesmo sentido, o rompimento de barreiras, bem como a introdução de mecanismos voltados à facilitação do ingresso em juízo e do fornecimento de meios adequados ao procedimento, à redução de custos e ao encurtamento de distâncias.⁵¹⁷

A necessidade de concretização plena do acesso à justiça, especialmente no contexto do processo penal, materializa-se no direito do indivíduo de ser julgado em pé de igualdade com todos os demais, assim como de se defender dignamente em todas as etapas procedimentais.

Observa-se, entretanto, um insuperável problema de ordem semântica na utilização da expressão “acesso à justiça”, e, especialmente, na expressão “acesso à justiça penal”,

tendo em vista que o Sistema Penal costuma “acessar” com extrema facilidade e pouca piedade a grande massa de excluídos.⁵¹⁸

Neste viés, por tratar-se de corolário direto da dignidade da pessoa humana, deve o Ministério Público preocupar-se não somente com o exercício de seu mister acusatório, como, também, com a promoção do acesso à justiça criminal em seu dimensionamento máximo.

2. A COMPATIBILIDADE ENTRE O JUIZ DAS GARANTIAS, A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E A CELERIDADE DO PROCESSO PENAL

A necessidade de separar as funções de investigar, de acusar e de julgar passou a ser ainda mais imperiosa, no ordenamento jurídico-processual penal brasileiro, com a inserção do instituto do Juiz das Garantias na Lei n.º 13.964/2019.

A velocidade da atuação estatal equivale, na realidade fática, à maior ou à menor dignidade atribuída ao bem jurídico objeto da tutela jurisdicional. Como resultado, no arcabouço das políticas públicas, a presença de vários elementos pode acabar por impor o surgimento de possíveis conflitos entre eles e as normas substantivas e processuais penais.⁵¹⁹

⁵¹⁷ PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição*. São Paulo: LTr, 2008, p. 138.

⁵¹⁸ DAMASCENO, Adriano Antunes. Acesso à justiça penal? Não, obrigado. *Revista da*

Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 29, n. 1, p. 9-38, jan.-jun., 2013, p. 11.

⁵¹⁹ SUXBERGER; LIMA, “O Processo Penal e a engenharia de controle da Política Criminal”, 2017, pp. 285-286.

No Sistema do Juiz de Garantias, o magistrado seria competente para garantir os Direitos Fundamentais do investigado, de maneira que “a atuação na fase de investigação passaria a ser um critério de exclusão desse mesmo Juiz, em relação à futura fase processual”; não, “um critério de atração, que [...] leva à existência do instituto da prevenção”.⁵²⁰

Referida proposição encontra-se fundamentada, basicamente, na afirmação de que, em momento algum, o Juiz que tenha atuado na fase pré-processual poderá ser o mesmo julgador que instruirá e julgará o processo, tendo em vista que o Juiz preventivo é, nesse Sistema, tido por Juiz contaminado.⁵²¹

Naquilo que se relaciona ao Juiz das Garantias, entretanto, é necessário, determinar se há compatibilidade possível entre a necessária celeridade na solução do litígio, os Direitos Fundamentais Processuais do acusado e a proteção de bens jurídico-penais dignos de valor, aos olhos do Estado.

A adoção do Sistema do Juiz de Garantias teria em vista a obtenção das vantagens decorrentes da instituição e da especialização de um magistrado que atuasse, exclusivamente, na seara da investigação, eis que a imposição de “uma rotina específica de trabalho tende a gerar, com o tempo, [os benefícios da] *expertise*, eficiência e agilidade”, além

da celeridade para o magistrado. Exemplo disso foi o bom resultado colhido a partir da experiência de criação de varas judiciais especializadas em inquéritos policiais em algumas das capitais estaduais brasileiras, como no caso do Estado de São Paulo (SP), na Capital bandeirante, na Comarca de São Paulo, e como no caso, outrossim, do Estado do Paraná (PR), na Comarca da Capital paranaense, Curitiba.⁵²²

A superveniência do instituto do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro provocaria reflexos, ademais, em outras searas do Direito, pois a separação entre o Juiz das Garantias e o Juiz do Processo Judicial demandaria, especialmente, uma revisão da atividade do *Parquet*, na seara criminal.

Uma das principais razões para a criação do instituto do Juiz das Garantias no Processo Penal brasileiro foi, justamente, a necessidade de ser garantida, de forma ainda mais potencializada e mais eficiente, a imparcialidade dos julgadores.

Imparcialidade não se confunde com neutralidade, que é um mito da Modernidade, superado pela base teórica anticartesiana. O *juiz-no-mundo* não é neutro, mas deve ser imparcial. A imparcialidade é construção técnica (e daí, artificial, ou ficcional, como se queira) do Direito Processual.⁵²³

⁵²⁰ ANDRADE, “O Sistema Acusatório proposto no Projeto do Novo Codex Penal Adjetivo”, 2009, p. 180.

⁵²¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima apud ANDRADE, “O Sistema Acusatório proposto no Projeto do Novo Codex Penal Adjetivo”, 2009, p. 180.

⁵²² SILVEIRA, “O Código, as cautelares e o Juiz das Garantias”, 2009, p. 89.

⁵²³ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima; RITTER, Ruiz. “A imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva”. In: *Pelos corredores da Faculdade de*

Estabelece ela a existência de um terceiro, “com estranhamento e em posição de alheamento em relação ao caso penal (*terzietà*), que estruturalmente é afastado”. Trata-se, pois, de concepção objetiva de afastamento “estrutural do processo e estruturante da posição do Juiz”.⁵²⁴

Nesse sentido, encontra-se a concepção do Sistema Acusatório, a partir da *gestão da prova*; pois não basta a separação inicial das funções de acusar e de julgar: é necessário manter o Juiz afastado da arena das partes e é necessário, ainda, atribuir a iniciativa e a gestão da prova às partes; nunca, ao Juiz.⁵²⁵

Assim, sob a ótica daquele que, efetivamente, gerencia a produção das provas, não pode ele se imiscuir nas funções probatórias das partes, seja na acusação, seja na defesa, porque ele não pode contaminar seu entendimento, antes que tal conteúdo alcance o processo.

Em sentido objetivo, a imparcialidade do magistrado deriva não apenas da relação do Juiz com as partes, mas, também, de sua prévia relação com o objeto do processo. Por exemplo, na decretação da prisão preventiva, os

modelos de constatação são distintos, quanto à existência do crime e quanto à autoria delitiva.⁵²⁶

Desse modo, faz-se imperioso, sob pena de se contaminar, de forma inescapável, a cognição do julgador, separar hermeticamente o seu conhecimento probatório relacionado à etapa preliminar e aquele seu conhecimento relativo ao processo judicial, efetivamente processual e caracterizada pelo contraditório.

A investigação é uma etapa essencial no que se relaciona à formação da *opinio delicti* do órgão acusador, correspondente, no Brasil, ao Ministério Público ou, excepcionalmente, à vítima. De tal forma, não é possível afirmar que, na referida fase, não seria necessário preservar os Direitos Fundamentais do acusado.

Investigação e processo não são apenas pontos situados em lugares diversos na linha do tempo, mas, sim, “fenômenos jurídicos regidos por racionalidades distintas”: aquele é unilateral e sigiloso; este é caracterizado pelo contraditório, pela ampla defesa e pela publicidade.⁵²⁷

Direito: por mais ciência e menos doutrina – v. 2. (Organização) Gil César de Carvalho Lemos Morato. 1.ed. Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais (MG): D’ Plácido, 2016, v. 2, p. 424.

⁵²⁴ LOPES JÚNIOR; RITTER, “A imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma jurisdição penal imparcial”, 2016, v. 2, pp. 424-425.

⁵²⁵ LOPES JÚNIOR; RITTER, “A imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma jurisdição penal imparcial”, 2016, v. 2, p. 425.

⁵²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. “Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do Juiz de Garantias”. In: *Processo Penal, Constituição e Crítica: estudos em homenagem ao Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. (Organização) Gilson Bonato. Rio de Janeiro (RJ): *Lumen Juris*, 2011, pp. 345-346.

⁵²⁷ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. “O Juiz das Garantias entre os caminhos da Reforma do Código de Processo Penal”. In: *Processo Penal*,

Ocorre que nem mesmo a atribuição da direção de cada uma das etapas a um Juiz diferente seria capaz de imunizar o julgador quanto à imparcialidade, tendo em vista o risco que parte da doutrina identifica em relação à possibilidade de contaminação “geral” de seu entendimento.

Nesse sentido, é de se temer que em comarcas médias e pequenas, com dois ou mais varas judiciais com atribuição criminal, que o Juiz das Garantias venha, em decorrência do contato único e contínuo com a Polícia Judiciária e com o próprio Ministério Público, a criar determinados laços de convivência.⁵²⁸

Estes, em teoria, poderiam conduzi-lo a atender, de maneira mais fácil, a determinados pedidos da acusação, a exemplo daquele pela decretação da prisão temporária. Decretada a medida cautelar, o prejuízo causado ao indiciado já terá ocorrido, por força de este vir a sofrer o peso do aparato estatal.⁵²⁹

Apesar da unilateralidade do procedimento investigatório e de suas características próximas àquelas do Sistema Inquisitório, não é possível dispensar a imparcialidade do Juiz, nem mesmo nessa etapa, sob pena de se

impossibilitar a concretização do devido processo legal.

A necessidade de preservação da imparcialidade do julgador em relação não apenas aos fatos, como, também, ao que concerne à própria pessoa do acusado, é essencial, tanto no contexto do processo judicial, quanto na própria etapa investigatória que o antecede.

Há autores como Claus Roxin que classificam a atuação do Juiz de Instrução, como atividade administrativa, pois o magistrado não poderia apreciar a utilidade da medida proposta pelo *Parquet*, de forma que não existiria violação da independência do Juiz, em relação às opções do Ministério Público, uma vez que não haveria, aí, exercício de jurisdição.⁵³⁰

Estudiosos, como Malte Rabe von Kühlewein, não entendem ser possível definir a reserva do Juiz, como algo diverso da tutela jurisdicional, pois se trataria de entendimento caracterizado por metodologia duvidosa. Além disso, a noção da primeira e da última palavras não delimitam a “reserva de Juiz”.⁵³¹

Isso assim o é, porque, diante das providências cautelares, a tutela jurisdicional não consiste na última palavra. Além disso, definir a tutela jurisdicional a partir dessas duas palavras, a primeira e a última, não compreende todos os tipos de reserva

Constituição e Crítica: estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Organização) Gilson Bonato. 1.ed. Rio de Janeiro (RJ): *Lumen Juris*, 2011, p. 249.

⁵²⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. “O Juiz das Garantias”. In: *Revista do Advogado*. São Paulo (SP): Centro de Estudos da Associação de Advogados de São Paulo (AASP), v. 31, n.º 113, set. 2011, p. 110.

⁵²⁹ REALE JÚNIOR, “O Juiz das Garantias”, 2011, p. 110.

⁵³⁰ MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades*, 2011, p. 52.

⁵³¹ MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades*, 2011, pp. 52-53.

judicial. Assim, quando o Juiz passar a atuar em um inquérito, a Polícia já terá dado início ao procedimento.⁵³²

É impossível ter a pretensão de que o Juiz que tome contato prematuro com o conteúdo probatório efetivado pela Polícia Judiciária ou pelo próprio Ministério Público, seja capaz de apagar totalmente de sua mente os argumentos que lhes houverem sido apresentados, sem, antes, haver tais argumentos analisados severamente pelo crivo do contraditório.

Na realidade, o Juiz que é instado a manifestar-se sobre medidas cautelares ou probatórias começa, pouco a pouco, a já formar o seu convencimento sobre a causa. Impera, aí, o devido processo legal, e não, a visão unilateral dos órgãos de persecução penal.⁵³³

Tanto melhor seria, então, que, de modo a evitar essa contaminação, o Juiz que houvesse acompanhado a produção preliminar das provas e que houvesse julgado pedidos cautelares, principalmente aqueles pleitos relacionados a restrições à liberdade do acusado, não fosse o mesmo magistrado a proceder ao juízo da formação da culpa.

De maneira a aproximar a configuração do Processo Penal relativamente à separação das funções de investigar e de acusar, o Sistema do Juiz das Garantias determina que um

magistrado será competente para atuar na fase preliminar e que outro magistrado sê-lo-á, para presidir e para conduzir a etapa judicial do processamento do feito.

O Ministério Público oferecerá a denúncia, a partir do meio de prova autorizado pelo Juiz, quem exercerá o juízo de prelibação da ação penal, com base nas provas cuja produção o próprio magistrado haja autorizado. Com o fulcro de preservar o máximo de imparcialidade do órgão jurisdicional é que se concebeu o Juiz de Garantias.⁵³⁴

Trata-se de Juiz que atua na fase do inquérito, tão somente para analisar pedidos de Medida Cautelar, seja esta real ou pessoal, e que deve ser diverso do julgador que, eventualmente, venha a exercer o juízo de admissibilidade da pretensão acusatória, restringindo sua atuação, portanto, somente à fase da investigação.⁵³⁵

A prevenção que ocorre antes do oferecimento da petição inicial deve ser relida à luz do Sistema Acusatório, de modo a manter, longe da persecução penal, o Juiz e de modo, ainda, a garantir sua imparcialidade, “para que o deslinde da questão possa se dar de forma justa e garantista”.⁵³⁶

Caso, antes do oferecimento da denúncia, o Juiz se manifeste, deferindo medida cautelar preparatória da ação penal, e caso tal oferecimento eventualmente ocorra, a ação penal não

⁵³² MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades*, 2011, p. 53.

⁵³³ SILVEIRA, “O Juiz das Garantias entre os caminhos da Reforma do Código de Processo Penal”, 2011, p. 250.

⁵³⁴ RANGEL, *Direito Processual Penal*, 2019, pp. 139-140.

⁵³⁵ RANGEL, *Direito Processual Penal*, 2019, p. 139.

⁵³⁶ RANGEL, *Direito Processual Penal*, 2019, pp. 139-140.

poderá ser distribuída para o juízo que a prolatou, pois a ação penal será proposta com base nas provas autorizadas pelo mesmo julgador.⁵³⁷

O Sistema do Juiz das Garantias dirige-se, portanto, à preservação da imparcialidade do Juiz do processo, cuja cognição, de caráter exauriente, dever-se-á fundamentar no conteúdo probatório produzido durante a etapa judicial, salvo nas hipóteses excepcionais previstas em lei, como naquela das provas irrepetíveis.

Até porque o momento correto para o magistrado formar seu convencimento é o processo, “sob o fogo cruzado do contraditório e [da] ampla defesa”. Ocorre que a tomada de certas decisões na fase de investigação pode ser capaz de propiciar “a formação prematura do convencimento sobre a causa”.⁵³⁸

Em decorrência disso, a mais relevante característica do Juiz das Garantias é, justamente, a possibilidade de isolar a cognição do Juiz que presidirá o processo jurisdicional, colaborando, assim, para a consolidação do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA NECESSÁRIA REINTERPRETAÇÃO A PARTIR DO JUIZ DAS GARANTIAS

Para o sucesso do sistema do Juiz das Garantias, notadamente no que se

relaciona às possibilidades de sua adaptação ao regime de Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República Federativa de 1988, é essencial a participação do Ministério Público.

A supressão ou diminuição do poder investigatório do Ministério Público transgredir o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, considerada garantia individual a violar uma limitação material expressa, constante do artigo 60, § 4º, inciso IV. Configura, assim, “uma limitação material implícita ao poder de reforma da Constituição”.⁵³⁹

De tal modo, a supressão ou redução do poder investigatório do Ministério Público violaria o princípio da proibição de retrocesso social, pois tal poder é indispensável “à promoção adequada e eficiente do direito fundamental à segurança pública”.⁵⁴⁰

Em decorrência disso, é que a atuação do *Parquet*, em vez de ser restrita ou de ter sua amplitude diminuída no âmbito do Sistema do Juiz das Garantias, deve, sim, ser adaptada à tal sistemática, em que pese a resistência de parte da doutrina em admitir a necessidade de imparcialidade do *Parquet*.

Conforme tal entendimento, não haveria fundamento jurídico para se creditar mais imparcialidade a membros do Ministério Público ou à Polícia

⁵³⁷ RANGEL, *Direito Processual Penal*, 2019, p. 139.

⁵³⁸ SILVEIRA, “O Juiz das Garantias entre os caminhos da Reforma do Código de Processo Penal”, 2011, pp. 249-250.

⁵³⁹ CAMBI; BOLZANI. “O poder investigatório do Ministério Público como cláusula pétrea”, 2014, p. 49.

⁵⁴⁰ CAMBI; BOLZANI, “O poder investigatório do Ministério Público como cláusula pétrea”, 2014, pp. 49-50.

Judiciária. Sua função acusatória permite aferir que o intuito investigatório é o de identificar e de comprovar a autoria e a materialidade.⁵⁴¹

Destarte, “não há uma distância abissal entre Ministério Público e Polícia Judiciária no exercício de suas respectivas atribuições, o que pode ser deduzido já da finalidade precípua de cada qual”. Tais objetivos convergem para a pacificação social, cuja efetivação demanda a conjugação de esforços.⁵⁴²

Exige-se, apenas, o compromisso com a concretização dos ditames da Constituição Federal de 1988, notadamente quanto à sua otimização, de forma inter-relacionada e dinâmica e com base em seus valores, bens, interesses e objetivos. Por isso, não se pode afirmar que a Constituição Federal de 1988 haja conferido à Polícia exclusividade nas investigações criminais.⁵⁴³

Tal afirmação representa uma contradição em termos, pois a concretização do que prega a Constituição Federal de 1988 demanda o permanente aprimoramento da cláusula do devido processo legal. Por isso, faz-se imperiosa a adaptação da atuação do Ministério Público à sistemática do Juiz das Garantias.

A criminalização de determinados atos da vida em sociedade é parte necessária da estrutura política do Estado, assim como o é a caracterização de seu respectivo Direito Penal, tanto em sentido material, quanto em sentido processual, no tocante aos seus aspectos punitivos e garantidores.

O modelo do Processo Penal reflete a organização política estatal. Destarte, o modelo inquisitivo acomodou-se ao Absolutismo, cuja base era a concentração dos atributos da soberania em um poder central, “cuja autoridade e fundamento não se podiam discutir”, sendo inquestionáveis, já que, de conformidade com os conhecidos dizeres do rei francês Luís XIV, cognominado “o Rei Sol”, o monarca encarnava o próprio Estado.⁵⁴⁴

A perspectiva do Juiz das Garantias inaugura estrutura trifásica de persecução penal: investigação; admissibilidade da acusação, e instrução e julgamento. A última fase, aliás, só se iniciará da recepção dos autos pelo Juiz que passa a assumir, a partir daí, a competência para realizar a audiência de instrução e julgamento.⁵⁴⁵

Desse modo, o Processo Penal brasileiro, ao instituir o Sistema do Juiz das Garantias, reafirma a necessidade da imparcialidade do julgador

⁵⁴¹ CLÈVE, “Investigação Criminal e Ministério Público”, 2005, p. 167.

⁵⁴² CLÈVE, “Investigação Criminal e Ministério Público”, 2005, p. 168.

⁵⁴³ CLÈVE, “Investigação Criminal e Ministério Público”, 2005, p. 176.

⁵⁴⁴ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FÜLLER, Paulo Henrique Aranda; PADRAL,

Rodrigo. *Lei Anticrime comentada artigo por artigo*: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.258, 6.259, 6.300 e 6.305 1. ed. São Paulo (SP): SaraivaJur, 2020, p. 81.

⁵⁴⁵ JUNQUEIRA et al., *Lei Anticrime comentada artigo por artigo*, 2020, p. 145.

confirmando um modelo de organização estatal tendente à concretização dos Direitos Humanos e Fundamentais, o qual, por sua vez, mais do que simplesmente repercute, reflete-se, mesmo, na Política Criminal adotada no País.

O princípio de *imparcialidade* denota relação entre o *motivo* de sua atuação e o *desejo* de dizer a verdade, de atuar com exatidão e de resolver de acordo com a justiça e a legalidade. Assim, não importa se, na esfera objetiva, a atuação é justa e legal, pois basta que o ato inspire o desejo de atuar, em consonância com os ditames da Lei e da Justiça.⁵⁴⁶

Dessa forma, a imparcialidade demonstra ser um pressuposto objetivo da conduta de todos os atores da Política Criminal, inclusive naquilo que se refere ao representante do Ministério Público, quem passa a, no Sistema do Juiz das Garantias, dever, de maneira específica, incorporá-la.

Para além da solução jurisprudencial acerca das funções investigativas do Ministério Público, é possível extrair, da própria Constituição Federal de 1988, tal prerrogativa, mesmo que o Código de Processo Penal de 1941 haja expressamente rejeitado o Sistema do Juiz das Garantias.

O debate constituinte de que resultou a não adoção do Sistema do Juizado de Instrução não é determinante para solucionar a questão da

constitucionalidade da atuação investigativa do Ministério Público, a qual, por sua vez, demanda uma interpretação conforme à Constituição Federal de 1988.⁵⁴⁷

Ainda que se houvesse adotado tal modelo, não se impediria o surgimento de uma tal controvérsia, “cingida ao binômio acusação/investigação, e não, ao binômio acusação/instrução”. Ademais, relaciona-se ela à separação entre as funções de acusação e de investigação, a assegurar a imparcialidade dos órgãos respectivos.⁵⁴⁸

Desse modo, a separação entre as funções de acusar e de julgar, mais do que uma exigência, é um pressuposto de que, no Estado Democrático de Direito, seja possível haver o devido processo penal — afirmação confirmada pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o Excelso Pretório já anulou processo penal em virtude de parcialidade do Juiz que oficiara no procedimento de investigação de paternidade que acabou servindo de base para a posterior denúncia. O Juiz intimou testemunhas, colheu depoimentos, fez relatório e enviou para o Ministério Público, presidindo toda a instrução e vindo a proferir a sentença, atuando, dessarte, como verdadeira autoridade policial.⁵⁴⁹

Referido pressuposto, agrilhado ao entendimento da Suprema Corte acerca da separação entre as funções

⁵⁴⁶ LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, *Investigação preliminar no Processo Penal*, 2014, p. 153. (Coleção “Saraiva 100 Anos”).

⁵⁴⁷ CLÈVE, “Investigação Criminal e Ministério Público”, 2005, p. 165.

⁵⁴⁸ CLÈVE, “Investigação Criminal e Ministério Público”, 2005, p. 165.

⁵⁴⁹ JUNQUEIRA *et al.*, *Lei Anticrime comentada artigo por artigo*, 2020, p. 81.

de investigar e de instruir, demonstra, entretanto, a necessidade de, especialmente sob o Sistema do Juiz das Garantias, separarem-se, também, as funções de investigar e de acusar.

A condução do Processo Penal, no Sistema do Juiz das Garantias, dá-se por, no mínimo, dois magistrados, cada um dos quais atuando em uma fase procedimental, enquanto o representante do *Parquet* pode ser um único e sempre o mesmo membro, ainda que este membro do Ministério Público não se encontre imune à parcialidade.

Quem haja, na fase preliminar, conhecido os autos e, possivelmente, haja, nessa fase do processo, decretado, inclusive, medidas de cunho restritivo, não poderá, no julgamento, atuar, de forma imparcial, eis que não poderá “tirar tudo isso da cabeça e magicamente”, como se viesse a proceder a uma “autolobotomia epistêmica”, e passasse a decidir tão somente com base nas provas produzidas pelas partes, sem acessar, em sua mente, os recônditos mais profundos da prévia cognição das circunstâncias do caso concreto às quais teve acesso, na fase preliminar.⁵⁵⁰

A negação de tal problema, a que, fundamentalmente, destina-se a solucionar o cerne da concepção do Sistema do Juiz de Garantias, só “pode se sustentar em uma espécie de fé

quase religiosa na superioridade epistêmica do Juiz profissional, ou seja, em uma atribuição consciente ou inconsciente ao modo de ser, agir e pensar o Sistema Inquisitorial”.⁵⁵¹

Em decorrência da imparcialidade que deve caracterizar ambas as funções de julgar e de acusar, surge a necessidade de separá-las, hermeticamente. Do mesmo modo e pela mesma razão, é indispensável, no âmbito do Sistema do Juiz das Garantias, separar, igualmente, as funções de investigar e de acusar.

O Ministério Público zela pelo direito objetivo, não somente na qualidade de terceiro interveniente imparcial, mas, também, “como acionante ou autor de ação”, na qual atua para que o Juiz eventualmente conceda a tutela de uma instituição, “um segmento temático do direito objetivo”.⁵⁵²

A instituição é uma unidade sistemática de normas jurídicas que regulam entidades, bens, relações, valores, agrupamentos, hábitos ou atividades, cuja preservação estrutural e bom funcionamento são essenciais à existência e à identidade de uma sociedade e ao bem-estar de seus cidadãos.⁵⁵³

No contexto penal, instituição e bem jurídico são manifestações do direito objetivo, cuja tutela é de parte do

⁵⁵⁰ GALLARDO-FRÍAS, Eduardo. “La reforma al Proceso Penal Chileno y el Juez de Garantía”. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo (SP): IBCCRIM, a. 20, n.º 330, mai. 2020, p. 8.

⁵⁵¹ GALLARDO-FRÍAS, “La reforma al Proceso Penal Chileno y el Juez de Garantía”, 2020, pp. 8-9.

⁵⁵² COSTA, Eduardo José da Fonseca. “O fundamento do Ministério Público”. In: *Revista de Direito Processual Civil*. Jundiaí (SP): Centro Universitário José de Anchieta (UNIANCHIETA), v. 2, n.º 1, jan./jun. 2020, p. 58.

⁵⁵³ COSTA, “O fundamento do Ministério Público”, 2020, p. 58.

próprio ordenamento jurídico. Por isso, deve o Ministério Público ser imparcial. O esforço ministerial é, inclusive, maior, pois nem sempre atua ele, como terceiro relativamente ao conflito.⁵⁵⁴

Evidente, nesse sentido, que, como sujeito acionante, se enviesse, de maneira a não se poder exigir do promotor o mesmo grau de imparcialidade do Juiz. Mas, para interromper ou para diminuir a contaminação psíquico-cognitiva, é forçoso que “o promotor pré-acionante não seja o promotor acionante”.⁵⁵⁵

Assim, é necessário haver uma divisão funcional de tarefas que permita ao promotor agir “com um padrão mais elevado [do] que [o de] um litigante civil”. O esforço pela imparcialidade ministerial no Brasil é imperativo, até porque “a parcialidade comezinha não revoga a imparcialidade ansiada”.⁵⁵⁶

O *Parquet*, no Estado Democrático de Direito, atua, precipuamente, como fiscal do Direito. Assim, deve perseguir a condenação do culpado, de maneira imparcial, de forma a não poder contaminar-se com as provas produzidas de maneira provisória, na fase investigatória.

Deflui-se que com a superveniência do Sistema do Juiz das Garantias, de maneira a adaptar referida sistemática à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, partindo-se do pressuposto de que o princípio da imparcialidade se aplica ao Ministério

Público, é imperioso separar, no âmbito do *Parquet*, as funções de investigar e de acusar.

Neste viés, demonstra ser indispensável a releitura da Súmula n.º 234 do Superior Tribunal de Justiça; do Tema n.º 184 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal e do artigo 2º, inciso I, da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação orgânica das atribuições de acusar e de julgar é a base norteadora do Sistema Acusatório que se busca aprimorar no Brasil, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, apesar de se constituir em Sistemática Processual Penal historicamente recente.

O Juiz das Garantias dirige-se claramente a aumentar a distância entre tais atribuições, determinando que a condução da investigação que eventualmente conduzirá à formação da culpa deva ser controlada por um magistrado diferente daquele que poderá condenar o acusado.

No procedimento investigatório, o Juiz atua como guardião dos Direitos Fundamentais do acusado. Após tal atuação, nesse sentido, não poderá ele, entretanto, poderá julgar o mérito da acusação. Trata-se, pois, de um avanço

⁵⁵⁴ COSTA, “O fundamento do Ministério Público”, 2020, pp. 58-67.

⁵⁵⁵ COSTA, “O fundamento do Ministério Público”, 2020, p. 67.

⁵⁵⁶ COSTA, “O fundamento do Ministério Público”, 2020, pp. 67-68.

no que concerne ao aprimoramento do Sistema Acusatório.

A separação entre as funções de acusar e de julgar é característica do Sistema Acusatório e compreende a impossibilidade de o órgão julgador determinar o início da apuração dos fatos. Em sentido diverso, o Brasil já consagrou disposições opostas a esse paradigma.

O Sistema do Juiz das Garantias pode concretizar a ideia do equilíbrio processual, ao separar as funções de cada um dos magistrados entre aquela da investigação e a da etapa acusatória. Apesar disso, a inauguração da etapa judicial é determinada pelo magistrado que atuou na fase investigativa.

A fase investigatória tem características do Sistema Inquisitivo, notadamente quanto à unilateralidade da produção de provas, por meio de severas restrições à participação do acusado, e quanto ao caráter sigiloso de sua ocorrência. O Sistema do Juiz das Garantias propõe a separação entre o magistrado que atuará na etapa investigatória e aquele que presidirá a instrução e procederá ao julgamento. Trata-se, apesar das inconsistências, de verdadeira revolução no ordenamento jurídico brasileiro.

Para o sucesso da adoção do instituto do Juiz de Garantias no Direito pátrio, é essencial a participação do Ministério Público, sobretudo quanto às possibilidades de sua adaptação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não se restringindo, no Sistema do Juiz de Garantias, a atuação do *Parquet*.

Antes, deve a atuação do Ministério Público adaptar-se à referida Sistemática, apesar da evidente resistência de parte da doutrina em admitir a necessidade da imparcialidade do *Parquet*. A concretização da Constituição atualmente em vigor demanda o permanente aprimoramento do devido processo legal.

A imparcialidade é pressuposto objetivo da conduta de todos os atores da Política Criminal, inclusive no que tange ao representante do Ministério Público. A condução do processo penal, no Sistema do Juiz das Garantias, dá-se por, no mínimo, dois magistrados, cada um deles atuando em uma fase procedimental.

O *Parquet* pode ser o mesmo. A imparcialidade que caracteriza as funções de julgar e de acusar é que faz surgir a necessidade de separá-las hermeticamente. Pela mesma razão, é indispensável, também, separar as funções de investigar e de acusar no Ministério Público.

No Estado Democrático de Direito, o *Parquet*, atua, precipuamente, como fiscal do Direito, devendo perseguir a condenação do culpado, devendo fazê-lo, entretanto, de forma imparcial; de modo que não se pode deixá-lo contaminar pelas provas produzidas, de maneira provisória, ainda na etapa investigatória.

De tal forma, para se adaptar à superveniência do Juiz das Garantias à Constituição Federal de 1988, partindo-se do pressuposto de que o princípio da imparcialidade se aplica também ao Ministério Público, demanda-se, no âmbito do *Parquet*, a separação de suas

funções de investigar e de acusar, como ícone de legitimidade perante a população brasileira.

Desse modo, faz-se indispensável a adaptação da Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça, do Tema 184 de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal e do artigo 2º, inciso I, da Resolução n.º 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Deveras, as prerrogativas ministeriais quanto à investigação criminal não podem ser reduzidas, em que pese a necessidade de revisão do entendimento jurisprudencial quanto à intervenção investigativa do Ministério Público, a partir do Sistema do Juiz das Garantias.

Neste viés, o *Parquet* deve investigar, em que pese o fato de que o mesmo representante ministerial não possa atuar nas duas fases mais importantes, investigatória e acusatória. O primeiro deve deixar o processo, tão logo se verifique o recebimento da denúncia pelo Juiz das Garantias, sob pena de, em não o fazendo, comprometer-se a efetividade do Sistema do Juiz das Garantias.

Isso demonstrará à sociedade, a um só tempo, a lisura da investigação criminal e das medidas cautelares ali adotadas, bem como de que os princípios constitucionais processuais, previstos no artigo 5º da CF, serão também efetivados perante a tramitação da ação penal perante o Poder Judiciário federal ou estadual, por órgão acusador independente e com total lisura.

Mais do que isso, a separação da atuação do *Parquet*, no âmbito do

Processo Penal, determinando-se que o membro do Ministério Público que investigue não possa, após o recebimento da denúncia, continuar atuando no processo, corrobora o princípio acusatório e concretiza o próprio devido processo legal, compatibilizando-se com o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

E sequer há necessidade de que tal separação entre as funções de investigar e acusar aguardem a instalação do Juiz de Garantias, pois existe um arcabouço legal e fático no próprio Parquet no sentido de que possa ser efetivado administrativamente, por ato do Procurador Geral (da República ou de Justiça), dada sua autonomia frente aos demais órgãos nesta seara.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- ÀVILA, Thiago André Pierobom de. *Investigação criminal: o controle externo de direção mediata pelo ministério público*. Curitiba: Juruá, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. “Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do Juiz de Garantias”. In: *Processo Penal, Constituição e Crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. (Organização) Gilson

- Bonato. Rio de Janeiro (RJ): *Lumen Juris*, 2011, pp. 343- 364.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública: papel do Ministério Público – uma abordagem à luz do Sistema Acusatório e do Garantismo*. 1.ed. Rio de Janeiro (RJ): *Lumen Juris*, 2004, 201p.
- BITENCOURT, Roberto César. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público. *In: Revista Criminal: ensaios sobre a atividade policial*. São Paulo (SP): SINDPFSP / Fiúza, a. 5, v. 15, pp. 15-49, set./dez. 2011. Disponível em: http://www.adpf.org.br/adpf/images/noticias/chamadaPrincipal/5503_Miolo%20-%20Revista%20Criminal%20vol%2015.pdf. Acesso em: 06 ago. 2022.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, então Distrito Federal: 2022, s/p. [texto eletrônico online compilado]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.
- BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CALIL, Mário Lúcio Garcez; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. “A formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do Direito Penal”. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília (DF): UNICEUB, v. 8, n.º 1, pp. 37-53, abr. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5125>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; BOLZANI, Henrique. “O poder investigatório do Ministério Público como cláusula pétrea”. *In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*. Curitiba (PR): MPPR, a. 1, n.º 1, pp. 21-51, dez. 2014. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/01_opoderinvestigatoriadoMinisterioPublico.pdf. Acesso em: 06 ago. 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2002, 1.505p.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Pillares, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3.ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): *Lumen Juris*, 2006, 231p.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Investigação Criminal e Ministério Público”. In: *B. Cient. ESMPU*. Brasília (DF): ESMPU, a. 4, n.º 16, pp. 157-189, jul./set. 2005. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-16-2013-julho-setembro-de-2005/investigacao-criminal-e-ministerio-publico>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. “O fundamento do Ministério Público”. In: *Revista de Direito Processual Civil*. Jundiaí (SP): UNIANCHIETA, v. 2, n.º 1, pp. 51-76, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDireitoProcivil/article/view/1780>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- DERVIEUX, Valérie. “O Sistema Francês”. In: *Processos Penais da Europa*. (Organização) Rudolphe Juy-Birmann, Mireille Delmas-Marty. (Tradução) Fauzi Hassan Choukr; Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro (RJ): *Lumen Juris*, 2005, pp. 149-242.
- DEUTSCHLAND. *Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7 April 1987*. Berlin, Deutschland: 21. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5252), 194 Seiten. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/StPO.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- FAZZALARI, Elio (1925-2010). *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996, 739p.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- KIRSTE, Stephan. A dignidade da pessoa humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. “O Sistema Processual Penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?” In: *Revista Civitas de Ciências Sociais*. Porto Alegre (RS): PUCRS, v. 10, n.º 2, pp. 293-308, mai./ago. 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513/5607>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6.ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2014, 552p. (Coleção “Saraiva 100 Anos”).
- LYRA, Roberto Tavares de (1902-1982). *Criminologia*. 1.ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 1964, 163p.
- MARTINS, Robson. *O direito à moradia das pessoas idosas e o superendividamento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do Processo Penal*. 1.ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, 472p. (Coleção “Teses”).

- MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. *Ministério Público e direitos humanos*. Campinas: Bookseller, 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 73, p. 9-33, jan.-abr., 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25.ed., rev. e atual. São Paulo (SP): Atlas, 2021, 875p.
- PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo (SP): Atlas, 2019, 1.179p.
- RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: visão crítica*. 5.ed., rev. e atual. São Paulo (SP): Atlas, 2016, 218p.
- REALE JÚNIOR, Miguel. "O Juiz das Garantias". In: *Revista do Advogado*. São Paulo (SP): Centro de Estudos da AASP, v. 31, n.º 113, pp. 101-111, set. 2011.
- dos Jogos e a MCDa-C. 1.ed. Florianópolis (SC): RoadMap Crime / Emais, 2021, 753p.
- SANT'ANA-LANFREDI, Luís Geraldo. *Juez de garantías y Sistema Penal: (re)planteamientos socio-criminológicos críticos para la (re)significación de los roles del poder judicial en Brasil*. 1.ed. São Paulo (SP): Empório do Direito / Tirant Lo Blanch Brasil, 2017, 286p.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; CYRILLO, Carolina. As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: o discurso político punitivo anticorrupção na instituição de garantias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, p. 1271-1300, set.-dez., 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SUTHERLAND, Edwin H. (1883-1950). "White-Collar Criminality". In: *American Sociological Review*. Washington, District of Columbia, United States of America: American Sociological Association, v. 5, n. 1 (February 1940), pp. 1-12. [texto eletrônico online]. Disponível em:

<https://www.jstor.org/stable/2083937>. Acesso em: 06 ago. 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito*

administrativo, v. 177, p. 29-49, jul.-set., 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. (Tradução) Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro (RJ): *Revân*, 2007, 222p.

MEDIATION IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA: MAIN FEATURES AND TRENDS^{557 558}

MEDIAÇÃO NA REPÚBLICA DA MACEDÓNIA DO NORTE: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E TENDÊNCIAS

Elizabeta Spiroska

PhD. International Slavic University, Sveti Nikole, North Macedonia, Faculty of Law, email: e.spiroska979@gmail.com

Mirjana Ristovska

PhD. University St. Kliment Ohridski Bitola, North Macedonia, Faculty of Law, email: mirjana.ristovska@uklo.edu.mk

ABSTRACT: The right to access to justice in the Republic of North Macedonia traditionally means the right to access to court and judge. Mediation as alternative dispute resolution method is yet to be popularized among the general public and legal practitioners. The main reason why mediation was introduced in the Macedonia's legal system was to overcome the situation with backlog and pending cases in courts. This paper analyses the present situation of mediation in the Republic of North Macedonia with aim to draw attention on some of the most important features and trends regarding mediation procedure and mediators thus to answer the question: Do these features brought or will bring additional quality to mediation

system? The paper provides a brief comparative overview of the laws' provisions concerning mediation procedure and mediators. Namely, the mediation system in the Republic of North Macedonia was introduced in 2006 through the Law on mediation. In 2013 the new Law on mediation was adopted, and in 2021 again, the new Law on mediation was adopted. This approach of bringing new laws *eo ipso* arises the question: Were these kinds of changes necessity and effective? Mandatory mediation which was introduced in 2015 as a mandatory step for certain types of disputes before the commencement of civil procedure, is one of the most important characteristics of Macedonian

⁵⁵⁷ Artigo recebido em 19/02/2024 e aprovado em 19/06/2024.

⁵⁵⁸ O presente texto corresponde à comunicação apresentada no II Congresso Internacional de Direito Processual Civil sobre os "DESAFIOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA", realizado na Universidade Portucalense, a 15 e 16 de dezembro de 2023, organizado pelo Instituto Jurídico Portucalense, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Universidade Estácio de Sá, a Universidade de Vigo, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação Brasileira Elas no Processo e com a Associação dos Registradores Cíveis de Pessoas Naturais do Brasil (ARPEN BR), com o apoio do Contrato Programa UIDB/04112/2020, financiado por fundos nacionais da República Portuguesa, através da FCT I.P.

mediation system. As a novel the system for licensing of mediators was designed, but the introduction of the licensed mediator resulted in legal solution contrary to the rule *lex retro non agit*. The National Mediation Council was created as a body for ensuring, following and evaluating the quality of mediation services, and it is closely associated to the Government. The mediation agreement as an executive document, and statute of limitation and preclusion are also among the main futures of the mediation system in the Republic of North Macedonia. At the same time, the paper discusses the consequences these legal solutions produced, the tendency of the legislator and the desired outcomes.

KEYWORDS: mediation, mediator, mandatory, quality, North Macedonia.

RESUMO: O direito de acesso à justiça na República da Macedónia do Norte tradicionalmente implica o direito de acesso ao tribunal e ao juiz. A mediação, como método alternativo de resolução de litígios, ainda não é amplamente conhecida pelo público em geral e pelos profissionais do direito. A principal razão para a introdução da mediação no sistema jurídico da Macedónia foi a necessidade de lidar com atrasos e processos pendentes nos tribunais. Este artigo analisa a situação atual da mediação na República da Macedónia do Norte, destacando algumas das características e tendências mais importantes relacionadas ao procedimento de mediação e aos mediadores, para responder à pergunta:

essas características trouxeram ou trarão uma qualidade adicional ao sistema de mediação? O artigo oferece uma visão comparativa das disposições legais sobre o procedimento de mediação e os mediadores. O sistema de mediação na República da Macedónia do Norte foi introduzido em 2006 com a Lei sobre Mediação. Em 2013, uma nova Lei da Mediação foi adotada, seguida por outra nova lei em 2021. Essa abordagem de constante atualização legislativa levanta a questão: essas mudanças foram necessárias e eficazes? A mediação obrigatória, introduzida em 2015 como uma etapa prévia obrigatória para certos tipos de litígios antes do início do processo civil, é uma das características mais notáveis do sistema de mediação macedônio. Como inovação, foi implementado um sistema de licenciamento de mediadores, mas a introdução do mediador licenciado resultou em uma solução jurídica que contraria a regra *lex retro non agit*. O Conselho Nacional de Mediação foi criado como órgão responsável pela garantia, monitoramento e avaliação da qualidade dos serviços de mediação, estando estreitamente ligado ao Governo. O acordo de mediação como documento executivo e o estatuto de prescrição e exclusão também são características principais do sistema de mediação na República da Macedónia do Norte. Simultaneamente, o artigo discute as consequências dessas soluções jurídicas, as tendências legislativas e os resultados desejados.

PALAVRAS-CHAVE: mediação, mediador, obrigatoriedade, qualidade, Macedónia do Norte.

INTRODUCTION

The Republic of North Macedonia (hereinafter: North Macedonia) is a part of the civil law legal system. The right to access to justice in North Macedonia traditionally means the right to access to court and judge. According to the last survey on the confidence in the judiciary in North Macedonia, only 1% of the citizens have full confidence in the judiciary.⁵⁵⁹ In 2022 the number of the civil and commercial litigious cases in front of the first instance courts was as follows: incoming 43 007 cases, resolved 36 763 cases, pending cases to 31 of December 2022 - 31 404, there is no available information about the pending cases older than 2 years,⁵⁶⁰ and the disposition time is 312 days.⁵⁶¹ The data shows that the number of resolved cases for the reference year is almost the same as pending cases.

The main reason why mediation was introduced in the Macedonia's legal system was to overcome the situation with backlog and pending cases in courts. The mediation system in the Republic of North Macedonia was introduced in 2006 through the Law on mediation.⁵⁶² This legal framework, which, for the first time introduced mediation in the legal system of North Macedonia, was prepared through the regional project of the International Finance Corporation World Bank Group (hereinafter: IFC). Namely, the IFC started the introduction of alternative dispute resolution methods in the territory of the Western Balkans, in the conditions of dysfunctional domestic legal systems, market economies in transition, uncertainty among investors and legal uncertainty.⁵⁶³ According to the this time reports, the enterprises, identified the contract enforcement as the main obstacle to doing business.⁵⁶⁴ During this period, the only way to settle

⁵⁵⁹ International Republic Institute. National Survey of North Macedonia April-May 2023. [online]. 10 July 2023. [Accessed 25 January 2024]. Available at:

<https://www.iri.org/resources/national-survey-of-north-macedonia-april-may-2023/>, p.22.

⁵⁶⁰ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). HFIII: Towards a better evaluation of the results of judicial reform efforts in the Western Balkans-phase II "Dashboard Western Balkans II". [online]. 21 July 2023. [Accessed 25 January 2024]. Available at: <https://rm.coe.int/20230721-wb-dashboard-deliverable-1/1680ad53aa>, p.200.

⁵⁶¹ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). HFIII: Towards a better evaluation of the results of judicial reform efforts

in the Western Balkans-phase II "Dashboard Western Balkans II". [online]. 21 July 2023. [Accessed 25 January 2024]. Available at: <https://rm.coe.int/20230721-wb-dashboard-deliverable-1/1680ad53aa>, p.203

⁵⁶² Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 60/06.

⁵⁶³ IFC Advisory Services in ECA. *Alternative Dispute Resolution Program (ADR) in the Western Balkans: Giving Mediation a Chance*. International Finance Corporation World Bank Group. 2010. p.13.

⁵⁶⁴ See: International Monetary Fund. Country Report No. 05/339. [online] September 2005. [Accessed: 20 January 2024]. Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2005/cr05339.pdf>.

the agreed and unfulfilled obligations was the court procedure.⁵⁶⁵

In 2013 the new Law on mediation was adopted.⁵⁶⁶ During the period of preparation of this law, new project was implemented: the “MATRA project - Support to improvement of the implementation of mediation in Macedonia”.⁵⁶⁷ The main goal of this project was to contribute to the improvement of the implementation of mediation in civil and commercial disputes.⁵⁶⁸ The expectation was a wider impact of the project activities, especially on the reform of the judiciary – reducing the burden on the courts and the backlog of cases, resulting in a positive impact on other priority sectors, such as the development of the private sector.⁵⁶⁹ The project was implemented by a national non-governmental organization, and the immediate

beneficiary of the project was the Ministry of Justice of North Macedonia. The project activities and results were approved by the Ministry of Justice and the Government.⁵⁷⁰ There is no official data how this project influenced the improvement of the mediation in North Macedonia. But, in 2021, the Ministry of Justice of North Macedonia stated that the Law on Mediation from 2013 did not produce the expected results.⁵⁷¹

In 2020, again the same non-governmental organization implemented the project “Mediate, do not hesitate”, which overall objective was to contribute to increasing the overall usage rate of the mediation as an alternative dispute resolution method.⁵⁷² Thus defined project goal, indicates that the previously project did not produce the expected results. But the same non-governmental organization is again part

⁵⁶⁵ Advisory Services in ECA. *Alternative Dispute Resolution Program (ADR) in the Western Balkans: Giving Mediation a Chance*. International Finance Corporation World Bank Group. 2010. p.13

⁵⁶⁶ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16.

⁵⁶⁷ The project was funded by the Embassy of the Kingdom of the Netherlands in Skopje, and implemented by the European Policy Institute in Skopje in partnership with T.S.M. Asser Institute in The Hague, Netherlands. During implementation EPI was in close cooperation with the Centre for Conflict management (CVC) of the Netherlands.

⁵⁶⁸ See: European Policy Institute Skopje. MATRA project - Support to improvement of the implementation of mediation in Macedonia. [online]. 24 October 2018. [Accessed 10 January 2024]. Available at: <https://epi.org.mk/post/7489>.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ Ministry of Justice of the Republic of Macedonia. Regulatory Impact Assessment Report. [online]. 27 April 2021. [Accessed 10 January 2024]. Available at: https://ener.gov.mk/files/propisi_files/report/28_1862751818%D0%9F%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%BB%D0%BE%D0%B3%20%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%20%D0%B7%D0%B0%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%86%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%B0%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%B2%D0%BB%D0%B8%D1%98%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B5%D1%82%D0%BE%20%D0%BD%D0%B0%20%D1%80%D0%B5%D0%B3%D1%83.pdf. p.3

⁵⁷² See: European Policy Institute, Skopje. Mediate, do not hesitate. [online]. 01 October 2020. [Accessed: 15 January 2024]. Available at: <https://epi.org.mk/post/15674>.

of the interdepartmental working group for the drafting of the Law on Mediation from 2021.⁵⁷³ Considering the previous facts, the following question arises by itself: Why are projects implemented at all, when they do not show results? During the implementation period of this project, again a new Law on mediation was adopted in 2021.^{574 575} After all, the mediation scheme remains expensive and difficult for consumers to access.⁵⁷⁶ This approach to revival the mediation eo

ipso arises the question: Were these kinds of changes necessity and effective?

The real substantive change in the mediation system in North Macedonia was made through Law on civil procedure, and that change was the introduction of mandatory mediation.

This analysis is focused on mediation in North Macedonia, but the research showed that lessons learned from Macedonian experience could be

⁵⁷³ Ministry of Justice of Republic of Macedonia. Regulatory Impact Assessment Report. [online]. 15 October 2018. [Accessed 10 January 2024]. Available at: https://ener.gov.mk/files/propisi_files/plan/1_1762209293Izvestaj%20za%20PVR%20-Zakon%20za%20medijacija%20%20za%20objava%20na%20ENER.pdf. p.4.

⁵⁷⁴ Law on Mediation, Official gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21.

⁵⁷⁵ In the document "Analysis of the application of mediation in North Macedonia", prepared within this project, it is claimed that the legal solutions contained in the Law on mediation from 2021 are new and improved. See: Lazhetic Gordana, Koshevaliska Olga, Nanev Lazar. "Analysis of the application of mediation in North Macedonia. [online]. 2022. [Accessed 10 January 2024]. Available at: <https://epi.org.mk/wp-content/uploads/%D0%90%D0%9D%D0%90%D0%9B%D0%98%D0%97%D0%90-%D0%97%D0%90-%D0%9F%D0%A0%D0%98%D0%9C%D0%95%D0%9D%D0%90-%D0%9D%D0%90-%D0%9C%D0%95%D0%94%D0%98%D0%88%D0%90%D0%A6%D0%98%D0%88%D0%90%D0%A2%D0%90.pdf>, p.9. We do not agree with this position because the insight into the "Regulatory Impact Assessment Report" prepared by the Ministry of Justice of the Republic of North Macedonia, indicates that repeatedly the subject of observation and change is the same legal decisions, which during the process of drafting and adoption of the

previous Laws on mediation were marked as problematic: the exam for mediators, the body for monitoring and evaluating the quality of mediation, the passivity of the bodies that are legally obliged to promote mediation (such as the Academy of Judges and Public Prosecutors), and the purpose of the new Law on mediation is again achieving a successful and functional concept of mediation. See: Government of North Macedonia Ministry of Justice. Regulatory Impact Assessment Report. [online] 27 April 2021. [Accessed on 10 January 2024]. Available at: https://ener.gov.mk/files/propisi_files/report/28_1862751818%D0%9F%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%BB%D0%BE%D0%B3%20%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%20%D0%B7%D0%B0%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%86%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%B0%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%B2%D0%BB%D0%B8%D1%98%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B5%D1%82%D0%BE%20%D0%BD%D0%B0%20%D1%80%D0%B5%D0%B3%D1%83.pdf. p.3.

⁵⁷⁶ European Commission. North Macedonia Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2023 Communication on EU Enlargement policy. [online]. 8 November 2023. [Accessed 15 January 2024]. Available at: <https://telma.com.mk/wp-content/uploads/2023/11/North-Macedonia-2023-KOMPRESIRANO.pdf>. p.87.

very useful for the other states that aim to increase the use of mediation. Mediation literature should be enriched with practical aspects of laws implementation in different countries, because this aspect has significant impact on the development on mediation. This analysis fills this gap in the mediation literature. In addition, this paper enriches discussions on practical use of mediation in North Macedonia.

1. MEDIATION PROCEDURE – MAIN FUTURES

The hallmark of the Macedonian mediation regulation is the introduction of mandatory mediation. Mandatory mediation in North Macedonia was introduced in 2015 with an amendment of the Law on civil procedure.⁵⁷⁷ Namely, article 47 of this law⁵⁷⁸ amends and supplements article 461 of the Law on Civil Procedure in a way that three new paragraphs are added after paragraph 1. Pursuant to paragraph 2 of this article, commercial disputes for monetary claims whose value does not exceed 1,000,000,000 (million) Macedonian denar, and in which the procedure is initiated by a lawsuit before a court, the dispute parties are obliged, before filing the lawsuit, to try to resolve the dispute

through mediation. Paragraph 3 of the same article stipulates that when filing the lawsuit, the plaintiff is obliged to submit written evidence issued by a mediator that the attempt to resolve the dispute through mediation has failed. And paragraph 4 determines that the court will reject the lawsuit to which such evidence is not attached. It follows *a contrario* that the obligation for mandatory mediation does not apply for other civil disputes regardless of the value of the dispute, for commercial disputes for monetary claims whose value exceeds 1,000,000 (million) Macedonian denar, as well as for commercial disputes for which the procedure is not initiated by a lawsuit before a court, regardless of the value of the dispute (e.g. notarial payment orders).

These changes began to apply from January 31, 2016. Several results were expected of proposed solutions: more effective realization of human rights, encouragement of use of mediation as a dispute resolution method, reduction of the number of commercial litigations and improvement of the overall business climate in the Republic of North Macedonia.⁵⁷⁹

We state that the introduction of mandatory mediation is one of the most

⁵⁷⁷ Law on amending and supplementing the Law on Civil Procedure, Official Gazette of the Republic of Macedonia No.124 from 23 July 2015.

⁵⁷⁸ The article 461 of the Law on Civil Procedure, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 79/05, 110/08, 83/09 and 116/10 read as follows: "The provisions of this law shall be applied in the procedure in commercial disputes, if the

provisions of this chapter do not specify otherwise."

⁵⁷⁹ See: Ministry of Justice of the Republic of Macedonia. Regulatory Impact Assessment Report. [online]. 16 October 2014. [Accessed: 17 January 2024]. Available at: https://ener.gov.mk/default.aspx?item=pub_regulation&subitem=view_reg_detail&itemid=18793.

important steps in the Macedonian mediation system. Namely, the statistic shows that the number of the mediation procedures had significantly increased after the introduction of mandatory mediation. The total number of mediations between 2007 and 2016 could not even reach a three-digit number, since 2017 a huge difference has been noticed. Licensed mediators, until October 2020, have shown the entry of 1837 cases in the register for the record of mediation procedures at the Ministry of Justice of North Macedonia. Sixty-eight percent of these disputes or 1241 ended with an agreement, while the greatest success is in labor disputes, where out of 948 disputes, 99.6 percent or 945 disputes were concluded with agreements reached. In commercial disputes, the percentage of success is 28 percent. In 2022, a mediation agreement was reached in 397 out of 918 disputes.⁵⁸⁰

The future of mandatory mediation in North Macedonia depends of the changings of Law on Civil Procedure which are in process. The attorneys are strictly against the mandatory mediation. Their explanation is that mandatory mediation is nothing else but increased costs, delaying the civil procedures and limited access to justice for citizens, because instead of the cost procedure reduction, the introduction of mandatory mediation, will, according to them, result in increased costs for the dispute parties.⁵⁸¹

Another problem is the inconsistency between different laws which contain solutions relating mediation. Thus, the Law on civil procedure determines that the court is obliged, in disputes in which mediation is allowed, together with the invitation for the preparatory hearing, i.e. the first main hearing for disputes of small value,⁵⁸² to deliver to the litigants a

⁵⁸⁰ European Commission. Commission Staff Working Document, North Macedonia 2023 Report, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2023 Communication on EU Enlargement policy. [online]. 8 November 2023. [Accessed: 18 January 2024]. Available at: <https://telma.com.mk/wp-content/uploads/2023/11/North-Macedonia-2023-KOMPRESIRANO.pdf>. p.21

⁵⁸¹ Macedonian Bar Chamber. Remarks on the Law on Civil Procedure. [online]. 14 October 2020. [Accessed: 18 January 2024]. Available at: https://ener.gov.mk/files/Comment/25_%D0%97%D0%90%D0%91%D0%95%D0%9B%D0%95%D0%A8%D0%9A%D0%98_%D0%9E%D0%94_%D0%90%D0%9A%D0%A0%D0%A1%D0%9C_%D0%9D%D0%90_%D0%9F%D0%A0%D0%95%D0%94%D0%9B%D0%9E%D0%93_%D0%97%D0%9F%D0%9E%D0%91%D0%88%D0%90%D0%92%D0%95%D0%9D_%D0%9D%D0%95%D0%A0751423975.docx, <https://www.mba.org.mk/index.php/mk/arhivana-informacii/item/721-akrsm-dostavizabeleshki-na-predlog-zakonot-za-parnichna-postapka>.

⁵⁸² Pursuant to Article 430 of the Law on Civil Procedure (Official Gazette of the Republic of Macedonia, No. 7/2011, 124/2015), disputes of small value are disputes in which the claim refers to a claim in money that does not exceed the amount of 600,000 Macedonian denar. Disputes in which the lawsuit does not refer to a claim in money, and the plaintiff stated in the lawsuit that he agrees to receive a certain amount of money that does not exceed the amount of 600,000 Macedonian denar, instead of fulfilling a certain

written indication that the dispute can be resolved through mediation.⁵⁸³ In this invitation, the court should indicate to the litigants that they are obliged to declare whether they agree to resolve the dispute in a mediation procedure no later than the preparatory hearing, except for disputes of low value: at latest at the first hearing for the main hearing.⁵⁸⁴ Contrary to this provision, article 18 paragraph 3 of the Law on Mediation from 2021, stipulates that the judge may, at any stage of the litigation process, terminate it and refer the parties to mediation, but only with the consent of dispute parties. These legal solutions arise the question: can mediation be used at any stage of the litigation procedure or not? What is certain is that such legal solutions produce legal uncertainty.

Furthermore, if the court terminates the litigation procedure because both parties requested it in order to resolve the dispute through mediation (article 200 paragraph 6 of the Law on civil procedure), the court will, at the request of one of the parties, continue the litigation procedure, and if there is no such request of any of the dispute

parties, the procedure before the court will continue *ex officio* after the expiration of 45 days from the day of termination (article 203 paragraph 3 of the Civil Code Procedure). The Law on Mediation from 2021 determines that the mediation procedure ends after the expiration of 90 days from the day of initiation of the mediation procedure, regardless of its outcome, i.e. it determines a longer period for the implementation of the mediation procedure.⁵⁸⁵ Also, the Law on mediation from 2021, prescribes that by submitting a request for the initiation of a mediation, the limitation period for the claim that is the subject of the dispute begins and lasts until the completion of the mediation, but not longer than 90 days from the date of submission of the request.⁵⁸⁶ In this regard, the Law on Mediation from 2013 determined 60 days for the completion of mediation procedure from the day of the start of the mediation, i.e. it determined a longer period for the implementation of the mediation procedure than Law on civil procedure.⁵⁸⁷ These legal solutions bring confusion to mediation users. There is no doubt that the mediation should be

request, are considered as disputes of low value. Disputes in which the subject of the lawsuit is not a monetary amount, but the handover of a movable object whose value, which the plaintiff stated in the lawsuit, does not exceed the amount of 600,000 Macedonian denar, are considered as small value disputes.

⁵⁸³ Law on Civil Procedure (Official Gazette of the Republic of Macedonia, No. 7/2011, 124/2015), article 272 paragraph 2 in connection with article 436 paragraph 2.

⁵⁸⁴ Law on Civil Procedure (Official Gazette of the Republic of Macedonia, No. 7/2011, 124/2015),

article 272 paragraph 4 in connection with article 436 paragraph 4.

⁵⁸⁵ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 25 paragraph 1 point 9.

⁵⁸⁶ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 20 paragraph 1.

⁵⁸⁷ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 16 paragraph 1.

fast. Namely, it is one of the main benefits of mediation. But also, there is no doubt that the legal solutions must not bring confusion. These facts point to the conclusion that the new law on mediation did not overcome the shortcomings of the previous law, on the contrary, it accepted and expanded them.

The Macedonian Law on mediation from 2021 contains another paradox. Namely, the Macedonian Law on Mediation from 2021 excludes the voluntariness of mediation in the following cases: in relation to mandatory mediation, when the mediation results from a previously concluded agreement of the dispute parties, when a court or other competent authority refer the dispute parties to mediation.⁵⁸⁸ The voluntary nature of mediation is one of the basic guiding thoughts for all those connected to mediation; mediation, by definition is a voluntary; and mandatory mediation, contractual mediation or referral to mediation does not exclude the voluntariness of mediation.⁵⁸⁹

Favorable solutions present both in the Law on Mediation from 2013 and in

the current Law on mediation from 2021 are those that refer to mediation agreement as an executive document⁵⁹⁰ and statute of limitation and preclusion.⁵⁹¹ The essence of the law decision that, the mediation agreement is an executive document is that, if the parties want to give the agreement the power of an executive document, the contents of the agreement in written form, signed by the parties shall be verified by a notary according to law; and if the mediation procedure is conducted upon a court referral, it is mediator's duty to inform the court about the final result of the mediation procedure within three working days from the completion of the procedure. Within three working days upon signing the agreement reached as a result of a referral to mediation during termination of court procedure, the mediator shall submit the agreement to the court and it shall be regarded as grounds for court settlement. The essence of the law decision about the statute of limitation and preclusion is as follows: upon reaching the mediation agreement, suspension of the period of prescription of the claim, which is the

⁵⁸⁸ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 7 paragraph 3.

⁵⁸⁹ See: Berman, Lee Jay. Voluntariness in Mediation: An Historical Perspective! [online]. February 2003. [Accessed: 19 January 2024]. Available at: <https://www.mediationtools.com/articles/voluntariness.html>; Rosalba Alassini and Others, Joined cases C-317/08 to C-320/08; Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ L 136/3 of 25 May 2008, Available at:

<https://hsfnotes.com/adr/2017/07/04/cjeu-holds-that-mandatory-mediation-is-not-inherently-precluded-by-eu-law/>.

⁵⁹⁰ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 22, Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 28.

⁵⁹¹ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 16; Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 20.

subject of dispute, shall start and shall last until the end of the mediation procedure, which may not last longer than 60 days⁵⁹² i.e. 90 days⁵⁹³ of the date of commencement of the mediation. When the mediation procedure is completed without reaching settlement, the period of prescription of the claim shall continue to run from the time of completion of the mediation procedure in which no agreement has been reached. Parties that began a mediation procedure shall not begin, simultaneously or during the mediation procedure, a lawsuit, arbitration or other proceedings for the dispute that is the subject of mediation, unless it is a temporary measure or security measures.

The mediation agreement as an executive document, and statute of limitation and preclusion are also among the main futures of the mediation system in the Republic of North Macedonia; very important features, having in mind previously said that population in North Macedonia is used to and familiar with trials, courts and judges, although only 1% of the citizens have full confidence in the judiciary. These features will bring mediation closer to the general public.

2. MEDIATORS – MAIN FUTURES

The Law on mediation from 2013 created the system for licensing of

mediators. But, the introduction of the licensed mediator resulted in legal solution contrary to the rule *lex retro non agit*. Namely, article 46 of the Macedonian Law on mediation from 2013 provided that only a natural person who has legal capacity and who is licensed to perform mediation activities can act as a mediator. The Law prescribed that a license for the mediator shall be issued to the person who has fulfilled the conditions prescribed by the law.⁵⁹⁴ By 2013, there were 155 mediators who had gained the status of mediator according to the to the Law on mediation from 2006, and the Law on mediation from 2013 did not recognized them the acquired right to perform mediation services. Actually, the Law on Mediation from 2013 with its article 63 prohibited them from performing mediation services, regardless of the fact that these persons had acquired the status of mediator in accordance with the previous law. Instead of recognition of the acquired right, the Law on mediation from 2013 obliged them to pass the licensing procedure. This situation with persons who already were mediators according to the previous Law on Mediation, arises the question: Is it legal acquired rights to be taken away by latter law? In this regard article 52 of the Macedonian constitution should be considered. Namely, article 52 of the Constitution of

⁵⁹² Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 16.

⁵⁹³ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 20.

⁵⁹⁴ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 46.

the Republic of North Macedonia determines that laws and other regulations cannot have retroactive effect, except in cases where it is more favorable for the citizens.⁵⁹⁵ Despite its contradiction to the Constitution of the state, this legal solution was not annulled, on the contrary, it resulted in the deprivation of the right to mediate for 155 mediators, and thus the violation of their honor and reputation.

In this sense, a parallel with the remarkably similar situation that arose among attorneys, can be drawn. Namely, in 2006 an attorney's exam was introduced as a condition for becoming an attorney, as separate and different exam from the bar exam. Thus, article 23 paragraph 8 of the Law on Amendments and Supplements to the Law on Advocacy (Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 60/06 of 2006), provides that persons who have passed the bar exam before entry into force of this law, and are registered in the Register of attorneys, they will continue to practice law without passing the attorney exam. The article 40 paragraph 2 of the Law on Advocacy⁵⁹⁶ provides that attorneys registered in the Register of the Bar Association of the Republic of Macedonia, prior to the adoption of this law, retain their acquired rights.⁵⁹⁷

The above analyzed legal solutions, created another absurd situation in the Republic of North Macedonia, this time connected to the legal changes relating mandatory mediation. Mandatory mediation came into force in North Macedonia in January 2016. Having in mind previously said about the mandatory mediation: written evidence that there was an attempt for resolving the dispute through mediation, could be issued only by a licensed mediator, but until March 2016 in North Macedonia there weren't licensed mediators at all, and until July 2016 there was only one licensed mediator. According to the Law on Mediation from 2013, the then mediators could not perform mediation services without being licensed. Thus, we had mandatory mediation, but we didn't have mediators.

With the Law on mediation from 2013, a Committee for ensuring, following and evaluating the quality of mediation was created. The Committee was composed of ten members appointed by the Government of the Republic of Macedonia: one member proposed by the Chamber of the mediators registered in the Mediator Directory; one member proposed by the Judicial Council of the Republic of Macedonia from the judges in that

⁵⁹⁵ The Constitution of the Republic of North Macedonia, available at: <https://www.sobranie.mk/content/Odluki%20USTAV/UstavSRSM.pdf>

⁵⁹⁶ Law on Advocacy, Official Gazette of the Republic of Macedonia No.59/2002, 60/2006, 29/2007, 106/2008, 135/2011, 113/2012, article 40 paragraph 2.

⁵⁹⁷ About the situation of the mediators in the Republic of North Macedonia see more at: Spiroska Elizabeta. Mediator's status in the Republic of North Macedonia. Book of proceedings, International Conference on Social Science and Humanities. 10-12 June 2021. North Macedonia. p.247-252.

Council; one member proposed by the Bar Association in Macedonia from the lawyers; one member proposed by Inter-University Conference from the professors in the institutions for higher education; one member proposed by the Chamber of Psychologists in Macedonia from the qualified psychologists with a special license for conducting psychological activity; one member proposed by the Ministry of Justice from the employees that work on questions from the area of mediation; one member proposed by the Ministry of Labor and Social Policy from the employees that work on questions from the area of mediation; one member proposed by the Ministry of Economy from the employees that work on questions from the area of mediation; one member proposed by the chambers of commerce in the Republic of Macedonia and one member proposed by the Association of customers in the Republic of Macedonia.⁵⁹⁸ The Government also, appointed a president chosen from the Committee that represented the

Committee and carried out other actions determined by law.⁵⁹⁹ In 2013, the Ministry of Justice of the Republic of North Macedonia, as the proposer of the then Law on Mediation, claimed that the innovations in the area of trainings for mediators, the mediators' licensing and the evaluation of mediators by the Committee for ensuring, following and evaluating the quality of mediation⁶⁰⁰ will contribute in increasing the quality, professionalism and competition among mediators.⁶⁰¹ In 2018 and 2021, when proposing to adopt a new Law on Mediation, the same proposer, i.e. the Ministry of Justice, claimed that the Committee for ensuring, following and evaluating the quality of mediation was dysfunctional and had problems in carrying out the obligations and powers established by law.⁶⁰² Despite this finding regarding the Committee for ensuring, following and evaluating the quality of mediation, this same Committee was a part of the group that worked on the new Law on Mediation from 2021.⁶⁰³ And instead of learning a

⁵⁹⁸ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 57, paragraph 1.

⁵⁹⁹ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 57 paragraph 2.

⁶⁰⁰ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 56.

⁶⁰¹ Ministry of Justice of the Republic Macedonia. Regulatory Impact Assessment Report. [online]. 19 June 2013. [Accessed: 19 January 2024]. Available at: https://ener.gov.mk/Default.aspx?item=pub_regulation&subitem=view_reg_detail&itemid=14263.

⁶⁰² Ministry of Justice of the Republic Macedonia. Regulatory Impact Assessment Report. [online]. 27 April 2021. [Accessed: 20 January 2024]. Available at: https://ener.gov.mk/files/propisi_files/report/28_1862751818%D0%9F%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%BB%D0%BE%D0%B3%20%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%20%D0%B7%D0%B0%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%86%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%B0%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%B2%D0%BB%D0%B8%D1%98%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B5%D1%82%D0%BE%20%D0%BD%D0%B0%20%D1%80%D0%B5%D0%B3%D1%83.pdf. p.3.

⁶⁰³ *Ibid.* p.4.

lesson and accepting another functional solution, the Law on Mediation from 2021 once again provides for such a Committee, only now under a different name: the National Mediation Council. The National Mediation Council was created as a body for ensuring, following and evaluating the quality of mediation, but it is closely associated to the Government, actually it is governmental body. The Council has its own budget, approved by the Government's Decision.⁶⁰⁴ The Council is composed of a National Mediation Coordinator, four members and a secretary.⁶⁰⁵ The Government appoints the National Coordinator for Mediation.⁶⁰⁶ The government selects the members of the Council on the basis of a public announcement.⁶⁰⁷ The secretary of the Council is elected from administrative officers in the state administration.⁶⁰⁸ Therefore, it is again the governmental body.

In 2013, when amending the Law on Mediation, the proposer - Ministry of Justice, claimed that there was a sufficient number of mediators, and what was missing was the application of mediation in practice.⁶⁰⁹ But in 2018 and 2021, the same proponent claimed that the number of licensed mediators is small; and the mediator exam is complex and inadequate thus affected the small number of licensed mediators.⁶¹⁰ According to the Law on Mediation from 2013 the mediator's exam consisted of three parts: first - theoretical part, which inspected the theoretical knowledge; second part - case study, which inspected the ability to implement the process of mediation in practice and the third part, which assessed the candidate's personality and characteristics and practical skills, abilities and knowledge for mediation.⁶¹¹ The first part of the exam consisted of minimum 50 questions with five options

⁶⁰⁴ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 63 paragraph 3.

⁶⁰⁵ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 64 paragraph 1.

⁶⁰⁶ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 64 paragraph 2.

⁶⁰⁷ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 64 paragraph 5.

⁶⁰⁸ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 64 paragraph 6.

⁶⁰⁹ Ministry of Justice of the Republic Macedonia. Regulatory Impact Assessment Report. [online]. 31 January 2013. [Accessed: 19 January 2024]. Available at: https://ener.gov.mk/Default.aspx?item=pub_reg

ulation&subitem=view_reg_detail&itemid=1203 9. p.2.

⁶¹⁰ Ministry of Justice of the Republic of Macedonia. Regulatory Impact Assessment Report. [online]., 27 April 2021. Available at: https://ener.gov.mk/files/propisi_files/report/28_1862751818%D0%9F%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%BB%D0%BE%D0%B3%20%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%20%D0%B7%D0%B0%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%86%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%B0%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%B2%D0%BB%D0%B8%D1%98%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B5%D1%82%D0%BE%20%D0%BD%D0%B0%20%D1%80%D0%B5%D0%B3%D1%83.pdf. p. 3.

⁶¹¹ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 48.

to choose, from which only one is correct, two are similar and one is not correct in small range.⁶¹² The second part of the exam consisted of two studies of case related to conducting the process of mediation.⁶¹³ The third part of the exam was taken in front of a Commission of five members, consisted of representatives of the Committee.⁶¹⁴ The Commission graded the person for mediator with a grade “satisfactory” or “non-satisfactory”.⁶¹⁵ The professional and administrative affairs required for carrying out the exam for mediators were done by the Ministry of Justice, and the exam was technically carried out by a legal entity registered in the Central Registry and chosen by the Minister of Justice.⁶¹⁶ The Law on Mediation from 2021, supposed to bring substantial changes in the exam for mediators, with aim to produce functional mediators’ exam system. But, according to the Law on Mediation from 2021, the exam for a mediator consists of two parts: the first part - theoretical part, which assess theoretical knowledge of the candidate and a second part - practical part – case studies, in which personal qualities and characteristics and practical skills, abilities and knowledge of mediation are

evaluated.⁶¹⁷ The analysis shows that there is no substantial change in relation to the mediators’ exam defined by the previous and current Law on Mediation, but simply the previous three parts of the exam have now been combined into two. The exam is conducted by a Commission established by the Minister of Justice, consisting of five members and their deputies, who have distinguished themselves in the field of mediation, have professional experience of at least ten years, and are members of the academic community, judges or other professions, as well as licensed mediators at the proposal of the Chamber of mediators of the Republic of North Macedonia, taking into account that the members should come from different professions.⁶¹⁸ The Minister of Justice appoints the President of the Commission, as well as the Secretary of the Commission from among the employees of the Ministry of Justice of North Macedonia.⁶¹⁹ It remains unclear why so many competences have been placed in the hands of the Government, when the same decisions in previous laws did not produce results, a fact that has been established by the Ministry of Justice itself, which is part of the

⁶¹² Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 50 paragraph 10.

⁶¹³ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 50 paragraph 11.

⁶¹⁴ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 50 paragraph 12.

⁶¹⁵ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 50 paragraph 12.

⁶¹⁶ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of Macedonia No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16, article 50 paragraph 1.

⁶¹⁷ Law on Mediation, Official gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 55 paragraph 1.

⁶¹⁸ Law on Mediation, Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 55.

⁶¹⁹ Law on Mediation, Official gazette of the Republic of North Macedonia No. 294/21, article 55 paragraph 6.

Government and which appears as the proposer of the legal solutions concerning the mediation.

CONCLUSION

The previous analysis showed few key lessons learned from the Macedonian mediation experience which could be used by other states through their course of mediation development.

Mediation as alternative dispute resolution method is yet to be popularized among the general public and legal practitioners in North Macedonia. Our study showed that policy choices and legal solutions are of great significance. Bringing new mediation laws all the time does not guarantee the development of mediation. In order to develop mediation in wanted direction, it is necessary to find the right legal solutions. Legal solutions and their practical implication must be aligned with the relationship between theory and practice. The inconsistency of laws undermines legal certainty and negatively affects the entire legal system, and of course the development of mediation. Inconsistency of legal solutions produces confusion, especially among the dispute parties and it has a negative effect on the revival of mediation. Legal solutions should not introduce confusion, but facilitate the use of mediation, facilitate the path to reaching a solution to the dispute, and thus resulting in a positive impact on the mediation development.

The development of mediation necessarily needs the help from the state, but too much power relating mediation in the hands of the Government, could result in opposite.

The mediation agreement as an executive document, and statute of limitation and preclusion are very important features, in judicial systems where the population is used to and familiar with trials, courts and judges.

Also, we have no doubt that mandatory mediation brings mediation closer to the general public.

Finally, we can conclude that when it comes to the mediation policy choices and legal solutions, policy makers and legislators should be mindful of what do both theory and practice suggest, having in mind that, one size does not fit all. Also, in finding functional solutions, all interested parties should be involved.

REFERENCES

- ADVISORY SERVICES IN ECA. *Alternative Dispute Resolution Program (ADR) in the Western Balkans: Giving Mediation a Chance*. International Finance Corporation World Bank Group. 2010
- BERMAN, Lee Jay. Voluntariness in Mediation: An Historical Perspective! February 2003. Available at: <https://www.mediationtools.com/articles/voluntariness.html>
- CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA, available at: <https://www.sobranie.mk/content/Odluki%20USTAV/UstavSRSM.pdf>
- DIRECTIVE 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21

- May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, OJ L 136/3 of 25 May 2008, Available at: <https://hsfnotes.com/adr/2017/07/04/cjeu-holds-that-mandatory-mediation-is-not-inherently-precluded-by-eu-law/>
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ). HFII: Towards a better evaluation of the results of judicial reform efforts in the Western Balkans-phase II "Dashboard Western Balkans II". Available at: <https://rm.coe.int/20230721-wb-dashboard-deliverable-1/1680ad53aa>
- EUROPEAN COMMISSION. Commission Staff Working Document, North Macedonia 2023 Report, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2023 Communication on EU Enlargement policy. 8 November 2023. Available at: <https://telma.com.mk/wp-content/uploads/2023/11/North-Macedonia-2023-KOMPRESIRANO.pdf>
- EUROPEAN POLICY INSTITUTE SKOPJE. MATRA project - Support to improvement of the implementation of mediation in Macedonia. Available at: <https://epi.org.mk/post/7489>
- EUROPEAN POLICY INSTITUTE, Skopje. Mediate, do not hesitate. 01 October 2020. Available at: <https://epi.org.mk/post/15674>
- IFC ADVISORY SERVICES IN ECA. *Alternative Dispute Resolution Program (ADR) in the Western Balkans: Giving Mediation a Chance*. International Finance Corporation World Bank Group. 2010
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. Country Report No. 05/339. September 2005. Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2005/cr05339.pdf>
- INTERNATIONAL REPUBLIC INSTITUTE. National Survey of North Macedonia April-May 2023. 10 July 2023. Available at: <https://www.iri.org/resources/national-survey-of-north-macedonia-april-may-2023/>
- LAW ON ADVOCACY, Official Gazette of the Republic of Macedonia No.59/2002, 60/2006, 29/2007, 106/2008, 135/2011, 113/2012
- LAW ON AMENDING AND SUPPLEMENTING THE LAW ON CIVIL PROCEDURE, Official Gazette of the Republic of Macedonia No.124 from 23 July 2015
- LAW ON CIVIL PROCEDURE OFFICIAL GAZETTE OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA, No. 7/2011, 124/2015
- LAW ON CIVIL PROCEDURE, OFFICIAL GAZETTE OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA No. 79/05, 110/08, 83/09 and 116/10
- LAW ON MEDIATION, OFFICIAL GAZETTE OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA No. 60/06
- LAW ON MEDIATION, OFFICIAL GAZETTE OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA No. 188/13, 148/15, 192/15, 55/16
- LAW ON MEDIATION, OFFICIAL GAZETTE OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA No. 294/21
- LAZHETIC GORDANA, KOSHEVALISKA OLGA, Nanev Lazar. "Analysis of the application of mediation in North Macedonia. 2022. Available at: <https://epi.org.mk/wp-content/uploads/%D0%90%D0%9D%D0%90%D0%9B%D0%98%D0%9>

7%D0%90-%D0%97%D0%90-
%D0%9F%D0%A0%D0%98%D0%9
C%D0%95%D0%9D%D0%90-
%D0%9D%D0%90-
%D0%9C%D0%95%D0%94%D0%9
8%D0%88%D0%90%D0%A6%D0%
98%D0%88%D0%90%D0%A2%D0
%90.pdf

MACEDONIAN BAR CHAMBER. Remarks
on the Law on Civil Procedure. 14
October 2020. Available at:
https://ener.gov.mk/files/Comment/25_%D0%97%D0%90%D0%91%D0%95%D0%9B%D0%95%D0%A8%D0%9A%D0%98_%D0%9E%D0%94_%D0%90%D0%9A%D0%A0%D0%A1%D0%9C_%D0%9D%D0%90_%D0%9F%D0%A0%D0%95%D0%94%D0%9B%D0%9E%D0%93_%D0%97%D0%9F%D0%9F_%D0%9E%D0%91%D0%88%D0%90%D0%92%D0%95%D0%9D_%D0%9D%D0%90_%D0%95%D0%9D%D0%95%D0%A0751423975.docx,
<https://www.mba.org.mk/index.php/mk/arhiva-na-informacii/item/721-akrsm-dostavi-zabeleshki-na-predlog-zakonot-za-parnichna-postapka>

MINISTRY OF JUSTICE OF NORTH
MACEDONIA. Regulatory Impact
Assessment Report. 27 April 2021.
Available at:
https://ener.gov.mk/files/propisi_files/report/28_1862751818%D0%9F%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%BB%D0%BE%D0%B3%20%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%20%D0%B7%D0%B0%20%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%86%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%B0%20%D0%BD

%D0%B0%20%D0%B2%D0%BB%D
0%B8%D1%98%D0%B0%D0%BD%
D0%B8%D0%B5%D1%82%D0%BE
%20%D0%BD%D0%B0%20%D1%8
0%D0%B5%D0%B3%D1%83.pdf

MINISTRY OF JUSTICE OF REPUBLIC
MACEDONIA. Regulatory Impact
Assessment Report. 15 October
2018. Available at:
https://ener.gov.mk/files/propisi_files/plan/1_1762209293Izvestaj%20za%20PVR%20-Zakon%20za%20medijacija%20%20za%20objava%20na%20ENER.pdf

MINISTRY OF JUSTICE OF THE REPUBLIC
MACEDONIA. Regulatory Impact
Assessment Report. 16 October
2014. Available at:
https://ener.gov.mk/default.aspx?item=pub_regulation&subitem=view_reg_detail&itemid=18793

MINISTRY OF JUSTICE OF THE REPUBLIC
MACEDONIA. Regulatory Impact
Assessment Report. 19 June 2013.
Available at:
https://ener.gov.mk/Default.aspx?item=pub_regulation&subitem=view_reg_detail&itemid=14263

MINISTRY OF JUSTICE OF THE REPUBLIC
MACEDONIA. Regulatory Impact
Assessment Report. 31 January
2013. Available at:
https://ener.gov.mk/Default.aspx?item=pub_regulation&subitem=view_reg_detail&itemid=12039

ROSALBA Alassini and Others, Joined cases
C-317/08 to C-320/08

SPIROSKA Elizabeta. Mediator`s status in the
Republic of North Macedonia. Book
of proceedings, International
Conference on Social Science and
Humanities. 10-12 June 2021. North
Macedonia.

A UTILIZAÇÃO DO EXAME DE DNA PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL⁶²⁰

THE USE OF THE DNA TESTING FOR CRIMINAL IDENTIFICATION PURPOSES IN CRIMES AGAINST SEXUAL DIGNITY

Ellen Cristina Carmo Rodrigues Brandão

Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com estágio doutoral na Universität Greifswald (Alemanha) e Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Coordenadora do NEPCrim (Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da UFJF). Juiz de Fora – Minas Gerais. E-mail: ellen.rodriguesjf@gmail.com

Victória Fortunato Ferreira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Advogada. Juiz de Fora – Minas Gerais. E-mail: victoriafortunatoferreira@gmail.com

RESUMO: O presente artigo visa analisar e comparar uma possível relação entre o aumento da realização de exames de DNA feitos a partir de perfis genéticos cadastrados no banco de dados nacional e o aumento da resolução de casos de processos que envolvem crimes sexuais no Brasil. A relevância do tema se dá em razão da inclusão do art. 9º-A da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) pela Lei 12.654/2012, modificado posteriormente pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que atualmente determina a submissão compulsória dos indivíduos condenados, dentre vários delitos, por crime contra liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, à identificação do perfil genético mediante extração de material genético

a partir do DNA coletado. Em razão da obrigatoriedade trazida pelo instituto, discute-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, especialmente com o reconhecimento da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário, de nº 973.837, a possível inconstitucionalidade do referido dispositivo, em contraponto com diversos princípios garantidos pela Constituição Brasileira e por leis e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em especial os princípios da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere*. Foi realizado, ainda, um estudo comparado entre os regimentos dos bancos de armazenamento de materiais genéticos diversos em países, como Estados

⁶²⁰ Artigo recebido em 25/08/2022 e aprovado em 16/06/2023.

Unidos, Reino Unido, Alemanha e Portugal, apresentando, de um modo geral, pontos convergentes e divergentes com as disposições trazidas pela legislação pátria. A título de conclusão, são apresentadas as considerações finais sobre os resultados alcançados com a pesquisa, que demonstraram, a partir da análise de direito comparado e dos dados de pesquisas levantados no artigo, não haver nenhuma validação efetiva acerca dos impactos positivos da utilização do banco de perfis genéticos para a redução da criminalidade nos países onde a identificação criminal, alcançada pelo uso do banco de dados, é uma realidade na investigação forense.

PALAVRAS-CHAVE: Perfil genético; banco de dados; crimes sexuais; direito comparado; princípios constitucionais.

ABSTRACT: This work has been done seeking to analyze the impact and efficiency of the use of the DNA test in Brazil and compare a possible relation between the increase in the performance of DNA tests based on genetic profiles registered in the national database and the increase in the resolution of cases involving sexual crimes. This theme is relevant due to the article 9-A of Law No 7.210/1984, added by Law No. 12.654/2012 and modified by Law No. 13.964/2019, which currently determines the compulsory submission of individuals convicted, among various crimes, for a crime against sexual freedom or for a sexual crime against vulnerable, to the identification of the genetic profile through the extraction of DNA. From then on, it is discussed, both

in doctrine and in jurisprudence, especially with the recognition of the general repercussion of the subject by the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal No 973.837, the possible unconstitutionality of the referred article, in contrast to several principles guaranteed not only by the Brazilian Constitution, but also by international treaties ratified by Brazil, in particular the principles of presumption of innocence and *nemo tenetur se detegere*. A comparative study was also conducted between the rules of databases in countries such as the United States, United Kingdom, Germany, and Portugal, presenting, in general, convergent and divergent perspectives with the provisions brought by Brazilian legislation. The conclusion is that there is no guarantee of the efficiency of criminal identification obtained through genetic profile databases in cases of sex crimes, mainly because, as a result of the research, based on the analysis of comparative law and the research data collected in the article, that there is no effective validation regarding the positive impacts of using the database to reduce crime in countries where criminal identification, achieved through the use of databases, is a reality in forensic investigation.

KEYWORDS: Generic profiling; database; sex crimes; comparative law; constitutional principles.

1. O DNA E SEU TRATAMENTO JURÍDICO-FORENSE

O DNA, ou ácido desoxirribonucleico, é uma macromolécula de estrutura helicoidal presente nos cromossomos do núcleo celular, sendo a principal responsável pelo armazenamento e fluxo de informações através da herança genética. O DNA é formado pela união de moléculas menores, denominadas nucleotídeos, constituídos de um radical fosfato ligado a uma pentose (monossacarídeo com cinco átomos de carbono), que, por sua vez, se liga a uma base orgânica nitrogenada, seja ela timina, citosina, adenina ou guanina⁶²¹.

A descoberta da referida molécula ocorreu em 1869 pelo cientista suíço Johann Friedrich Miescher após diversas pesquisas realizadas no final do século XIX e início do século XX sobre cromossomos e genes. Posteriormente, em 1929, foi identificada a composição química do DNA pelo cientista americano Phoebus Aaron Levene, mas somente na década de 1950 é que o cientista neozelandês Maurice Wilkins e a cientista inglesa Rosalind Franklin descobriram como a informação genética era mantida

através das gerações a partir do modo semiconservativo da célula durante sua duplicação⁶²².

O ácido desoxirribonucleico se subdivide em DNA genômico e DNA mitocondrial, diferenciando-se com relação ao local onde se encontra na célula. No primeiro, o DNA está presente no núcleo das células do corpo humano, enquanto o DNA mitocondrial, como o próprio nome diz, se encontra nas mitocôndrias, que são organelas presentes no citoplasma da célula⁶²³.

Considerando que o DNA contém as informações genéticas dos indivíduos, sua utilização pode ser empregada de diversas maneiras como forma de identificação humana, a exemplo dos casos de investigação de paternidade; da identificação de vítimas de crimes mortais há um tempo, e até mesmo para a determinação da autoria do delito a partir do material genético do indivíduo suspeito de um crime⁶²⁴.

Contudo, para que seja feita a análise do material genético, é necessário que haja uma justificativa para tal, diante da restrição do uso das informações genéticas contidas no DNA, ou seja, deve haver uma finalidade por trás do acesso às informações genéticas. Nesse sentido, Schiocchet

⁶²¹ ZURRON, Ana Claudia Bensusaki de Paula. *Biologia molecular e biotecnologia*. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2016.

⁶²² MENK, Carlos Frederico. Martins; SLUYS, Marie-Annie Van. *Genética molecular básica: dos genes aos genomas*. 1. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan., 2017.

⁶²³ DE ARAUJO, Deborah Alcantara; DE SOUZA, Carlos Antônio; CAMPELO, Reginaldo Inojosa Carneiro; DE CARVALHO, Marcus Vitor Diniz; SORIANO, Evelyne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly.

A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 164/2020, p. 415 – 444, fev. 2020.

⁶²⁴ BORÉM, Aluizio; FERRAZ, Daniel Amin; SANTOS, Fabrício. DNA e direito: as análises de DNA estão reduzindo as ambigüidades na identificação de criminosos. *Revista Biotecnologia Ciência & Desenvolvimento*, Brasília-DF, n. 22, p. 42-44, set.-out. 2001.

apresenta as estritas hipóteses em que é possível fazer uso dessa técnica, a partir da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos:

*Em relação a esse aspecto, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos restringe o uso da informação genética unicamente aos seguintes casos: a) para o diagnóstico e os cuidados de saúde; b) para a investigação médica e científica; c) para os procedimentos civis, referentes à investigação de paternidade, e penais, vinculados à medicina legal e à investigação policial; d) quaisquer outras finalidades compatíveis com a referida Declaração*⁶²⁵.

Outrossim, demonstrado ser possível a utilização da técnica de identificação pelo DNA em procedimentos penais, no âmbito judicial, quaisquer amostras biológicas podem ser utilizadas como fonte de material genético para análise da identificação humana, tais como sangue, saliva, sêmen, urina, demais fluidos biológicos, ossos e dentes. As técnicas de identificação humana são pautadas na diferença dos pares de bases entre uma pessoa e outra, de modo que, a não ser na hipótese de

gêmeos univitelinos, que possuem o mesmo DNA, a possibilidade de duas pessoas aleatórias apresentarem a mesmas sequências de nucleotídeos é de cerca de menos de 0,1%⁶²⁶.

No âmbito pericial, as amostras colhidas de vítimas, suspeitos, réus, ou de quaisquer outros indivíduos de origem conhecida são denominadas amostras de referência, enquanto os vestígios colhidos no local do crime, nos objetos que possuem relação com o delito praticado, ou para identificação de um indivíduo desconhecido, são chamadas de amostras questionadas, e a partir dessas duas amostras, é feita uma comparação para ver se os materiais genéticos são compatíveis, etapa essa chamada de confronto genético⁶²⁷.

Caso a amostra de referência seja incompatível com a amostra questionada, é estabelecida uma exclusão. Por outro lado, caso haja uma compatibilidade entre os dois materiais genéticos, realiza-se um cálculo de probabilidade de frequência daquela sequência gênica encontrada com a população da qual o indivíduo identificado faz parte⁶²⁸.

Todavia, deve-se ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, em caso de utilização do exame de DNA para fins criminais, embora o um resultado compatível consiga

⁶²⁵ SCHIOCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

⁶²⁶ DE ARAUJO, Deborah Alcantara; DE SOUZA, Carlos Antônio; CAMPELO, Reginaldo Inojosa Carneiro; DE CARVALHO, Marcus Vitor Diniz;

SORIANO, Evelyne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 164/2020, p. 415 – 444, fev. 2020.

⁶²⁷ Ibid.

⁶²⁸ Ibid.

culpabilizar o réu pela prática de determinado crime, ele, por si só, não pode ser considerado prova absoluta que estabelece sua condenação, devendo ser analisado em conjunto com as demais provas apresentadas no processo, em razão da ausência de hierarquia entre as provas.

1.1. SURGIMENTO DO EXAME DE DNA PARA FINS CRIMINAIS

O Reino Unido foi o primeiro país que, a partir da descoberta feita pelo cientista Alec Jeffreys em 1985 quanto à possibilidade de utilização do material genético na seara criminal, utilizou o exame de DNA para fins forenses-criminais⁶²⁹, ocasionando na condenação de Colin Pitchfork por homicídio, em 1986, com base nas evidências da amostra biológica encontrada durante as investigações⁶³⁰.

Atualmente, o Reino Unido possui um banco de DNA denominado UK National DNA Database (NDNAD), um dos mais rígidos do mundo, criado em 1995. As leis de regulamentação do banco de dados no país, comparadas com os demais países europeus, são mais permissivas⁶³¹, tendo em vista que,

conforme preconiza atualmente a *Criminal Justice and Police Act*, lei aprovada em 2001 e modificada ao longo dos anos, as amostras de material genético que fomentam esse banco são coletadas, obrigatoriamente, de todos os presos e detidos no país, independente do crime cometido.⁶³²

O NDNAD armazena as amostras de DNA coletadas de todas as forças policiais do Reino Unido, mas somente os perfis genéticos dos presos e detidos na Inglaterra e no País de Gales são abarcados pela lei que regulamenta a destruição, retenção e o uso de evidências, a *Protection of Freedoms Act 2012*. Outros países do Reino Unido, como a Escócia e a Irlanda do Norte, apesar de possuírem seus registros de materiais genéticos cadastrados no NDNAD, optaram por manter suas bases de DNA separadas⁶³³.

Nos Estados Unidos, a implementação, para fins criminais, da tecnologia de identificação humana através da análise do material genético ocorreu em 1988 a partir de um crime de motivação sexual⁶³⁴, e a partir das divergências que surgiram em razão da prática utilizada, em 1989 foi criado o Comitê do Conselho Nacional de

⁶²⁹ MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Letícia Pereira; DE OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Banco de dados genético e o princípio nemo tenetur se detegere. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 161/2019, p. 75-99, nov. 2019.

⁶³⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Velho conhecido, nova aplicação: exame de DNA pós-condenação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 187, ano 30, p. 95-120. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2022.

⁶³¹ GUILLÉN, Margarita et al. Ethical-legal problems of DNA databases in criminal

investigation. *Journal of Medical Ethics*, 2000; 26: 266-71.

⁶³² UNITED KINGDOM. National Police Chief's Council. Forensic Information Databases Strategy Board Annual Report 2020-2021. *Forensic Science Service*, Londres, 2022.

⁶³³ Ibid.

⁶³⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Velho conhecido, nova aplicação: exame de DNA pós-condenação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 187, ano 30, p. 95-120. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2022.

Pesquisa sobre Tecnologia do DNA na Ciência Forense, que buscava discutir a utilização da análise da amostra biológica na seara criminal⁶³⁵.

Concomitantemente, no mesmo ano já se idealizava a criação de um banco de perfis genéticos para fins criminais no país norte-americano, e com o passar dos anos, os Estados, paulatinamente, foram promulgando leis que permitiam o uso do exame de DNA para fins forenses-criminais⁶³⁶. A partir disso, em 1990 foi criado um projeto pelo Federal Bureau of Investigation (FBI) que permitia a troca de informações sobre a coleta do material biológico entre os Estados norte-americanos, tendo em vista que, até então, ainda não existia um banco de dados no país⁶³⁷.

Somente em 1994, a partir da promulgação da Lei de Identificação de DNA, é que foi autorizada, formalmente, a criação de um banco de dados nacional pelo FBI⁶³⁸, denominado Combined DNA Index System (CODIS), software que contém registros de

amostras genéticas colhidas pelos laboratórios criminais do país, e que permite, nos casos em que ainda não houve a identificação de nenhum suspeito⁶³⁹, a comparação desses materiais com o DNA encontrado durante as investigações de crimes praticados de forma violenta⁶⁴⁰.

Diferentemente do que ocorre no Reino Unido, os tipos de crimes que determinam a inclusão do material genético no banco de DNA norte-americano varia de acordo com a legislação estabelecida por cada Estado, podendo ser mais abrangente ou restritivo quanto aos tipos de crimes incluídos no banco de dados⁶⁴¹.

Em Maine, a inclusão dos criminosos sexuais no banco de dados ocorreu em 1996, logo após sua criação, enquanto nos estados da Geórgia e Luisiana, todos os criminosos condenados foram inseridos no banco de dados a partir dos anos 2000. De igual forma, em 2004 foi aprovada a Proposta 69 na Califórnia, que buscava a expansão do banco de DNA para incluir

⁶³⁵ SCHIOCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

⁶³⁶ MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Letícia Pereira; DE OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Banco de dados genético e o princípio nemo tenetur se detegere. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 161/2019, p. 75-99, nov. 2019.

⁶³⁷ DE SOUZA, Rosane Feitosa; DE SOUZA, Hudson Fernandes. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 165/2020, p. 159 – 185, mar. 2020.

⁶³⁸ Ibid.

⁶³⁹ UNITED STATES OF AMERICA. Federal Bureau of Investigation. *Combined DNA Index System (CODIS)*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>. Acesso em: 16 jun. 2022

⁶⁴⁰ DE ARAUJO, Deborah Alcantara; DE SOUZA, Carlos Antônio; CAMPELO, Reginaldo Inojosa Carneiro; DE CARVALHO, Marcus Vitor Diniz; SORIANO, Evelynne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 164/2020, p. 415 – 444, fev. 2020.

⁶⁴¹ GUILLÉN, Margarita et al. *Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation*. *Journal of Medical Ethics*, 2000; 26: 266-71.

os materiais genéticos de criminosos encarcerados. Todas essas expansões aconteceram sob a justificativa de que novos crimes poderiam ter sido evitados, principalmente após crimes violentos, como assassinatos em série e casos de predadores sexuais, terem ocorrido nesses Estados e impactado a população local⁶⁴².

Na Europa, a discussão acerca da análise de material biológico para fins criminais surgiu em 1991 e, no ano seguinte, foi publicada a Recomendação nº 1, cujo objetivo era orientar os Estados-membros da União Europeia acerca da utilização da análise de material genético na seara criminal, abarcando todas as etapas referentes à proteção das amostras, desde sua coleta até seu armazenamento⁶⁴³.

Nos anos que se seguiram, a identificação criminal por perfil genético na União Europeia encontrou amplo respaldo legal nas Decisões-Quadro nº 2008/615/JAI, 2008/616/JAI e 2008/977/JAI, além da Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995. Atualmente, a maioria dos países membros do Conselho Europeu

permitem a coleta compulsória de impressões digitais e amostras de material genético no contexto do processo penal⁶⁴⁴.

Já a criação de bancos de perfis genéticos nacionais, em conformidade com as regras de proteção de dados pessoais, foi autorizada pela Recomendação nº 5 e aprovada pelo Conselho da União Europeia em 1997, que, na oportunidade, delimitou o conceito de dados genéticos como *“todos os tipos de dados que digam respeito a características hereditárias do indivíduo ou que sejam relacionadas àquelas características que constituem o patrimônio de um grupo de indivíduos, ou seja, de uma família”*⁶⁴⁵.

Em outubro de 2007, a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote, previu, em seu artigo 37, a possibilidade, para cada Estado-Membro, de criação de registros e armazenamento de dados genéticos de pessoas condenadas especificamente por infrações penais de natureza sexual⁶⁴⁶.

⁶⁴² DOLEAC, Jennifer. The Effects of DNA Databases on Crime. *Stanford Institute for Economic Policy Research*, Stanford-CA, 07 out. 2012. Disponível em: <https://siepr.stanford.edu/publications/working-paper/effects-dna-databases-crime>. Acesso em: 07 mai. 2023.

⁶⁴³ MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Letícia Pereira; DE OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Banco de dados genético e o princípio nemo tenetur se detegere. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 161/2019, p. 75-99, nov. 2019.

⁶⁴⁴ CÔRREA, Valter Parr. Intervenções corporais no processo penal e a identificação criminal através do perfil genético. Dissertação de Mestrado em 2017. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

⁶⁴⁵ SCHIOCCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

⁶⁴⁶ CONSELHO DA EUROPA. Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos

Evidencia-se que esses sistemas de registros de DNA já foram julgados, em ao menos três situações primordiais, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. No caso *Van der Velden v. The Netherlands*, a decisão proferida em 2006 pelo Tribunal concluiu que tanto a técnica de coleta de amostra, através da esfregação de cotonete no interior da bochecha, quanto a manutenção do material genético coletado e do perfil de DNA adquirido a partir da coleta, são formas de violação invasiva à privacidade do acusado⁶⁴⁷.

Embora essas medidas não tenham sido consideradas neutras, em termos de identificação genética, a Corte considerou que sua adoção, em relação às pessoas condenadas, é considerada uma “intromissão proporcional”, uma vez que elas têm como propósito a prevenção e investigação de crimes⁶⁴⁸.

Posteriormente, no caso *S. and Marper v. The United Kingdom*, em decisão de 2008, o Tribunal declarou que a retenção indefinida dos perfis genéticos de indivíduos não condenados viola o direito à privacidade, conforme estabelecido no artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁶⁴⁹. Por último, a

decisão proferida no caso *Peruzzo and Martens v. Germany*, em 2013, considerou infundada a argumentação trazida em decisão anterior, de que manter perfis genéticos de condenados por crimes graves em bancos de DNA violaria o direito à privacidade⁶⁵⁰.

Sendo assim, a análise das decisões supramencionadas indica que, embora haja o reconhecimento, no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de que informações genéticas são protegidas legalmente pela inviolabilidade da vida privada e da privacidade genética, a existência de bancos de dados genéticos, especificamente de pessoas condenadas, com o propósito de prevenir e investigar crimes, estão em conformidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

1.2. IMPLANTAÇÃO DA GENÉTICA FORENSE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O início da implementação da genética forense no Brasil ocorreu a partir da inauguração do Laboratório de DNA Criminal da Polícia Civil do Distrito Federal, em meados da década de 90, local onde ocorreram os primeiros treinamentos para peritos criminais de

Sexuais (Comitê de Lanzarote). Lanzarote, 15 out. 2007.

⁶⁴⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. *Van der Velden v. The Netherlands*. Decision 7.12.2006 [Section III]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-112547>. Acesso em: 05 mai. 2023.

⁶⁴⁸ Ibid.

⁶⁴⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. *S. and Marper v. United*

Kingdom, 30562/04 and 30566/04. Decision 4.12.2008. Disponível em: <https://rm.coe.int/168067d216>. Acesso em: 05 mai. 2023.

⁶⁵⁰ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. *Peruzzo and Martens v. Germany* (dec.) – 7841/08 and 57900/12. Information Note on the Court’s case-law nº 164. Decision 4.6.2013 [Section V]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-121998>. Acesso em: 05 mai. 2023.

diversos Estados brasileiros⁶⁵¹. Além disso, houve a criação da Divisão de Pesquisa Forense (DPDNA) em 1994, também vinculada à Polícia Civil do Distrito Federal, onde foi implantado, pioneiramente no país, o uso do DNA no âmbito forense, com o objetivo de analisar casos de homicídios, investigações de paternidade no âmbito civil e, principalmente, na busca de parentes desaparecidos no regime militar⁶⁵².

Somente a partir da nova redação pelo Projeto de Lei nº 417/2003 do art. 1º da Lei nº 10.054/2000 – que dispunha sobre a identificação criminal, posteriormente revogada pela Lei nº 12.037/2009 –, é que foi incluído o uso do material genético a partir do DNA como um método de identificação na seara criminal, em razão do aumento da utilização da prática no decorrer dos anos⁶⁵³. A lei atualmente vigente também manteve essa previsão em seu artigo 5º, parágrafo único, caso a identificação criminal seja essencial às

investigações policiais e desde que haja uma decisão judicial determinando-a.

Já a iniciativa de implementação de um banco de perfis genéticos nos mesmos moldes do banco de DNA norte-americano, com a utilização da tecnologia CODIS, se deu através de um acordo realizado no ano de 2010 entre o FBI e o governo brasileiro, por intermédio da Secretaria Nacional de Segurança Pública⁶⁵⁴.

Em 2011, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei nº 93, de autoria do Senador Ciro Nogueira, que dispunha sobre a obrigatoriedade da identificação genética para os indivíduos condenados por crimes hediondos ou crimes praticados com violência contra pessoa, além de estabelecer o armazenamento dos dados genéticos em bancos sigilosos⁶⁵⁵. Posteriormente, o Projeto foi aprovado no dia 28 de maio de 2012 e transformado em norma jurídica, gerando a Lei nº 12.654/2012, que alterou alguns dispositivos da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) e da Lei nº 12.037/2009⁶⁵⁶.

⁶⁵¹ DE ARAUJO, Deborah Alcantara; DE SOUZA, Carlos Antônio; CAMPELO, Reginaldo Inojosa Carneiro; DE CARVALHO, Marcus Vitor Diniz; SORIANO, Evelyne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 164/2020, p. 415 – 444, fev. 2020.

⁶⁵² SCHIOCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

⁶⁵³ Ibid.

⁶⁵⁴ DE ARAUJO, Deborah Alcantara; DE SOUZA, Carlos Antônio; CAMPELO, Reginaldo Inojosa Carneiro; DE CARVALHO, Marcus Vitor Diniz;

SORIANO, Evelyne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 164/2020, p. 415 – 444, fev. 2020.

⁶⁵⁵ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 93/2011*. Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Brasília: Senado Federal, 2011.

⁶⁵⁶ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 98/2012, p. 339 - 358, set - out. 2012.

Uma das modificações significativas trazidas na Lei de Execução Penal pela Lei 12.652/2012 foi a inclusão do artigo 9º-A, que determinou, em sua redação original, a obrigatoriedade da identificação do perfil genético mediante extração de DNA das pessoas condenadas por crimes dolosos, praticados com violência contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes dispostos da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), com a utilização de técnica de extração adequada e indolor.

Destaca-se que a redação do referido dispositivo foi modificado em 2019 por meio da Lei nº 13.964/2019, que manteve a coleta compulsória dos condenados por crimes dolosos praticados com violência contra a pessoa, mas retirou a previsão extração para pessoas condenadas por crimes hediondos e acrescentou a compulsoriedade da identificação dos indivíduos condenados por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, mantendo a mesma técnica de extração de DNA indolor.

Ainda, embora tanto o artigo 5º da Lei nº 12.037/2009 quanto o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal apresentem possibilidades de se utilizar o DNA para fins de identificação criminal a partir da obtenção de perfil genético, suas aplicações se diferem, visto que o primeiro dispositivo traz a possibilidade de se realizar a identificação criminal

através da coleta do material genético na fase de investigação, desde que haja determinação judicial para tal, enquanto o segundo dispositivo apresenta a obrigatoriedade do cadastro dos perfis genéticos em bancos de dados dos indivíduos condenados pelos crimes elencados, através da realização de exame de DNA compulsório.

Não obstante, independente da finalidade da realização do exame de DNA na seara criminal, para que se alcance resultados fidedignos a partir da análise do material genético recolhido, é essencial que se tenham profissionais qualificados que não só saibam a maneira correta e indicada de manusear e coletar as amostras de DNA dos indivíduos suspeitos ou condenados, e que serão usadas como elemento de prova no processo criminal, mas que também garantam a idoneidade da prova através da preservação da cadeia de custódia desse material biológico coletado⁶⁵⁷.

2. BANCO DE PERFIS GENÉTICOS NO BRASIL

A previsão do armazenamento de perfis genéticos em bancos de dados foi regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 12.654/2012, mas as normas de instalação e funcionamento desses bancos de perfis genéticos foram definidas somente a partir do Decreto nº 7.950/2013, de autoria da Presidência da República,

⁶⁵⁷ DE SOUZA, Rosane Feitosa; DE SOUZA, Hudson Fernandes. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de

condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 165/2020, p. 159 – 185, mar. 2020.

com a instituição do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG)⁶⁵⁸.

A partir de então, permitiu-se o armazenamento de dados genéticos no BNPG e uma ampla comparação entre esses dados advindos dos bancos de DNA dos Estados, do Distrito Federal e da União através da RIBPG. Dessa forma, os perfis genéticos contidos nos bancos do país podem ser analisados e comparados tanto a nível interestadual quanto a nível internacional, “*em busca de coincidências que permitam relacionar suspeitos a locais de crime ou diferentes locais de crime entre si*”⁶⁵⁹.

Além disso, o referido decreto determina as normas administrativas para a gestão do BNPG e da RIBPG, ratifica, em seu artigo 6º, inciso I, a preservação do sigilo da identificação e dos dados de perfis genéticos armazenados na base de dados, e estabelece a exclusão do perfil genético do indivíduo identificado criminalmente no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial, conforme redação do artigo 7º.

Atualmente, os bancos de perfis genéticos podem ser vistos como um método de combate à criminalidade,

principalmente em um país com problemas de violência como o Brasil, em razão da possibilidade de se identificar a pessoa que cometeu aquele delito, em casos em que não há suspeitos, se considerar que, frequentemente, e especialmente nos crimes sexuais, os indivíduos que os cometem acabam reincidindo na prática daquele mesmo crime, gerando ainda mais vítimas⁶⁶⁰.

Nesse sentido, embora a utilização do exame de DNA no processo penal desperte controvérsias não só no Brasil, mas também em diversos países, sua produção, seguindo os cuidados necessários para garantir a cadeia de custódia do material genético colhido, gera uma prova com alto grau de confiabilidade, o que pode ocasionar em uma grande mudança na realidade penal do país, uma vez que os magistrados, ao analisarem as provas produzidas no processo, conseguirão formar seus convencimentos com maior certeza sobre a materialidade e a autoria do crime, resultando na diminuição de condenações equivocadas e no aumento do proferimento de sentenças mais coerentes com a realidade dos fatos⁶⁶¹.

Nesta senda, embora exista uma possibilidade de o emprego dos exames

⁶⁵⁸ BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. DOI:

<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufr.v66i2.74454>.

⁶⁵⁹ Ibid.

⁶⁶⁰ SCHIOCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

⁶⁶¹ MOREIRA, Marcela Martins. *Controvérsias sobre a utilização do exame de DNA como prova no processo penal*. 2016. Trabalho de conclusão de curso - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

de DNA através do banco de perfis genéticos contribuir com a efetivação da tutela jurisdicional no âmbito criminal, na medida em que sua utilização pode reduzir a impunidade de diversos delitos, como os crimes sexuais, através da identificação dos autores, é razoável que, com base em pesquisas realizadas em países que utilizam os mesmos mecanismos, seja possível ter uma maior precisão a respeito dessa hipótese, e chegar a uma conclusão acerca de uma eventual diminuição da criminalidade⁶⁶².

Outrossim, além da utilização das citadas pesquisas como parâmetro de análise, é essencial saber diferenciar os contornos da criminalidade no Brasil e nos demais países, tendo em vista que se tratam de realidades diferentes, de modo que seja possível criar uma política criminal mais certa e adequada à realidade brasileira, baseada na identificação de quais são os crimes cometidos com maior frequência e quais as causas dos seus cometimentos⁶⁶³.

2.1. EXAME DE DNA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Uma das discussões que envolvem a criação dos bancos de perfis genéticos no Brasil diz respeito à observância dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como o direito à confidencialidade e a

proteção dos dados genéticos armazenados, o direito à inviolabilidade do corpo humano enquanto fonte de prova no processo penal, o princípio da presunção de inocência e, principalmente, o direito à não autoincriminação, que analisado com mais profundidade em um tópico próprio.

Com relação aos direitos de confidencialidade e proteção dos dados, protegidos pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, a Lei nº 12.654/2012 trouxe modificações na Lei nº 12.037/2009, por meio do acréscimo dos artigos 5º-A, 7º-A e 7º-B, que apresentam medidas a serem cumpridas para resguardar a intimidade das informações genéticas, além de determinar um prazo máximo para seu armazenamento.

Dessa forma, conforme preconiza os §§1º e 2º do art. 5º-A da Lei 12.037/2009, as informações contidas no banco de dados, além de possuírem caráter sigiloso, com a possibilidade de responsabilização civil, penal e administrativa àquele que utilizá-las para fins diversos das previstas em Lei, não podem conter traços somáticos ou comportamentais dos indivíduos, mas apenas informações a respeito da identidade genética da pessoa, em respeito às normas de direitos humanos que protegem a intimidade e a confidencialidade dos dados genéticos.

Já quanto ao direito à inviolabilidade do corpo humano

⁶⁶² SCHIOCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal.

Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

⁶⁶³ *Ibid.* p. 42.

enquanto fonte de prova no processo penal, garantia constitucional prevista nos artigos 5º, incisos XLV, XLVII, XLIX, LIV, LXVII, da Carta Magna, a Lei 12.654/2012 acrescentou à Lei 7.210/94 (Lei de Execuções Penais) o artigo 9º-A, que passou por algumas modificações a partir da Lei nº 13.964/2019.

A atual redação do dispositivo traz em seu caput, além dos pressupostos de submissão obrigatória à identificação do perfil genético, a utilização de técnica adequada e indolor. Contudo, embora o referido dispositivo estabeleça legalmente os limites à invasão do corpo do condenado, levando em conta que a coleta do DNA será feita dentro dos estabelecimentos prisionais, não será possível assegurar, de forma efetiva, que a realização dos procedimentos respeitará a garantia constitucional de inviolabilidade, tendo em vista que não há, no país, uma fiscalização adequada dentro das prisões. Além disso, não deixa especificado, de forma clara, qual é a técnica a ser utilizada⁶⁶⁴.

O princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal

condenatória⁶⁶⁵. Contudo, a utilização dos perfis genéticos contidos nos bancos de dados para análise de compatibilidade com amostras genéticas colhidas nos locais de crimes se torna uma prova inquestionável no processo penal, transformando a presunção de inocência em presunção de culpa, ainda que, processualmente, a condenação deve ser baseada no arcabouço probatório dos autos⁶⁶⁶.

No que se refere ao direito à não autoincriminação, disposto no artigo 5º, inciso LXIII da Carta Constitucional, e também no artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica, o que se discute é a constitucionalidade da redação do artigo 9º-A, caput, da Lei de Execuções Penais que dispõe sobre a extração compulsória do DNA dos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável⁶⁶⁷.

O debate sobre a constitucionalidade, ou não, do referido artigo, à luz do princípio constitucional da não autoincriminação, e também do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, foi levada ao plenário do Supremo Tribunal Federal em 2016, por meio do

⁶⁶⁴ BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. DOI:

<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufr.v66i2.74454>.

⁶⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁶⁶⁶ BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. DOI:

<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufr.v66i2.74454>.

⁶⁶⁷ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro, 1984.

Recurso Extraordinário nº 973.837, de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

O Tribunal, no dia 24 de junho de 2016, reconheceu a existência de repercussão geral da tese discutida e entendeu pela necessidade de convocar audiências públicas para serem ouvidos especialistas de diversas entidades sobre o tema, como o Instituto Nacional de Criminalística, a Academia Brasileira de Ciências Forenses, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, entre outros, para então ser proferida uma decisão.

2.2. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 9º-A DA LEI Nº 7.210/1984

A nova redação do artigo 9º-A da Lei nº 7.210/1984, dada pela Lei nº 13.964/2019, determina a submissão obrigatória de identificação genética através da colheita de DNA dos indivíduos condenados por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável. Os dados coletados ficarão armazenados em um banco de dados sigiloso, que só pode ser acessado pela autoridade policial, federal ou estadual, mediante requerimento judicial. Além disso, a coleta deverá ser realizada nos indivíduos que, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional, ainda não foram submetidos à identificação genética.

Em decorrência da obrigatoriedade da identificação genética prevista no dispositivo em questão, estabeleceu-se um conflito

com o princípio constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, conhecido como *nemo tenetur se detegere* ou direito ao silêncio. Em outras palavras, ninguém é obrigado a produzir provas em seu desfavor, de modo que o indivíduo que responde por alguma acusação não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo e pode utilizar do direito ao silêncio para isso. Caso a prova seja produzida de forma forçada, ela é considerada inválida e, portanto, inadmissível no processo penal, devendo ser desentranhada dos autos, conforme preconiza o artigo 157 do CPP.

A (in)constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei nº 7.210/1984, vale ressaltar, é sede de discussão no Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário, de nº 973.837, cujo tema foi reconhecido como tese de repercussão geral. Nesse aspecto, existem diversos argumentos utilizados pela doutrina e nas jurisprudências para defender tanto a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade do aludido dispositivo.

Um argumento utilizado a favor da aplicação da norma defende que é possível uma eventual mitigação ao princípio da não autoincriminação, uma vez que o Estado tem o dever de garantir uma maior eficiência da pretensão punitiva em nome do interesse público. Esse dever, em consonância com os critérios de adequação, necessidade e razoabilidade, restringe eventuais intervenções nos direitos e garantias fundamentais dos condenados, de modo que é cabível a coleta

compulsória do material genético do apenado⁶⁶⁸.

Nesta senda, em julho de 2017, o Superior Tribunal de Justiça proferiu uma decisão, no Habeas Corpus, substitutivo de Recurso Especial, de nº 407.627/MG, cujo fundamento se deu nas alegações de que a identificação do condenado através do perfil genético não compromete o princípio da presunção de inocência, presente no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna, uma vez que o material genético não será utilizado para a produção de provas, já que própria sentença condenatória transitada em julgado reconhece a culpabilidade do acusado, mas tão somente para compor a base de dados. Nesse caso, o uso do DNA demonstra um avanço científico quanto à sua finalidade⁶⁶⁹.

Além disso, a realização do exame de DNA pode trazer benefícios ao indivíduo condenado injustamente, uma vez que o teste pode ser solicitado para sanar dúvidas acerca da compatibilização do material genético do apenado com a amostra coletada no local do crime e, na hipótese de haver a

exclusão do DNA do condenado, gerar a possibilidade de requerer sua inocência através da Revisão Criminal⁶⁷⁰.

Por outro lado, o fato de existir um banco de perfis genéticos com informações genéticas de pessoas condenadas por determinados crimes gera uma possível violação aos princípios da igualdade e da culpabilidade, previstos, respectivamente, no artigo 5º, inciso I e LVII, da Carta Magna, em razão da possibilidade de se criar um banco com informações de futuros suspeitos, o que se assemelha às características da teoria do direito penal do autor⁶⁷¹ no que concerne à associação da pena à periculosidade do condenado, como se o crime estivesse vinculado a sua personalidade⁶⁷².

Dessa forma, a estigmatização da pena será perpetuada mesmo após seu cumprimento, em contraponto com o que preconiza o direito ao esquecimento, assim como ocorre nos Estados Unidos da América com os indivíduos condenados por crimes sexuais, que são obrigados a se registrarem no sistema de

⁶⁶⁸ DE SOUZA, Rosane Feitosa; DE SOUZA, Hudson Fernandes. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 165/2020, p. 159 – 185, mar. 2020.

⁶⁶⁹ MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Letícia Pereira; DE OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Banco de dados genético e o princípio nemo tenetur se detegere. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 161/2019, p. 75-99, nov. 2019.

⁶⁷⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Velho conhecido, nova aplicação: exame de DNA pós-condenação. *Revista Brasileira de Ciências*

Criminais. vol. 187. ano 30. p. 95-120. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2022.

⁶⁷¹ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 98/2012, p. 339 - 358, set - out. 2012.

⁶⁷² BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao_021/Nivaldo_Brunoni.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.

monitoramento ao saírem dos sistemas prisionais, denominado *Sex Offender Registration and Notification Act*⁶⁷³ (Lei de Registro e Notificação de Criminosos Sexuais), sob pena de cometimento de crime federal:

*O registro de criminosos sexuais é um sistema para monitorar e rastrear agressores sexuais após sua libertação na comunidade. O registro fornece informações importantes sobre criminosos sexuais condenados para as autoridades locais e federais e para a população, como o seu nome, sua localização atual e os crimes cometidos (...) É um crime federal para o indivíduo que, conscientemente, deixar de se registrar ou atualizar seu registro, conforme exigem os termos da Lei de Registro e Notificação de Criminosos Sexuais*⁶⁷⁴. (Tradução nossa).

A partir da leitura, é de se constatar que os registros de criminosos sexuais nos Estados Unidos consistem em dois elementos. O primeiro deles

está relacionado à existência de um banco de dados transnacional que contém informações pessoais sobre o condenado, como sua identificação, seu endereço e seu histórico criminal. O segundo elemento abarca a divulgação de parte dessas informações para a população, por meio de um site público⁶⁷⁵.

O objetivo principal desses registros é permitir que potenciais vítimas identifiquem agressores sexuais em sua comunidade e tomem medidas para garantir que elas e seus filhos evitem contato com esses indivíduos. Da mesma forma, os registros permite que os moradores estejam cientes da presença de um possível criminoso reincidente e alertem a polícia se observarem algum comportamento suspeito⁶⁷⁶.

Vê-se, portanto, que o indivíduo condenado por crimes sexuais, no país norte-americano, mesmo após o cumprimento da pena, continua sendo monitorado não só pelas autoridades locais e federais, mas também pela própria comunidade em que vive, de modo que a pena, embora cumprida devidamente, é perpetuada através de

⁶⁷³ UNITED STATES OF AMERICA. The United States Department of Justice. *Sex Offender Registration and Notification Act (SORNA)*. 28 maio, 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-ceos/sex-offender-registration-and-notification-act-sorna>. Acesso em: 16 jun. 2022

⁶⁷⁴ No original: Sex offender registration is a system for monitoring and tracking sex offenders following their release into the community. The registration provides important information about convicted sex offenders to local and federal authorities and the public, such as the

offender's name, current location and past offenses (...) It is a federal crime for an individual to knowingly fail to register or update his or her registration as required pursuant to the Sex Offender Registration and Notification Act.

⁶⁷⁵ BIERIE, David. The utility of sex offender registration: a research note. *Journal of Sexual Aggression*, set. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/283787818_The_utility_of_sex_offender_registration_a_research_note. Acesso em: 07 mai. 2023.

⁶⁷⁶ Ibid.

um efeito penal secundário que sustenta não só a segregação social do indivíduo, que pode encontrar dificuldade em encontrar um emprego ou conseguir uma moradia, mas também reflete em danos colaterais aos seus familiares⁶⁷⁷.

De igual modo, a redação do artigo 7º-A da Lei nº 12.037/2009, incluído pela Lei nº 13.964/2019, determina a exclusão dos perfis genéticos na hipótese de absolvição do acusado, ou após 20 anos do cumprimento da pena, mediante requerimento. Já a Resolução nº 11/2019⁶⁷⁸, editada pelo Comitê Gestor da RIBPG, possibilita o armazenamento do perfil genético do condenado falecido pelo mesmo prazo.

Sendo assim, a identificação criminal compulsória também pode ser vista como um efeito penal secundário de caráter perpétuo⁶⁷⁹, algo vedado pela Carta Constitucional em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, pois ratifica os aspectos do direito penal do autor no sentido de que os dados do condenado, ainda que falecido, continuarão armazenados por um longo período de

tempo, mesmo após o cumprimento da pena, e poderão ser utilizados em um futuro processo criminal contra ele, indo de encontro ao processo de reabilitação social ao qual se encontra inserido⁶⁸⁰.

Aliás, em uma análise bioética acerca da compulsoriedade do fornecimento do perfil genético, tais procedimentos devem respeitar a autonomia e a dignidade da pessoa humana no que diz respeito à transparência de informações tanto no momento do recolhimento, quanto no tratamento e armazenamento da amostra fornecida. Dessa forma, a compulsoriedade trazida pelo artigo 9º-A vai de encontro ao livre consentimento do condenado ao afastar sua necessidade nos crimes especificados em seu caput⁶⁸¹.

2.3. TRATAMENTO DO TEMA À LUZ DO DIREITO COMPARADO

Enquanto no judiciário brasileiro ainda se discute a constitucionalidade, ou não, da coleta compulsória de material genérico dos condenados pelos

⁶⁷⁷ Ibid.

⁶⁷⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). XI Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (Novembro/2019). Dados estatísticos e resultados – Mai/2019 a Nov/2019. Brasília: dez, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3uazfLa>. Acesso em: 18 ago. 2022

⁶⁷⁹ DE SOUZA, Rosane Feitosa; DE SOUZA, Hudson Fernandes. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 165/2020, p. 159 – 185, mar. 2020.

⁶⁸⁰ BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. DOI:

<http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v66i2.74454>.

⁶⁸¹ DE SANTANA, Célia Maria Marques; ABDALLA-FILHO, Elias. Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética. *Revista Brasileira de Bioética*, vol. 8/2012, p. 31-46. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775/6403>. Acesso em: 23 jun. 2022.

crimes previstos no art. 9º-A, caput, da Lei de Execução Penal, para a criação de um banco de dados, nos Estados Unidos da América e em outros países como Alemanha, Itália e Espanha, as cortes judiciais já reconhecem a constitucionalidade do banco de perfis genéticos, com a utilização do exame de DNA principalmente nos casos de controvérsia sobre a identificação do suspeito⁶⁸².

As cortes norte-americanas entendem a coleta do material genético dos indivíduos encarcerados como *“uma medida razoável que faz parte do processo rotineiro de identificação criminal, assim como a fotografia ou a coleta de impressões digitais”*⁶⁸³. Contudo, vale ressaltar que, assim como acontece no Brasil, os Estados Unidos é marcado pela seletividade penal, ou seja, em comparação com indivíduos brancos, as pessoas negras normalmente são condenadas de forma mais severa. Isso ocorre porque os negros, em sua maioria, não possuem recursos financeiros, sociais e políticos suficientes para evitar condenações injustas⁶⁸⁴.

Outrossim, Carlos Henrique Borlido Haddad afirma que *“apesar do crescente número de condenações*

*revistas nos Estados Unidos, o teste de DNA pós-condenação provou ser uma faca de dois gumes*⁶⁸⁵”. Portanto, a falha no sistema prisional se dá pela seguinte razão: se por um lado, a realização do teste após eventual condenação auxilia na busca pela inocência do indivíduo condenado injustamente, por outro lado, essa mesma inocência gera um aumento do número de casos não resolvidos, retomando novamente ao ponto de partida inicial, qual seja, a procura pela identificação dos culpados.

Nos países europeus, não existe um consenso com relação às normas de inserção e armazenamento de perfis de DNA nos bancos de dados, em razão dos diversos sistemas judiciais, das especificidades quanto à política criminal e das diferentes capacidades financeiras de cada estado. Portanto, cada país possui seu debate ético-jurídico com relação à contraposição entre o direito à privacidade e à proteção de informações genéticas e o armazenamento do perfil genético, sobre quais circunstâncias ou crimes o material será coletado, se haverá ou não a voluntariedade do acusado ou condenado, dentre outras particularidades⁶⁸⁶.

⁶⁸² HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Velho conhecido, nova aplicação: exame de DNA pós-condenação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 187. ano 30. p. 95-120. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2022.

⁶⁸³ DE SOUZA, Rosane Feitosa; DE SOUZA, Hudson Fernandes. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 165/2020, p. 159 – 185, mar. 2020.

⁶⁸⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Velho conhecido, nova aplicação: exame de DNA pós-condenação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 187. ano 30. p. 95-120. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2022.

⁶⁸⁵ Ibid.

⁶⁸⁶ DE FREITAS, Florentina Maria. Implicações constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: segurança versus privacidade. *Revista Lusíada. Direito*, 7ª edição, p. 247–290, Lisboa:

A Alemanha permite a coleta do material genético de pessoas suspeitas de crimes graves, que pode ser utilizado para a realização de eventual exame de DNA em processos futuros, objetivando a identificação criminal do suspeito, desde que examinadas circunstâncias do fato, a gravidade do crime e a personalidade do indivíduo⁶⁸⁷. Essa é, inclusive, uma das razões pela qual ainda muito se discute sobre o assunto no Brasil, à luz dos princípios da presunção de inocência e do *nemo tenetur se detegere*, que se contrapõem à ideia de utilizar o material genético armazenado para esse fim.

O uso do exame de DNA no país europeu, de acordo com o perito criminal alemão, Ingo Bastisch, é corriqueiro no cotidiano forense, tanto durante as investigações quanto na fase judicial, e possui grande relevância para a prevenção e elucidação de crimes. Evidencia-se, ainda, que o ordenamento jurídico alemão estabelece medidas harmônicas com a garantia dos direitos fundamentais dos acusados, em busca da proteção jurídica dos dados obtidos através da realização do exame de DNA e de eventuais abusos decorrentes do uso indevido desses dados⁶⁸⁸.

Além disso, na Alemanha é permitido apenas o armazenamento dos registros dos perfis genéticos encontrados a partir da análise da amostra biológica coletada, de modo que o DNA, após obtenção do perfil genético, é descartado do banco de dados. Esse regramento também é seguido por outros países como a Nova Zelândia, Holanda, Bélgica e Noruega, como uma forma de garantir a impossibilidade de se utilizar a amostra biológica de forma indevida a partir de uma nova análise do DNA⁶⁸⁹.

Já a discussão acerca da criação de um banco de perfis genéticos na Espanha iniciou em 1995, e somente em 2007 a utilização do DNA no âmbito forense foi regulada, através da Lei nº 10, que estabelece, em seu artigo 3º, o registro em banco de dados do material genético de suspeitos presos ou acusados de cometer crimes contra a vida, a liberdade sexual, o patrimônio, a integridade da vítima, crimes organizados e crimes graves cometidos com violência ou intimidação contra pessoas⁶⁹⁰.

A redação do referido dispositivo, nesse sentido, se assemelha ao artigo 9º-A da Lei nº 7.210/1984, porque também estabelece quais crimes estão

17 fev. 2014. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/476>. Acesso em: 07 mai. 2023.

⁶⁸⁷ DE SOUZA, Rosane Feitosa; DE SOUZA, Hudson Fernandes. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 165/2020, p. 159 – 185, mar. 2020.

⁶⁸⁸ Ibid.

⁶⁸⁹ DE SANTANA, Célia Maria Marques; ABDALLA-FILHO, Elias. Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética. *Revista Brasileira de Bioética*, vol. 8/2012, p. 31-46.

Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775/6403>. Acesso em: 23 jun. 2022.

⁶⁹⁰ SCHIOCCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

abarcados pela legislação para a realização da coleta obrigatória do DNA para armazenamento em bancos de perfis genéticos. Se diferencia, no entanto, quanto aos dados de presos ou acusados, uma vez que, diferentemente do que ocorre na Espanha, o dispositivo da legislação brasileira admite a submissão obrigatória somente às pessoas condenadas.

Outro país europeu que atualmente permite a utilização do exame de DNA para identificação criminal é a Itália, contudo, o entendimento jurisprudencial sobre o tema no país também foi alvo de divergências durante os anos. A primeira lei do país que possibilitou a realização do exame foi a *sentenza* 54/86, sob o argumento de que tal prática “*não lesa a dignidade ou a psique da pessoa, tampouco a coloca em risco de morte ou prejudica a incolumidade ou a saúde, salvo em casos patológicos excepcionais que o perito saberia facilmente identificar*”⁶⁹¹. Em 1996, o tribunal se manifestou em discordância com a referida lei e entendeu pela ilegitimidade da coleta compulsória do material genético ante a ausência de leis específicas que regulamentam suas hipóteses de cabimento e a metodologia a ser empregada⁶⁹².

Somente após a edição do Decreto Pisani, em julho de 2005, que alterou o artigo 349 do Código de

Processo Penal Italiano, é que foi especificada a possibilidade de identificação criminal de pessoa acusada de terrorismo internacional a partir de exame de DNA através do material genético coletado na cavidade oral, além de exames datiloscópicos, fotográficos, entre outros. É trazido, ainda, a possibilidade de realização compulsória da coleta, desde que haja prévia autorização e seja respeitada a dignidade pessoal do acusado⁶⁹³.

O Reino Unido, como já visto, é o país com um dos maiores bancos de dados do mundo, mas ainda sim existem discussões acerca da sua utilização, principalmente no que refere ao prazo de armazenamento dos dados coletados pois, atualmente, a *Protection of Freedoms Act 2012* determina, em algumas circunstâncias, que os perfis genéticos fiquem armazenados por tempo indeterminado⁶⁹⁴. Ainda que, eventualmente, seja realizada a exclusão do perfil do banco de dados, todos os presos terão seus materiais genéticos verificados em relação aos crimes registrados no NDNAD⁶⁹⁵.

A mesma lei determina que todas as amostras de materiais genéticos sejam destruídas assim que for obtido o perfil genético ou, em qualquer caso, dentro de seis meses, a menos que elas estejam retidas sob a *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* (CPIA), de modo que até mesmo as

⁶⁹¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da EMERJ*, v. 10, nº 39, Rio de Janeiro. 2017.

⁶⁹² Ibid. p. 219.

⁶⁹³ Ibid. p. 220.

⁶⁹⁴ UNITED KINGDOM. National Police Chief's Council. Forensic Information Databases Strategy Board Annual Report 2020-2021. London: Forensic Science Service. 2022.

⁶⁹⁵ Ibid.

amostras, em algumas situações, podem ficar armazenadas indefinidamente⁶⁹⁶.

Nesse sentido, na decisão do caso *S. and Marper v. The United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos ponderou sobre a possibilidade de limitar para 12 anos (crimes mais graves) e 6 anos (demais crimes) os prazos de armazenamento dos perfis obtidos através de exame de DNA. Sobre a decisão em comento, Taysa Schiocchet afirma que:

*De qualquer modo, a decisão da CEDH repercutiu no Reino Unido de modo a lançar reflexões mais rigorosas ao sistema de política criminal e ao sistema jurídico, no que se refere à coleta, armazenamento e eliminação não apenas dos perfis genéticos, mas também das amostras biológicas coletadas, sob pena de se criar, indireta e indevidamente, verdadeiros biobancos*⁶⁹⁷.

Dessa forma, assim como ocorre atualmente no Brasil, o debate em questão evidenciou no Reino Unido a necessidade de se discutir sobre os prazos especificados em lei para

armazenamento e descarte dos dados cadastrados no banco de perfis genéticos, para que haja um equilíbrio entre a garantia da privacidade e proteção de dados pessoais e o princípio da boa administração da justiça⁶⁹⁸, e que sua existência e utilização não se desvencilhe do objetivo principal, que é a utilização do banco como ferramenta de resolução de crimes através da possibilidade de identificação dos suspeitos pelo perfil genético.

Na contramão dos países acima, a Suprema Corte Mexicana não permite a realização de exame de DNA para fins de identificação criminal, sob nenhuma circunstância, pois entende-se que a prática permite uma possível violação da intimidade das informações genéticas para além das que poderiam ser utilizadas no processo judicial, ferindo, portanto, o princípio da privacidade⁶⁹⁹.

Já em Portugal, embora o banco de perfis genéticos para fins de identificação criminal exista desde 2008, a partir da Lei nº 5 do mesmo ano⁷⁰⁰, sua utilização não pode ser feita de forma compulsória, sob pena não só de violação da integridade física do suspeito e do direito à não autoincriminação que, assim como o princípio constitucional brasileiro,

⁶⁹⁶ Ibid.

⁶⁹⁷ SCHIOCCHE, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

⁶⁹⁸ DE FREITAS, Florentina Maria. Implicações constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: segurança versus privacidade. *Revista*

Lusíada. Direito, 7ª edição, p. 247–290, Lisboa: 17 fev. 2014. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/476>. Acesso em: 07 mai. 2023.

⁶⁹⁹ SCHIOCCHE, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

⁷⁰⁰ Ibid.

permite ao acusado o direito de não produzir provas contra si mesmo.

A Constituição Portuguesa, a nível nacional, e normas internacionais advindas, principalmente, das Diretivas do Parlamento e Conselho Europeu, com destaque para as Diretivas nº 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, e nº 97/66/CE, de 15 de dezembro de 1997, também buscam garantir a proteção da reserva da intimidade da vida privada e dos dados pessoais⁷⁰¹, garantia essa que deve ser observada na coleta, conservação e armazenamento dos dados genéticos.

Além disso, o banco português tem como características sua subdivisão entre um banco de perfis de pessoas condenadas e um outro de pessoas suspeitas, onde são incluídos os perfis genéticos de pessoas indiciadas ou condenadas com pena superior a três anos de prisão, desde que haja despacho judicial, prévio e justificado, autorizando a coleta, e seja feita a retirada do material genético de forma voluntária, com o livre consentimento do condenado/indiciado. Os perfis ficarão permanecidos na base somente durante o cumprimento da pena⁷⁰².

Outrossim, a Lei nº 5/2008 estabelece os regramentos e princípios que regem a criação do banco de perfis

genéticos no país, como se dará a conservação dos dados armazenados, e proíbe, expressamente, no artigo 4º, a utilização das informações genéticas para quaisquer fins que não estejam relacionados à identificação civil ou criminal do indivíduo⁷⁰³. Além disso, tal como estabelece o código processual brasileiro, a referida lei impede que a condenação do suspeito seja fundamentada apenas com base no exame de DNA realizado⁷⁰⁴.

Portanto, o que se vê em todos os países que utilizam do banco de perfis genéticos para fins de identificação criminal é que tal prática, em consenso com o que se discute na jurisprudência brasileira, esbarra em diversos direitos constitucionais, seja com relação à compulsoriedade da coleta do DNA, a possível violação à intimidade do indivíduo ou até mesmo quanto ao prazo de armazenamento e descarte das informações genéticas contidas no banco.

Dessa forma, embora seja possível sua utilização em alguns casos específicos trazidos nas legislações de cada país, não há um consenso global de como essa prática deve ocorrer e sob quais regramentos. Além disso, mesmo em países onde o banco de perfis genéticos existe há muitos anos e é utilizado de forma cotidiana nas

⁷⁰¹ DE FREITAS, Florentina Maria. Implicações constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: segurança versus privacidade. *Revista Lusíada. Direito*, 7ª edição, p. 247–290, Lisboa: 17 fev. 2014. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/476>. Acesso em: 07 mai. 2023.

⁷⁰² Ibid.

⁷⁰³ Ibid.

⁷⁰⁴ SCHIOCCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

investigações criminais, como o Reino Unido, ainda ocorrem debates e discussões acerca dos objetivos do banco em concomitância com os direitos constitucionais.

3. O EXAME DE DNA, SUA IMPLICAÇÃO PROBATÓRIA NO ÂMBITO DOS CRIMES SEXUAIS NO BRASIL E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Deborah Alcantara de Araújo afirma que “a violência sexual atinge todas as classes sociais, etnias, religiões e culturas”⁷⁰⁵. Isso significa que qualquer pessoa, de qualquer parte do mundo, independente da identidade de gênero, orientação sexual, religião, idade e classe social, está suscetível a sofrer violência sexual.

Com base em dados estatísticos do ano de 2021 retirados do 16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, documento produzido através do Fórum de Segurança Pública em parceria com a UNICEF e publicado em 2022, verifica-se que 88,2% das vítimas de estupro e estupro de vulnerável no Brasil são mulheres, e 61,3% das vítimas possuem entre 0 e 13 anos, demonstrando que as principais vítimas de violência sexual no país são mulheres e crianças⁷⁰⁶.

No ano de 2021, foram registrados 66.020 boletins de ocorrência de estupro e estupro de vulnerável. Em 79,6% dos casos de estupro e estupro de vulnerável no Brasil, o agressor era conhecido da vítima. Isso demonstra que a violência sexual predominante na realidade brasileira é aquela praticada por pessoas próximas e de confiança, como o tio, avô, vizinho e, principalmente, o companheiro da vítima⁷⁰⁷.

Vale ressaltar que o estupro, embora se trate de um comportamento sexual, deve ser analisado a partir de um contexto de violência ou grave ameaça que “*tende a enfatizar o poder e a dominação do homem sobre a mulher*”⁷⁰⁸, ou seja, a conduta sexual praticada pelo agressor retrata, para além da satisfação sexual em si, uma forma de controle e poder dele sobre a vítima.

Outrossim, uma das características da violência doméstica com relação aos outros tipos de violência é justamente a existência de uma relação, em sua maioria, pautada na dependência financeira e emocional existente entre a vítima e o agressor, o que, em face da situação de vulnerabilidade em que se encontra,

⁷⁰⁵ DE ARAUJO, Deborah Alcantara; DE SOUZA, Carlos Antônio; CAMPELO, Reginaldo Inojosa Carneiro; DE CARVALHO, Marcus Vitor Diniz; SORIANO, Evelyne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 164/2020, p. 415 – 444, fev. 2020.
⁷⁰⁶ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 16º Anuário Brasileiro de Segurança

Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=4>. Acesso em: 19 jun. 2022.

⁷⁰⁷ SCHIOCCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

⁷⁰⁸ Ibid.

resulta no silenciamento da vítima acerca da violência sofrida, e, consequentemente, uma subnotificação do número de casos em razão das ausências de denúncias.

Além disso, a violência doméstica ainda é vista socialmente como um problema de foro privado do casal, perpetuando a banalização desse comportamento de um modo geral. Dessa forma, a possibilidade de adoção de métodos alternativos para a obtenção de provas, como o exame de DNA, para a efetiva solução de processos sobre crimes sexuais não resolvidos e que passam por dificuldades probatórias é crescente, na medida em que os índices de violência no Brasil também aumentam⁷⁰⁹.

O ordenamento jurídico brasileiro condena, no Código Penal, a prática de diversos crimes sexuais, dispostos nos artigos 213 a 234-B. Contudo, a título de análise da utilização do exame de DNA nos processos que discutem a prática desses delitos, as informações encontradas se restringem, em sua grande maioria, aos crimes que envolvem a conjunção carnal e/ou a ocorrência de atos libidinosos diversos, pois dessa forma é possível fazer a coleta do material biológico do agressor na vítima.

Dessa forma, o emprego do exame de DNA nos crimes sexuais se dá, principalmente, através do confronto entre o material biológico coletado

através de vestígios presentes na vítima e nos locais de crime com o perfil genético do suspeito e/ou de pessoas condenadas e que, como prevê o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, obrigatoriamente, deverão fornecer seu DNA, caso o material já não esteja cadastrado no banco de dados⁷¹⁰.

No Brasil, a coleta do material genético advindo dos vestígios encontrados na vítima é feita pelo Instituto Médico Legal de cada Estado através de perícia sexológica, por meio de swabs e lâminas, e o material é encaminhado ao laboratório em conjunto com outras amostras biológicas colhidas na cena do crime através de roupas, preservativos, entre outros itens⁷¹¹.

Buscando fazer uma análise entre os impactos da utilização do exame de DNA em casos de abuso sexual ocorridos em Massachusetts, no período entre 2008 e 2010, foi criado, no país norte-americano, o Projeto Theodore P. Cross Jr. O estudo envolvia um total de 564 casos, onde 528 das vítimas eram adultos e adolescentes e 36 eram crianças. A partir da pesquisa, chegou-se ao resultado de que a utilização do exame de DNA impactaria apenas 11 casos, ou seja, a utilização de meios de investigações alternativas chega a ser mais eficiente do que a

⁷⁰⁹Ibid. p. 44.

⁷¹⁰DE ARAUJO, Deborah Alcantara; DE SOUZA, Carlos Antônio; CAMPELO, Reginaldo Inojosa Carneiro; DE CARVALHO, Marcus Vitor Diniz; SORIANO, Evelyne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly.

A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 164/2020, p. 415 – 444, fev. 2020.

⁷¹¹ Ibid. p. 16.

análise de comparação do perfil genético⁷¹².

Também no país norte-americano, Heather Waltke, através de um artigo publicado no jornal do Instituto Nacional de Justiça dos Estados Unidos, levanta dados de uma pesquisa realizada por Joseph Peterson, em 2006, para a mesma instituição, sobre crimes sexuais. Dessa pesquisa, que analisou 602 casos de estupro reportados em Los Angeles, revelou-se que 36,2% dos agressores eram pessoas íntimas ou familiares da vítima; 42,7% eram amigos ou conhecidos⁷¹³.

Em diversas ocasiões, os agressores admitiam ter tido relações sexuais com as vítimas, mas alegam ter sido consensual. Nessas situações, o ponto crucial para o desfecho do caso não é identificar um possível suspeito, mas sim conseguir determinar se de fato houve um consenso ou a prática de um crime, de modo que o DNA e a obtenção de perfil genético do agressor não tem relevância probatória no caso concreto⁷¹⁴.

Já na Inglaterra e no País de Gales, dados informados pelo Comissário de Biometria acerca do impacto da realização do exame de DNA na resolução de crimes em geral indica que a ligação do DNA com o resultado alcança somente 0,3% de todos os delitos registrados nos dois países. Especificamente no crime de estupro, o percentual, ainda que ligeiramente maior, também é baixo, de 0,6%. A conclusão que se chegou a partir desses indicadores é de que, assim como acontece nos Estados Unidos da América, o DNA não é impactante como ferramenta para a resolução de crimes sexuais nesses países⁷¹⁵.

No Brasil, estudos feitos através de 276 laudos periciais emitidos em 2017 pelo Instituto de Genética Forense Eduardo Campos, em Pernambuco, mostram que 53 deles são pertinentes à análise de vestígios coletados nos locais de crimes, e desse montante, aproximadamente 30 laudos estão relacionados a crimes de violência sexual. Como resultado, em 74,2% dos

⁷¹²BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. DOI:

<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufr.v66i2.74454>.

⁷¹³WALTKE, Heather; LAPORTE, Gerald; WEISS, Danielle; SCHWARTING, Dawn; NGUYEN, Minh; SCOTT, Frances. Sexual Assault Cases: exploring the importance of non-DNA forensic evidence. *National Institute of Justice Journal*, Edição nº 279, abr 2018. Disponível em: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/250704.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2023.

⁷¹⁴WALTKE, Heather; LAPORTE, Gerald; WEISS, Danielle; SCHWARTING, Dawn; NGUYEN, Minh; SCOTT, Frances. Sexual Assault Cases: exploring the importance of non-DNA forensic evidence. *National Institute of Justice Journal*, Edição nº 279, abr 2018. Disponível em: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/250704.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2023.

⁷¹⁵BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufr.v66i2.74454>.

casos houve a exclusão dos perfis genéticos, ou seja, havia uma incompatibilidade entre a amostra encontrada na cena do crime e o perfil genético do suspeito⁷¹⁶.

Do percentual restante, em 6,45% dos laudos o perfil genético da cena do crime foi incompatível com o DNA da vítima e do agressor; em 3,22% não foi possível realizar o teste pericial por não ter sido encontrado DNA de boa qualidade, e em 16,13% os resultados foram apenas conclusivos, ou seja, foi obtido o perfil genético do material biológico coletado, seja ele da vítima ou do acusado, e este está apto para ser utilizado em futuros confrontos⁷¹⁷. Esses dados demonstram que, ao menos no estudo produzido em Pernambuco em 2017, a utilização do DNA para fins de confronto genético nos 30 casos sexuais não gerou nenhum resultado conclusivo que permitisse indicar, com uma alta probabilidade, que a amostra coletada na cena do crime é compatível com o perfil genético do suspeito.

Portanto, considerando os baixos percentuais obtidos nas pesquisas apresentadas acerca do impacto do exame de DNA nas investigações e resoluções de crimes sexuais, tanto na necessidade de identificação do

agressor quanto na exclusão de suspeitos, o que se verifica atualmente é que ainda não existem comprovações efetivas da eficácia da utilização do exame de DNA através dos bancos de perfis genéticos⁷¹⁸.

Segundo Clara Maria Roman Borges e Deise dos Santos Nascimento, isso ocorre “*porque os modelos desenvolvidos para essa avaliação, na pequena proporção de crimes em que são úteis, apenas fornecem estimativas que podem não refletir a eficácia real*”⁷¹⁹. Em outras palavras, um exame de DNA compatível, analisado como prova única, não é suficiente para esclarecer se o indivíduo é, ou não, o sujeito ativo que cometeu daquele crime, assim como não elucida se a relação foi consentida ou não, mas tão somente indica que aquela pessoa esteve presente na cena do crime e teve relações sexuais com a suposta vítima⁷²⁰.

Por essa razão, é essencial que a análise do DNA no processo penal não se dê através de uma prova única, mas sim em consonância com o arcabouço probatório dos autos, uma vez que o magistrado, ao proferir sua sentença, se pautará no exercício do livre

⁷¹⁶ DE ARAUJO, Deborah Alcantara; DE SOUZA, Carlos Antônio; CAMPELO, Reginaldo Inojosa Carneiro; DE CARVALHO, Marcus Vitor Diniz; SORIANO, Evelyne Pessoa; BUSHATSKY, Magaly. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 164/2020, p. 415 – 444, fev. 2020.

⁷¹⁷ Ibid.

⁷¹⁸ BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de

perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. DOI:

<http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v66i2.74454>.

⁷¹⁹ Ibid.

⁷²⁰ SCHIOCCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

convencimento para fundamentar sua decisão⁷²¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência e utilização de um banco nacional de perfis genéticos para fins de identificação criminal no Brasil se mostra um tema polêmico, que envolve uma enorme discussão técnica e jurídica – que inclusive é permanente até mesmo em países onde sua utilização já ocorre há muitos anos –, acerca dos procedimentos e regramentos a serem adotados, desde a coleta do material genético até o armazenamento e exclusão dos perfis cadastrados, para que não haja conflitos com os direitos individuais previstos na Constituição Federal.

Os debates em torno do assunto não necessariamente defendem a inexistência de um banco de perfis genéticos, mas sim que suas regras de criação e utilização sejam definidas com prudência e de forma proporcional entre a proteção dos direitos individuais e os interesses da segurança pública, por envolverem dados genéticos que contêm informações extremamente pessoais e íntimas do indivíduo e que precisam ser protegidos.

É a partir dos direitos constitucionais individuais que se discute a possível inconstitucionalidade do artigo 9º-A da Lei nº 7.210/1984, incluído pela Lei nº 12.654/2012 e com atuação redação dada pela Lei nº 13.964/2019, tendo em vista que o referido dispositivo determina a colheita

compulsória do material genético de pessoas condenadas pelos crimes especificados em sua redação, dentre eles os crimes contra a liberdade sexual e crime sexual cometido contra vulnerável, indo de encontro, essencialmente, aos princípios da presunção de inocência e da não autoincriminação, previstos nos incisos LVII e LXIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Mas até que ponto os interesses da segurança pública a partir da eficácia dos bancos pode se sobrepor às garantias constitucionais? A partir da análise de direito comparado de outros países que utilizam os bancos de perfis genéticos para fins de identificação criminal, chega-se à conclusão de que não é possível confirmar que, de fato, sua eficácia é suficiente para justificar as inconstitucionalidades decorrentes da inobservância dos direitos fundamentais.

À exceção de Portugal, onde a coleta do DNA ocorre somente com o livre consentimento do acusado/condenado e os dados ficam armazenados apenas durante o cumprimento da pena, as demais legislações, em sua grande maioria, possuem regramentos que vão de encontro aos direitos constitucionais, como por exemplo o Reino Unido, que até o momento discute a possibilidade de limitação de prazos que, à priori, são indeterminados, para o armazenamento dos perfis genéticos, e até mesmo a Alemanha, que utiliza o material cadastrado em banco de dados para a

⁷²¹ Ibid. p. 45.

realização de eventual exame de DNA em processos futuros.

De mais a mais, ainda que realmente seja demonstrada uma redução da criminalidade em razão única e exclusivamente da criação de um banco de perfis genéticos, o que é difícil em virtude de diversos fatores que influenciam no combate ao crime, cada país possui uma realidade no que se refere às características da criminalidade e a necessidade de se utilizar do banco de dados para a realização da identificação criminal.

No Brasil, a maior parte dos crimes sexuais são cometidos por conhecidos da vítima, de modo que não haveria a necessidade de realizar uma identificação criminal através do exame de DNA. Além disso, o combate aos crimes contra a dignidade sexual deve envolver não só a identificação do suspeito, mas também um esforço coletivo entre diversas instituições, como o Poder Judiciário, os serviços de saúde e os órgãos policiais, para que haja um acolhimento das vítimas e, por consequência, um aumento do número de registros de boletins de ocorrência.

Isso porque o grande problema dos crimes sexuais cometidos no país está relacionado ao fato de que as vítimas, em sua grande maioria, são estigmatizadas e até mesmo julgadas pela sociedade, além do fato de, em grande parte dos crimes, os agressores serem pessoas conhecidas, muita das vezes membros da própria família, razão pela qual as vítimas acabam sendo silenciadas e estimuladas a não prestarem queixa na delegacia. Não raras vezes, as poucas que denunciam

seus agressores também sofrem julgamentos e não conseguem o apoio adequado dos serviços que, em tese, deveriam ajudá-las.

Dessa forma, não é possível concluir que um aumento da realização de exames de DNA para a obtenção de perfis genéticos em processos que versem sobre crimes contra a dignidade sexual no Brasil resulte, por consequência, no aumento da resolução desses casos, justamente porque a identificação criminal não é o problema principal que impede a resolução de crimes contra a dignidade sexual.

A utilização do banco de perfis genéticos para a obtenção da identificação criminal nos casos de crimes sexuais do país perde seu objetivo em razão da maior parte dos agressores serem conhecidos das vítimas, de modo que o problema acerca da baixa conclusão de casos não está relacionado à identificação do suspeito, mas sim o silenciamento da vítima em face dos impactos sociais e familiares que podem ser gerados pela denúncia, além da ausência de amparo e acolhimento por parte das instituições que deveriam servir de apoio para a mesma.

Além disso, embora diversos países utilizem, durante muitos anos, o banco de perfis genéticos para fins de identificação criminal, não há nenhuma pesquisa que demonstre, de forma concreta, a eficiência da utilização do banco de dados para a redução da criminalidade. Ainda sim, quase todos os países apresentados no presente trabalho possuem regras e legislações

que conversam com os direitos dos indivíduos alvos da coleta do material genético, mostrando a possibilidade da coexistência de um banco de perfis genéticos em consonância com os direitos constitucionais individuais dos condenados, diferentemente do que atualmente se vê no ordenamento penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

- A CADEIA de custódia no Pacote Anticrime. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 01 out. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1011>. Acesso em: 18 jun. 2022
- BANCO Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para a elucidação de crimes. *Ministério da Justiça e da Segurança Pública (Governo Federal)*, Brasília, 25 abr 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>. Acesso em: 16 jun. 2022.
- BIERIE, David. The utility of sex offender registration: a research note. *Journal of Sexual Aggression*, set. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/283787818_The_utility_of_sex_offender_registration_a_research_note. Acesso em: 07 mai. 2023.
- BORÉM, Aluísio; FERRAZ, Daniel Amin; SANTOS, Fabrício. DNA e direito: as análises de DNA estão reduzindo as ambigüidades na identificação de criminosos. *Revista Biotecnologia Ciência & Desenvolvimento*, Brasília-DF, n. 22, p. 42-44, set.-out. 2001.
- BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v66i2.74454>.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.
- BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out.
- BRASIL. Decreto n. 7950, de 12 de março de 2013. Brasília: Planalto, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm. Acesso em: 16 jun. 2022
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro, 1984.
- BRASIL. Lei n. 12.037, de 01 de outubro de 2009. Brasília: Planalto, 2009.
- BRASIL. Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012. Brasília: Planalto, 2012.

- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). XI Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (Novembro/2019). Dados estatísticos e resultados – Mai/2019 a Nov/2019. Brasília: dez, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3uazfLa>. Acesso em: 18 ago. 2022.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 93/2011*. Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Brasília: Senado Federal, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 973837. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 24/06/16. DJe, 11/10/2016. Disponível em: <https://bit.ly/2QFO5ff>. Acesso em: 16 jun. 2022.
- BRUNONI, Nivaldo. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.
- CONSELHO DA EUROPA. Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais (Comitê de Lanzarote). Lanzarote, 15 out. 2007.
- CÔRREA, Valter Parr. Intervenções corporais no processo penal e a identificação criminal através do perfil genético. Dissertação de Mestrado em 2017. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.
- DE ARAUJO, Deborah Alcantara et al. A genética forense como ferramenta de auxílio às ciências forenses: experiência de um Estado brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 164/2020, p. 415 – 444, fev. 2020.
- DE FREITAS, Florentina Maria. Implicações constitucionais da criação de uma base de dados genéticos para fins de investigação criminal: segurança versus privacidade. *Revista Lusíada. Direito*, 7ª edição, p. 247–290, Lisboa: 17 fev. 2014. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/476>. Acesso em: 07 mai. 2023.
- DE SANTANA, Célia Maria Marques; ABDALLA-FILHO, Elias. Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética. *Revista Brasileira de Bioética*, vol. 8/2012, p. 31-46. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7775/6403>. Acesso em: 23 jun. 2022.
- DE SOUZA, Rosane Feitosa; DE SOUZA, Hudson Fernandes. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 165/2020, p. 159 – 185, mar. 2020.
- DOLEAC, Jennifer. The Effects of DNA Databases on Crime. *Stanford Institute for Economic Policy*

- Research, Stanford-CA, 07 out. 2012. Disponível em: <https://siepr.stanford.edu/publications/working-paper/effects-dna-databases-crime>. Acesso em: 07 mai. 2023.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. Peruzzo and Martens v. Germany (dec.) – 7841/08 and 57900/12. Information Note on the Court's case-law nº 164. Decision 4.6.2013 [Section V]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-121998>. Acesso em: 05 mai. 2023.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. S. and Marper v. United Kingdom, 30562/04 and 30566/04. Decision 4.12.2008. Disponível em: <https://rm.coe.int/168067d216>. Acesso em: 05 mai. 2023.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Council of Europe. Van der Velden v. The Netherlands. Decision 7.12.2006 [Section III]. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-112547>. Acesso em: 05 mai. 2023.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=4>. Acesso em: 19 jun. 2022.
- GUILLÉN, Margarita et al. Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation. *Journal of Medical Ethics*, 2000; 26: 266-71.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. *Revista da EMERJ*, v. 10, nº 39, Rio de Janeiro. 2017.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Velho conhecido, nova aplicação: exame de DNA pós-condenação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 187. ano 30. p. 95-120. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2022.
- MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 98/2012, p. 339 - 358, set - out. 2012.
- MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Letícia Pereira; DE OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Banco de dados genético e o princípio nemo tenetur se detegere. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 161/2019, p. 75-99, nov. 2019.
- MENK, Carlos F. M. et al. *Genética molecular básica: dos genes aos genomas*. Guanabara Koogan, 1. ed., Rio de Janeiro, 2017.
- MOREIRA, Marcela Martins. *Controvérsias sobre a utilização do exame de DNA como prova no processo penal*. 2016. Trabalho de conclusão de curso - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

- ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.
- SCHIOCCCHET, Taysa, et alli. Banco de perfis genéticos para fins de perseguição criminal. *Série Pensando o Direito*, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.
- UNITED KINGDOM. *Criminal Justice and Police Act 2001* (c. 16), 11th may of 2001. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/16/pdfs/ukpga_20010016_en.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.
- UNITED KINGDOM. National Police Chief’s Council. Forensic Information Databases Strategy Board Annual Report 2020-2021. *Forensic Science Service*, Londres, 2022.
- UNITED STATES OF AMERICA. Federal Bureau of Investigation. *Combined DNA Index System (CODIS)*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>. Acesso em: 16 jun. 2022
- UNITED STATES OF AMERICA. The United States Department of Justice. *Sex Offender Registration and Notification Act (SORNA)*. 28 maio, 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-ceos/sex-offender-registration-and-notification-act-sorna>. Acesso em: 16 jun. 2022
- WALTKE, Heather; LAPORTE, Gerald; WEISS, Danielle; SCHWARTING, Dawn; NGUYEN, Minh; SCOTT, Frances. Sexual Assault Cases: exploring the importance of non-DNA forensic evidence. *National Institute of Justice Journal*, Edição nº 279, abr 2018. Disponível em: <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/250704.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2023.
- ZURRON, Ana Claudia Bensusaski de Paula. *Biologia molecular e biotecnologia*. Editora e Distribuidora Educacional S.A., Londrina, 2016.

ESTRUTURA E FUNÇÃO DO PROCESSO CIVIL⁷²²

STRUCTURE AND FUNCTION OF THE CIVIL PROCEDURE

Enio Nakamura Oku

Doutorando em Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor Adjunto da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Consultor Jurídico do Poder Judiciário do Estado do Paraná. Advogado. Curitiba/PR, Brasil. E-mail: nkm_enio@yahoo.com.br

RESUMO: O processo civil é tradicionalmente tratado como se fosse essencialmente neutro e técnico, em grande parte autônomo em relação ao direito substantivo. O objetivo deste artigo é fornecer uma pequena janela e penetrar luzes sobre como o processo judicial pode servir de instrumento para a manutenção da ordem política e social e a hegemonia imposta pela classe dominante. O método utilizado é o hipotético-dedutivo com abordagem qualitativa. O exame dos textos legais sobre procedimentos é baseado em livros, artigos, decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Para decodificar uma parte do discurso de poder, são eleitos os preceitos apresentados por Claus Offe em sua teoria da seletividade das instituições para demonstrar as condições sob as quais a pressão das classes dominantes pode influenciar o comportamento do Estado. Como resultado, o processo judicial é identificado como um dos mecanismos ínsitos à estrutura estatal que trabalham na seleção de interesses em proveito do capital. A estrutura e função do

procedimento civil envolvem uma seletividade que não aparece, ocultando sobre quem e quais direitos serão tutelados em várias oportunidades.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil; acesso à justiça; sistema de justiça civil; igualdade processual; devido processo legal.

ABSTRACT: Civil procedure traditionally is dealt with the object as if it were essentially neutral and technical, largely autonomous from the substantive law. The objective of this article is to provide a small window and shed light on how the judicial process can serve as an instrument for the maintenance of political and social order and hegemony imposed by the dominant class. The method used is the hypothetical-deductive with qualitative approach. The examination of legal texts about procedures is based on books and articles, decisions of the Supreme Federal Court and Superior Court of Justice. In order to decode a part of the discourse of power, the precepts

⁷²² Artigo recebido em 20/07/2022 e aprovado em 23/09/2022.

presented by Claus Offe in his institutional selectivity doctrine are chosen to demonstrate the conditions under which dominant classes' pressure can influence the state behavior. As a result, the judicial process is identified as one of the mechanisms inherent to the state structure that work in the selection of interests to the benefit of capital. The structure and function of civil procedure involve a selectivity that does not appear, hiding who and what rights will be to protect on several occasions.

KEYWORDS: Civil Procedure; access to justice; civil justice system; procedural equality; due process of law.

INTRODUÇÃO

O processo está longe de ser mecanismo estranho e neutro em relação a qualquer condição histórica, política, econômica, ética ou cultural. Não é um objeto observável de forma destacada e indiferente à análise da realidade, como se a esfera processual situasse em mundo distinto e paralelo.

Na inter-relação entre o processo e a realidade social, a regulamentação processual não deve ignorar referências empíricas que variam no tempo e espaço. Como observa Michele Taruffo, o processo não é uma técnica neutra aplicável da mesma forma em qualquer ambiente. Ao contrário: o processo é

resultado da combinação - e até de interferência mútua - de uma pluralidade de fatores que vão desde as tradições jurídicas aos eventos históricos, da economia à política, moralidade e cultura⁷²³.

Diante da interação social, o processo também deixa de ser considerado como categoria independente do direito material ou um parceiro inferior contingente, um simples meio para alcançar a atuação da lei. Os direitos processuais, tais como o direito à prova ou audiência, são defensáveis por referência a uma elaboração dos direitos materiais. A ideia de dimensão autônoma do processo é afastada para, no lugar da dicotomia entre categorias, reconhecer um diálogo integrativo entre processo e direito material. Tal constatação permite reconhecer que os procedimentos e as técnicas processuais podem implicar a negação ou reconhecimento e realização dos direitos materiais⁷²⁴.

A multiplicidade das possibilidades do mundo leva a necessidade de seleção para se alcançar a estabilidade do sistema. Os elementos de um sistema, como é o caso do Direito, interagem para abarcar novas relações, selecionar opções

⁷²³ TARUFFO, Michele. Ideologie e teorie della giustizia civile. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2015, p. 293-304.

⁷²⁴ RAGONE, Álvaro Pérez. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal.

Revista Derecho del Estado, Bogotá, n. 41, p. 255-283, jul./dez. 2018, p. 255-260. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

necessárias para alcançar seus fins e reduzir a complexidade do ambiente⁷²⁵.

O objetivo deste estudo é fornecer uma pequena janela e penetrar luzes sobre como o processo pode servir de estratégia para manutenção da ordem política e social e domínio das classes dominantes. Para decodificar parcela do discurso de poder, primeiramente são demonstradas as manifestações da desigualdade processual. Adota-se, como perspectiva, a teoria da seletividade das instituições formulada por Claus Offe para indicar a influência que o Estado sofre pelas classes dominantes e identificar o processo judicial como uma das engrenagens ínsitas à estrutura estatal que trabalham na seleção de interesses em proveito do capital. Por fim, são mencionados alguns exemplos no ordenamento jurídico pátrio para expor o uso do processo judicial como meio ideológico dessa seletividade.

1. O DISCURSO DA IGUALDADE PROCESSUAL E DESIGUALDADE MATERIAL

A igualdade é um mito proclamado com origem nas ideias liberais que desembocaram na Revolução Francesa de 1789. Mas a

desigualdade é própria da condição humana: a individualidade humana torna diferente uma pessoa em relação a outra.

Ao cotejar com a realidade, deparemos com uma lacuna entre o conceito construído pela doutrina de igualdade processual e igualdade material no mundo exterior, onde as “diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas”⁷²⁶.

Sobre os litigantes incidem vantagens e desvantagens que permitem a garantia de acesso efetivo à justiça ou sua denegação⁷²⁷.

As pessoas ou organizações dotadas de recursos financeiros consideráveis possuem o predicado de arcar com os litígios, suportar as delongas processuais e apresentar os argumentos de maneira eficiente. A demora do processo judicial acrescenta encargos para os litigantes e pressiona os economicamente enfraquecidos, que precisam do bem jurídico reclamado ou não tem recursos para financiar o litígio nem cobrir suas próprias despesas projetadas, a desistir das demandas ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito⁷²⁸. Em contrapartida, litigantes com porte econômico considerável podem se valer

⁷²⁵ CARCOVA, Carlos Maria. *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012, p. 259-263.

⁷²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15.

⁷²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15-17.

⁷²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 20 e 21. FISS, Owen. *Contra o acordo*. In: *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução e coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 121-145.

da morosidade processual para alcançar ou manter elevados lucros em detrimento dos menos privilegiados.

Diferenças de poder e posição social desfrutadas pelos indivíduos favorecem o acesso ao conhecimento jurídico básico sobre a existência ou não de um direito juridicamente exigível e aos meios disponíveis para tutelá-lo, ao grau de capacitação e preparação dos advogados, à facilidade de se proverem de provas e outros elementos decisivos⁷²⁹.

Os contatos frequentes com o sistema judicial concedem aos litigantes geralmente organizacionais a possibilidade de promover o melhor planejamento do litígio diante da maior facilidade de acesso ao conhecimento e às fontes de consulta. Estrategicamente, a partir do aumento de quantidade de casos, podem maximizar os ganhos e reduzir os prejuízos, restringindo estes em alguns casos. Diluem-se os riscos da demanda por maior número de casos em relação

aos *repeat players* (para usar a nomenclatura de Marc Galanter). Apesar de existirem exceções, essa categoria de litigantes habituais pode, em boa medida, ser relacionada aos possuidores de riqueza, poder e status social⁷³⁰.

O envolvimento em muitos litígios semelhantes e de maneira habitual confere ainda oportunidades aos litigantes de desenvolver relações e comunicações informais com os ocupantes de cargos do Judiciário, além de testar estratégias em determinados casos com intuito de garantir uma expectativa de resultado mais benéfico para as controvérsias futuras, formando jurisprudência favorável à órbita de seus interesses⁷³¹.

A capacidade de prever comportamentos na formulação de estratégias processuais entorno da satisfação das vantagens pode fazer com que uma parte assuma posição avassaladora em relação a outro litigante. Robert G. Bone destaca que a

⁷²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, 1985, p. 79.

⁷³⁰ Marc Galanter classifica os requerentes que recorrem ocasionalmente aos tribunais (*one-shotters* ou OS) e os que estão habitualmente envolvidos em muitos litígios (*repeat players* – RP): “It is not suggested that RPs are to be equated with ‘haves’ (in terms of power, wealth and status) or Oss with ‘have-nots’. In the American setting most RPs are larger, richer and more powerful than are most Oss, so these categories overlap, but there are obvious exceptions. RPs may be ‘have-nots’ (alcoholic derelicts) or may act as champions of ‘have-nots’ (as government does from time to time); Oss such as criminal defendants may be

wealthy” (GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal chance. *Law & Society Review*, Amherst, v. 9, n. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One, 1974, p. 95-107).

⁷³¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 25. BECKER, Laércio A.; MARINONI, Luiz Guilherme. Influência das Relações Pessoais sobre a Advocacia e o Processo Civil. In: *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 464-472. GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal chance. *Law & Society Review*, Amherst, v. 9, n. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One, 1974, p. 95-107.

decisão de processar deve depender de, pelo menos, três fatores que apresentam maior influência sobre o comportamento individual: a provável recuperação, a probabilidade de sucesso e o custo do julgamento. É mais provável que uma pessoa processe quanto maior a recuperação, maior a chance de sucesso ou menores os custos do julgamento. As decisões de litígios tomadas por advogados com experiência e conhecimento podem envolver uma análise de valor esperado considerando as variáveis (probabilidade de sucesso, a provável recuperação e o custo), com base em várias fontes, incluindo investigações factuais e jurídicas, experiência pessoal, publicações profissionais e até bancos de dados informatizados relatando os resultados de casos semelhantes⁷³². Essa desproporção informacional afeta as chances de êxito entre as partes, mas a forma de estruturação das regras processuais pode acentuar os dispêndios e benefícios privados do litígio, alterando o valor líquido esperado e a perda suportada pelos litigantes.

Outro fator de desequilíbrio de forças configura-se na dispersão das partes ou incapacidade de alinhar uma estratégia em comum. O próprio sistema jurídico pode contemplar, por intermédio da organização do processo, obstáculos para que o interesse possa

ser unificado na tutela de causas de menor valor econômico, acirrando as dificuldades para os autores individuais e vantagens aos litigantes organizacionais⁷³³.

Todas essas assimetrias tendem a afetar o próprio direito material dependente de instrumentos processuais que permitam ao litigante obter sua proteção judicial. As vias de acesso à justiça são determinantes sobre a justiça a ser alcançada. Os procedimentos não apenas sentenciam se as pessoas terão acesso às tutelas e com qual rapidez e eficácia esses remédios funcionarão. Também podem afetar a forma como se lida com determinados conflitos e os tipos de possíveis resoluções que tais conflitos possam ter⁷³⁴.

2. PROCESSO CIVIL “VIVO”: ALÉM DA APARÊNCIA NORMATIVA E SELETIVIDADE ESTRUTURAL

Compreender o processo civil em sua complexidade requer análise além de sua aparência normativa. A relação social guiada pela crença de validade da dominação tem o efeito prático de assegurar o cumprimento da referida ordem com eficácia empírica. Essa adesão dos dominados é construída com base em fundamentação legitimadora do poder para que o

⁷³² BONE, Robert G. *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003, p. 20, 29, 35 e 55-59.

⁷³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27 e 28.

⁷³⁴ ANDERSON, Michael R. Access to justice and legal process: making legal institutions responsive to poor people in LDCs. *Working paper series*, 178. Brighton: IDS, 2003, p. 14 e 15. Disponível em <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20500.12413/3969> Acesso em 22 jun. 2022.

sistema de dominação se torne operacional⁷³⁵.

Por trás das barreiras perceptíveis ao acesso à justiça que consolidam a desigualdade entre as partes, o próprio ordenamento jurídico acaba servindo como obstáculo ao exercício de direitos proclamados expressamente pelo mesmo.

Dialogando no campo da realidade, o processo se insere em contexto de comunicações e representa um dos inúmeros cenários em que o direito pode ser criado e modificado. A esse respeito, Adriano Camargo Gomes e Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes observam que “a realidade do direito abrange mais que as aparências; sob as aparências existem estruturas subjacentes; por uma questão de legitimidade, essas estruturas são ocultadas; as estruturas subjacentes implicam mecanismos de seletividade”⁷³⁶

2.1 A TENSÃO ENTRE ESTRUTURA E FUNÇÃO

Ao perceber o Direito como fenômeno complexo, não limitado a ser aquilo que é manifesto ou percebido, os autores propõem que o conhecimento deve ultrapassar as aparências do fenômeno jurídico expressado em seu delineamento normativo, implicando a identificação de estruturas subjacentes. A *estrutura*, entendida como “arranjo formal de uma totalidade, revelada a partir do equilíbrio precário dos elementos essenciais, regulares e constantes dessa totalidade”⁷³⁷, possui a *função* de forma imanente. Essas noções devem ser conjugadas para compreensão de fenômenos complexos, como os jurídicos: a primeira (*estrutura*) representada pelas normas preestabelecidas, de forma hierárquica e logicamente concatenadas, ao passo que a segunda (*função*) pelos procedimentos existentes para alcançar suas

⁷³⁵ MARTINEZ-FERRO, Hernán. Legitimidad, dominación y derecho em leoría sociológica del estado de Max Weber. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 12, n. 1, jun. 2010, p. 405-427. MAGALHÃES, Pedro T. *The Legitimacy of Modern Democracy: A Study on the Political Thought of Max Weber*, Carl Schmitt and Hans Kelsen. Nova Iorque: Routledge, 2021, p. 23. PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 5 e 47-52. Entre os possíveis fundamentos identificados em Max Weber para a legitimidade, a qual constitui critério essencial para definir os tipos puros de dominação, a dominação racional ou legal importa a crença na legitimidade proveniente de ordens estatuídas e direito de mando daqueles que foram investidos para exercer a dominação

(WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de uma sociologia compreensiva*, vol. 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2004, p. 141-144. WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber: sociologia*. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 128-131).

⁷³⁶ CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, out./dez., 2016, p. 142.

⁷³⁷ CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, out./dez., 2016, p. 144.

necessidades funcionais, ou seja, o objetivo ou finalidade do sistema.

Diante da tensão existente, há necessidade de manter o aparente equilíbrio entre *estrutura* e *função*, eclodindo a importância de *legitimação* que envolve mecanismos de seletividade (inclusão e exclusão) em toda estrutura, inclusive a do Direito.

No interior da aparência do Direito, existem estruturas para o cumprimento de funções e reguladas por métodos de seletividade. Por meio de regras de inclusão e exclusão, as relações são submetidas ou não ao abrigo das tutelas estatais. Essa seletividade representa “um complexo sistema de filtragem operado por engrenagens institucionais (de natureza legislativa, administrativa e judiciária) cujos espaços de possibilidade são concebidos e organizados a negar a existência de espaços de impossibilidade” para, assim, concretizar ou negar o direito material⁷³⁸.

Os mecanismos de seletividade de tutela jurídica, dentre os quais as técnicas processuais, fazem parte da estrutura do Direito que, por sua vez, os esconde por uma questão de legitimidade.

2.2 MECANISMO ESTRUTURAL DE SELETIVIDADE COM BASE NO PENSAMENTO OFFEANO

No campo das ciências sociais, essa abordagem perpassa a proposta teórico-metodológica apresentada por Claus Offe sobre a natureza do Estado capitalista, com referência à tese de seletividade, de dependência estrutural do Estado em relação à acumulação e de desequilíbrio tendencial das funções de acumulação e legitimação estatal, pensado com matizes weberianas.

O debate sobre a influência que o Estado sofre pelas classes dominantes da sociedade é abordado pelo sociólogo alemão que inicialmente critica as teorias da influência e as dos fatores limitativos, considerando-as incorretas ou, pelos menos, insuficientes⁷³⁹. Essas duas linhas de argumentação são consideradas inadequadas para promover a interlocução entre capital e estrutura, visto que não demonstram o *caráter classista do Estado*. São perspectivas que, em seu entender, limitam a explicação considerando os fatores externos e incapazes de externar a necessidade estrutural desse fenômeno⁷⁴⁰.

⁷³⁸ CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Ales. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, out./dez., 2016, p. 142-147.

⁷³⁹ As teorias da influência são aquelas que encaram o aparelho do Estado, assimilador de competências e funções legislativas, executivas e judiciárias, como um instrumento à serviço dos interesses da classe dominante, pois está submetido às influências, ameaças e pressões,

direta ou indiretamente, assim como às relações de dependência. As teorias dos fatores limitativos negam a possibilidade de que as instituições políticas se transformem em algum momento instrumento de influência de interesses não capitalistas.

⁷⁴⁰ OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 140-143.

Para Offe, o Estado atua com base em estrutura interna que acaba favorecendo interesses capitalistas. As estratégias emergem das próprias rotinas e estruturas formais das organizações estatais, norteadas por *regras de exclusão* institucionalizadas, as quais correspondem o conceito de seletividade constitutivo de qualquer sistema e detentor da função de incluir ou excluir elementos.

De acordo com essa proposta metodológica, o modo de atuação das regras de exclusão exige identificar o que será excluído: os não-acontecimentos. Os acontecimentos podem ser excluídos *socio estruturalmente* quando derivam das características estruturais anteriores à formação das sociedades capitalistas⁷⁴¹. Além disso, a rejeição dos acontecimentos pode ocorrer

acidentalmente ao privilegiar uma alternativa legal em detrimento da outra que está ao mesmo tempo em debate, mas sem que as estruturas e regras de procedimento do sistema político sejam afetadas⁷⁴². Em breves palavras, os acontecimentos se tornam impossíveis por acaso. E são *sistêmicas* as operações de seletividade impostas imediatamente pelas estruturas e processos organizacionais do sistema político e explicadas sem referência a tais processos⁷⁴³.

Claus Offe observa que, na estrutura interna do sistema de instituições políticas, o aparelho estatal apresenta uma seletividade equipada de uma triagem dentro dos múltiplos interesses capitalistas, auxiliando na formulação de um interesse positivo e global de classe⁷⁴⁴. Essa realidade vincula o Direito às forças dominantes

⁷⁴¹ Trazendo essa noção para o estudo do processo, o sistema de convicção do povo Azande, narrado por Oscar G. Chase, era permeado por bruxaria, oráculos e magia para resolução de litígios. Os processos utilizados pelo povo Azande para solucionar seus conflitos eram um elo em uma cadeia de circularidade que ia da crença, à autoridade, à ação e, enfim, novamente à crença: o papel central do oráculo como determinador de fatos sustentava o sistema de estratificação social, as ideias sobre as relações de gênero adequadas e a metafísica. Nota-se, então, que, na sociedade ocidental contemporânea, não há espaço para essa forma de processo perante suas características sociais e estruturais. (CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 37-54 e 187-193).

⁷⁴² Transportando o raciocínio para o processo judicial, podemos imaginar os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, que objetivam

a fiscalização de interesses privados e integração de negócios jurídicos, como acontecimento que, caso fosse retirado do CPC, não afetaria a estrutura do processo civil.

⁷⁴³ OFFE, Claus. *Dominação de classe e sistema político*. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 147 e 148.

⁷⁴⁴ “A dominação política como dominação de classe caracteriza-se, portanto, por funções de formação de vontade, de seleção e de integração, estruturada de tal forma que permitem ao Estado, graças à sua forma de organização burocrática, sua neutralidade formal e seu acervo de informações (especialmente na área das ciências sociais) articular um interesse de classe, por assim dizer como representante da classe capitalista. Para que a dominação política possa constituir-se como dominação de classe, ela precisa justamente encontra-se em uma situação tutelar, autoritária ou de controle – numa

na sociedade em que o poder político se institucionaliza e formula seu discurso do poder, a fim de assegurar determinado modelo de convivência⁷⁴⁵. De forma simplificada, a seletividade é compreendida como restrição não-aleatória (isto é, sistemática) de um espaço de possibilidades.

Mecanismos de seleção constituem um sistema de filtros expresso em atos e processos político-administrativos, vinculando aos interesses de classe uma racionalidade estratégica objetiva assegurada pela estrutura interna do sistema institucional político. As operações de seleção podem ser identificadas em, pelo menos, quatro níveis de escala:

(a) *estrutura*: cada sistema institucional político dispõe de um raio de ação definido, um espaço de possibilidade fixado juridicamente e de caráter factual que determina o que pode ser objeto da política estatal. A estrutura de cada sistema institucional-político pode ser interpretada como um programa de seleção instituidor de premissas e barreiras de ação,

inaugurando um espaço de atuação mais ou menos estreito para uma política possível.

(b) *ideologia*: a estrutura das instituições políticas é delimitada pelo sistema de normas ideológicas e culturais que promovem a percepção e articulação seletiva de problemas e conflitos sociais.

(c) *processo*: são os procedimentos institucionalizados de formulação e implementação política. As estruturas formais de regulamentação prejudgam o possível conteúdo ou resultado do processo, ao conferir a certos conteúdos políticos probabilidades maiores de realização, de sorte que, segundo Claus Offe, cada “regra processual cria condições de favorecimento e, inversamente, de exclusão para certos temas, grupos ou interesses”⁷⁴⁶.

(d) *repressão*: aplicação ou ameaça de atos repressivos do aparelho estatal (polícia, exército e justiça), alcançando condutas contrárias aos interesses do capital⁷⁴⁷.

espécie de ‘mera distância’ – relativamente aos interesses articulados das unidades empíricas de capital. (...)”. Agrega-se a seletividade complementar e negativa que consiste em defender Estado e seu sistema contra articulação de interesses contrários e conflitos anticapitalistas em prol do interesse de classe que ele próprio constituiu e reduziu ao seu núcleo racional (OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 149 e 150).

⁷⁴⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4 e 47-52.

⁷⁴⁶ OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 151-153.

⁷⁴⁷ OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 154-156 e 159. A respeito disso, Claus Offe invoca a teoria sistêmica na versão desenvolvida de Niklas Luhmann e a concepção

Tudo isso se evidencia pelos discursos ou construções teóricas que amparam a estrutura jurídica capaz de sustentar relações e situações que são negadas ou excluídas em sua realidade prática. No plano processual, as técnicas processuais e os procedimentos se apresentam como um mecanismo de seletividade excludente em relação aos direitos materiais, privilegiando alguns interesses e segmentos sociais em detrimento de outros. A estrutura seleciona os direitos que serão protegidos e os que não os serão, assim como possui estratégias de ocultação da seletividade inerente à própria estrutura no sentido de que certos direitos materiais serão tuteláveis de maneira mais efetiva do que outros⁷⁴⁸. Em vários momentos, a inefetividade do direito decorre da ausência de correlação adequada entre o direito material e as técnicas processuais.

behaviorista de seletividade e propõe o estabelecimento de um padrão de medidas para a averiguação de seletividade do sistema político. O uso do conceito de seletividade exige estar em condições de indicar fenômenos e acontecimentos situados fora da esfera coberta pelas regras de exclusão que são codificadas por um sistema político – por exemplo, regras de processo administrativo, ou leis civis e penais.

⁷⁴⁸ CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, out./dez., 2016, p. 147, 148 e 152. De acordo com os autores, “o direito material deve ser responsável por prever os direitos que devem ser tutelados e o processo civil deve prover meios e técnicas necessários para essa tutela (função)”. No entanto, a “realidade do direito processual é outra: as

3. SELETIVIDADE ESTRUTURAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

3.1 POSIÇÃO PROCESSUAL PRIVILEGIADA DA CLASSE DOMINANTE

Da análise feita no tópico anterior, subjaz a *seletividade estrutural do processo* que constitui “pressuposto ou ponto de partida das investigações sobre os quais direitos materiais possuem déficit de efetividade devido aos mecanismos de seletividade existentes no processo civil”⁷⁴⁹. Alinha-se ao pensamento offeano, segundo o qual o Estado assume funções sob o pretexto de neutralidade e universalidade, mas, ao mesmo tempo, precisa tornar invisível as operações divergentes ou que seguem direções opostas e o emprego das operações de seleção⁷⁵⁰.

técnicas processuais selecionam, dentre os direitos previstos no campo substancial, aqueles que serão tutelados e os que não serão, isso apesar da expressa previsão de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5.º, XXXV, CF/1988) – é dizer, mesmo se negando expressamente a existência de seletividade” (p. 148).

⁷⁴⁹ CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, out./dez., 2016, p. 153.

⁷⁵⁰ OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 163.

O processo não é um fim em si mesmo, ligando-se a propósitos ou objetivos que o legitimam no contexto jurídico, social e político⁷⁵¹. Revelada a estrutura subjacente resultante do confronto das forças sociais contrapostas em busca da satisfação de seus interesses, é possível constatar que as classes dominantes se beneficiam da engrenagem processual para impor a força da autoridade pública em proveito de seus desejos, bem como manter ou até mesmo aumentar o desequilíbrio de possibilidades entre os litigantes.

O processo é instrumento de que o Estado e a classe dominante utilizam-se para exercer o poder e conferir legitimidade. “Ninguém ignora”, nas profícuas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, que “o ordenamento jurídico se deixa e sempre se deixou modelar, em todos os tempos e em todos os lugares, pela vontade dos detentores do poder e pelos interesses que ela visa a resguardar”⁷⁵². Assim como o Direito, o processo não se imuniza a essa curvatura.

A economia e o mercado são amparados pelo Estado, pelo quadro

jurídico institucional, empregando técnicas de poder sobre condutas e subjetividades. A racionalidade do mercado se desenvolve como lógica normativa generalizada, em que, mesmo o neoliberalismo, “o verdadeiro motor da história continua a ser o poder do capital, que subordina o Estado e a sociedade, colocando-os a serviço de sua acumulação cega”⁷⁵³. O jurídico faz parte das relações de produção e molda-as em seu interior.

As regras processuais têm um impacto significativo no resultado do litígio, impõem custos e afeta o valor da recuperação ou do crédito sobre o qual opera e também exerce um efeito prospectivo sobre os valores esperados de créditos futuros⁷⁵⁴.

Portanto, por meio de escolhas seletivas, os mecanismos processuais podem ser utilizados em proveito das classes dominantes, seja como as regras são concebidas, seja no modo de sua aplicação, sinalizando um elemento de funcionamento do sistema que informa o quê e a quem o processo irá tutelar ou não⁷⁵⁵.

⁷⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 314-316.

⁷⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 7, jan./jun. 1995, p. 198.

⁷⁵³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 19, 21, 23-25, 27 e 34.

⁷⁵⁴ LEVY, Inbar. Simplifying Legal Decisions: Factor Overload in Civil Procedure Rules.

Melbourne University Law Review, Melbourne, v. 41, 2017, p. 733 e 734.

⁷⁵⁵ À luz da codificação revogada, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirmava que as “classes dominantes legaram-nos um CPC de alto conteúdo técnico, incorporando as mais modernas conquistas científicas, mas, *intencionalmente*, esqueceram de atender aos graves problemas de organização judiciária, de administração forense, de efetiva assistência judiciária aos pobres e, no fundamental, de prover o Judiciário com verbas próprias e adequadas ao desenvolvimento do seu grave

3.2 COLHENDO EXEMPLOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: A QUEM É “DEVIDO” O PROCESSO LEGAL?

Casos semelhantes não deveriam ser processados de acordo com regras e técnicas processuais semelhantes? Existem procedimentos especiais que prestigiam determinado interesse e sejam dispensáveis ao sistema?

É cediço que o direito processual não pode contentar com um único procedimento ou forma de tutela. Diante da impossibilidade de rito padrão, as escolhas do design procedimental são feitas para atingir certos objetivos e inclusive responder questões particulares. Nem sempre critérios jurídico-dogmáticos ditam as nuances dos procedimentos para a obtenção da tutela jurídica, decorrendo de razões variadas que são ocultadas ou justificadas por escolha política na criação de mecanismos processuais diferenciados. Embora parte dos procedimentos considerados especiais possam ser identificados como expressão dos diferentes direitos, existem outros provenientes de pressões particularizadas. A ação de grupos mais organizados pressiona para que seus direitos sejam protegidos

mediante técnicas e ritos diferenciados. Como nem todos indivíduos ou variações de direito material são atendidos pelo mesmo procedimento, isso poderia romper a proclamada isonomia⁷⁵⁶.

Coloca-se em debate para ilustrar o Decreto-Lei nº 70/1966, que disciplina a execução extrajudicial de cédulas hipotecárias em proveito às instituições financeiras e companhias de seguro. Em caso de inadimplemento da dívida hipotecária, o art. 29 prevê que o credor poderá, à sua escolha, se valer da execução judicial contemplada no CPC ou do procedimento extrajudicial regulado nos arts. 31 a 38 do aludido Decreto-Lei. De modo similar, a Lei nº 9.514/1997 regulamenta a execução extrajudicial de dívidas provenientes de contratos de mútuo garantidos por alienação fiduciária de imóvel.

A busca e apreensão em alienação fiduciária, que se desenvolve em processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior (art. 3º do Decreto-Lei nº 911/1969), e a execução extrajudicial de crédito hipotecário (Lei nº 5.471/1971) similarmente podem ser lembrados como exemplos de tutela privilegiada a

mister” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, 1985, p. 80 – destacou-se).

⁷⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador:

Juspodivm, 2018, p. 16 e 26-31. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 61-89, jun. 2012. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

favorecer um determinado tipo de crédito⁷⁵⁷.

No delineamento das estruturas processuais de satisfação de créditos, judiciais ou extrajudiciais, o legislador se insere no espaço de conflito entre posições jurídicas: de um lado, o direito ao crédito e, do outro, o direito à propriedade privada⁷⁵⁸. Diante dessa alternativa, os procedimentos protegem certos valores, interesses ou grupos, podendo servir especialmente às classes dominantes. Acentua Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

As contendas mais sensíveis, que ponham em jogo os valores de maior interesse para as classes dominantes, essas escapam ao rito demorado e ineficiente, prolongado e desastroso. Para esses litígios criaram-se, simplesmente, procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento do tão

*decantado princípio da igualdade das partes no processo, gerando-se, com isso, dupla desigualdade: desigualdade de procedimento e desigualdade no procedimento*⁷⁵⁹.

Como se percebe, a própria engenharia dos procedimentos e a das respectivas tutelas ocultam interesses e, por isso, precisa ser vigiada para evitar que se transforme em perversidade. Dito de outra forma: o processo acaba definido questões relevantes, emaranhando em uma rede de privilégios e desigualdades, expressando os interesses e aspirações do grupo social dominante. Isso nos conduz a refletir sobre o que o processo seleciona e para quem é feita essa escolha (ou, em última análise, a quem é “devido” o processo legal?).

Outro exemplo a ser mencionado é o art. 333 do CPC, que foi vetado⁷⁶⁰ e

⁷⁵⁷ Nessa toada, Laércio Alexandre Becker afirma que a celeridade do processo civil e da prestação jurisdicional não pode minar os fundamentos da democratização do processo. Por isso, ele sustenta a inconstitucionalidade dos procedimentos especiais dos Decretos-Leis nº 70/66, 167/67, 413/69, 911/69 e seu prolongamento no Sistema Financeiro Imobiliário (BECKER, L. A. Sobre a incerteza e o conteúdo ético do processo civil. In: *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 316 e 317).

⁷⁵⁸ SILVA, Paula Costa e. A constitucionalidade da execução hipotecária do Decreto-lei 70, de 21 de novembro de 1966. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, out. 2018, p. 185-209.

⁷⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, 1985, p. 81.

⁷⁶⁰ O veto alcançou também o inciso XII do art. 1.015 do CPC, tendo por justificativa a mensagem nº 56/2015: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB”. Ocorre que os mecanismos para tratar da litigância repetitiva foram estruturados para reunir demandas e julgar algumas delas por amostragem, aplicando a mesma tese aos demais processos que ficam suspensos. As ações são individuais e as decisões somente produzem efeitos *inter partes*. Quanto às razões da OAB para o veto, as ações coletivas não trazem proveito aos advogados. Uma única

disciplinaria o incidente de coletivização das demandas individuais⁷⁶¹. Sem adentrar às várias críticas formuladas pela doutrina, é possível detectar a proibição de coletivização de demandas individuais para proteção dos direitos individuais homogêneos que estaria contida no § 2º como uma regra processual destinada a atender os interesses dos detentores do poder econômico. Negar a coletivização das demandas individuais que veiculam tutela individual homogênea, de forma que a decisão judicial tenha potencial de atingir atores externos ao processo, mantém o problema do processamento apartado de milhares de demandas individuais repetitivas. Representa, de resto, a insuficiência de tutela jurisdicional adequada para esse tipo de pretensão, que geralmente envolve

pequena quantia de dinheiro em litígio, implicando em pouca proposição de ações individuais dessa espécie.

Acima de tudo transparece, como constata Elton Venturi, “a marca indelével do poderoso lobby de grupos políticos e econômicos que, por via do uso de exacerbação conceitual (travestida de técnica processual), mais uma vez lograram inibir o pleno funcionamento do sistema de tutela coletiva nacional”⁷⁶². Isso porque autorizar a conversão de uma ação em que o consumidor discute sobre a validade da cláusula de determinada tarifa bancária ou telefônica “seria extremamente desvantajoso às grandes empresas que operam o sistema bancário e o setor telefônico, em razão da iminência de condenações milionárias”⁷⁶³.

demanda coletiva resolveria o problema da multiplicidade de ações individuais, privando os advogados de seus honorários por milhares de causas esfaceladas. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. A coletivização de ações individuais após o veto. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: RT, 2015. p. 19-24.

⁷⁶¹ De acordo com a regra projetada, durante a tramitação de uma demanda individual cujo objeto pudesse ter transcendência transindividual, o juiz estaria autorizado a converter a demanda individual em demanda coletiva, a fim de que a decisão pudesse alcançar eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*.

⁷⁶² VENTURI, Elton. O problema da “representação processual” das associações civil na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 255, mai. 2019, p. 277-290. Diversamente, José Rogério Cruz e Tucci concorda com o veto ao art. 333 do CPC,

“porquanto ofensivo às garantias do devido processo legal, bem como se descortina como exemplo emblemático de processo autoritário” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Contra o processo autoritário*. In: *O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 277 e 278).

⁷⁶³ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015, das razões do veto da presidente da república e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 389-409, ago. 2017. Disponível em <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1669>. Acesso em 22 abr. 2022. Outras hipóteses de aplicação do incidente de coletivização podem ser mencionadas, como as discussões sobre a cobrança de tributos e cobertura em contratos de seguro saúde, que propiciariam tratamento uniforme a todos os interessados (contribuintes e segurados).

3.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA ARQUITETURA DOS PROCEDIMENTOS

Essas constatações suscitam questionamentos sobre o que fazer para preservar os direitos das partes em condições desfavorecidas. É possível reverter a lógica da seletividade em proveito de interesses menos favorecidos? De que forma o Poder Judiciário poderia atuar sobre as regras processuais para efetivamente assegurar a igualdade entre as partes?

A igualdade desponta-se como valor de grandeza que penetra no processo. Além do legislador, a significação prática da lei provém da confrontação entre diferentes categorias de intérpretes voltadas ora para a elaboração puramente teórica, ora para avaliação prática de um caso particular, reunindo ainda interesses divergentes e mesmo opostos⁷⁶⁴. Nesse labor, a doutrina e o Poder Judiciário possuem a responsabilidade de neutralizar as desigualdades que porventura existam ou possam existir na arquitetura dos procedimentos⁷⁶⁵.

Mais uma vez, o reconhecimento de direitos materiais depende da existência de instrumentos processuais

que permitam ao litigante obter sua proteção judicial de maneira efetiva.

Nesse cenário, convém mencionar que o art. 16 da Lei nº 7.345/1985, modificado pela Lei nº 9.494/1997, estabeleceu limitação territorial para alcance da coisa julgada *erga omnes* na ação coletiva. Referida alteração normativa atuava na contramão da proteção aos direitos metaindividuais e criava condições propícias para os grandes empresários e instituições financeiras, pois estes poderiam se beneficiar de atos ilícitos praticados no mercado nacional contando com a inércia dos legitimados coletivos quantas sejam as comarcas e subseções judiciárias do país⁷⁶⁶.

No RE 1.101.937/SP, o STF declarou a inconstitucionalidade da norma⁷⁶⁷. Em seu voto, o relator Ministro Alexandre de Moraes afirma que a modificação legislativa pretendeu fracionar por células territoriais a defesa dos interesses supraindividuais ao limitar os efeitos da decisão unicamente aos titulares do direito pleiteado residentes no território do órgão jurisdicional prolator do *decisum*. Tal situação levaria “a propositura de tantas demandas quanto fossem os territórios em que residem as pessoas lesadas,

⁷⁶⁴ BOURDIEU, Pierre. A força do Direito: elementos para uma sociologia no campo jurídico. In: *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989, p. 216-218 e 224.

⁷⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 59.

⁷⁶⁶ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Nota Técnica nº 1/2020 – PRESI*. Nota

técnica sobre o tema de Repercussão Geral 1.075: limites territoriais da coisa julgada coletiva. Disponível em

https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/dezembro/Nota_Tecnica_do_GT_da_Presidencia.pdf Acesso em 13 jul. 2022.

⁷⁶⁷ STF, RE 1101937, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-113 divulg 11-06-2021 public 14-06-2021.

acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça”⁷⁶⁸. Protegeu-se, ao exercer a jurisdição constitucional, a vulnerabilidade dos detentores do direito coletivo reclamado.

Há, porém, outros casos que afetam o sistema de proteção processual apontando para o proveito dos grandes empresários⁷⁶⁹. São julgamentos que, a pretexto de aplicação das regras processuais, contêm soluções atrativas aos seus interesses.

No REsp 1.801.518/RJ, o STJ examinou a legitimidade ativa do Ministério Público para promover a execução coletiva em proveito dos consumidores lesados. No caso versado, o Ministério Público fluminense propôs ação civil pública contra uma grande incorporadora imobiliária pedindo a declaração de nulidade da cláusula, presente nos contratos de compra e venda de imóveis, de retenção de parcelas pagas e a restituição do indébito em favor de todos os

consumidores prejudicados. Sem prejuízo da execução residual prevista no art. 100 do CDC, a Corte argumentou que os direitos são individuais homogêneos, restritos ao âmbito patrimonial e disponível de cada um dos consumidores lesados, razão pela qual comportam apenas execução individual na fase de cumprimento de sentença. Acrescentou que o interesse social que justificaria a atuação do *Parquet*, à luz do art. 129, inc. III, da CF, está vinculado ao núcleo de homogeneidade do direito, cuja controvérsia se encontra superada na etapa de execução. Em virtude dessa particularidade, concluiu existir óbice à atuação do Ministério Público na promoção da execução coletiva⁷⁷⁰.

Outro caso apreciado pelo Tribunal da Cidadania, igualmente antagônico à efetividade da tutela coletiva, consistiu em uma ação rescisória proposta pelo Banco do Brasil contra a Associação Paranaense de Defesa do Consumidor (Apadeco) com a finalidade de rescindir o acórdão do próprio STJ⁷⁷¹. A decisão a ser rescindida

⁷⁶⁸ Em posição contrária, restou vencido o Ministro Marco Aurélio, para quem a norma seria compatível com o Texto Constitucional: “Admitir o caráter amplo de decisão proferida, por certo Juízo, em ação civil pública, reconhecendo-se os efeitos sobre controvérsias análogas em todo o território nacional, além de contrariar o preceito constitucional relativo ao acesso à justiça – artigo 5º, inciso XXXV –, compromete a legitimidade do pronunciamento, muitas vezes distante da realidade da causa, em prejuízo dos jurisdicionados”.

⁷⁶⁹ Sérgio Cruz Arenhart afirma que “parece evidente que a desarticulação da tutela coletiva no Brasil caminha em benefício de alguém. Sem dúvida, há quem se beneficie da falta de tutelas jurisdicionais eficientes, e conta com essa falta

para insistir em violar direitos e interesses. Infelizmente, também, esses interesses contam com quem os defenda, seja no Congresso Nacional, seja em outras vias institucionais, seja em doutrina, e isso também colabora para que não se consiga implementar de fato tutela coletiva adequada de interesses individuais” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: RT, 2014. E-book).

⁷⁷⁰ STJ, REsp 1801518/RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021.

⁷⁷¹ STJ, AR 4962/PR, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, julgado em 23/06/2021, DJe 03/08/2021.

entendeu ser válida a determinação judicial para que a execução de sentença de ação civil pública se realizasse mediante depósito direto em conta pelo próprio Banco dos valores devidos aos clientes diante da dificuldade de localizar todos os possíveis beneficiários. Na petição inicial, o Banco apresentou os seguintes argumentos: (i) o Juízo desfigurou *ex officio* a natureza do provimento jurisdicional para dar eficácia mandamental à decisão em desconformidade com a coisa julgada; (ii) uma obrigação de dar dinheiro estaria sendo transformada em obrigação de fazer depósito, descaracterizando o dispositivo da própria sentença de mérito transitada em julgado; e (iii) o cumprimento da condenação genérica deverá ser precedido por uma fase de liquidação.

Acolhendo as razões da instituição financeira, o Tribunal afirmou que o comando judicial transitado em julgado encerrava obrigação de pagar quantia certa a ser apurada em liquidação de sentença, e não de caráter mandamental. Em contraste com esse comando transitado em julgado, o Juízo decidiu, ao proceder à execução, atribuir eficácia mandamental à decisão e determinar ao Banco o depósito em nome dos poupadores a importância a que foi condenado a pagar, sob pena de

multa. Na sequência, declarou a ofensa do acórdão rescindendo aos arts. 95, 98, caput e § 1º, do CDC para impor prévia liquidação de sentença a que condena ao pagamento de expurgos em caderneta de poupança. Considerou-se, assim, que a liquidação e a execução da sentença coletiva são medidas imprescindíveis para a satisfação dos direitos individuais homogêneos, frustrando outras formas de cumprimento da decisão.

Por último, quanto à mencionada expropriação extrajudicial de dívida hipotecária prevista no Decreto-Lei nº 70/1966, a maioria do STF deliberou, ao julgar o RE 627.106/PR, pela constitucionalidade da norma. Conforme o voto do relator Ministro Dias Toffoli, o “procedimento não é realizado de forma aleatória e se submete a efetivo controle judicial, em ao menos uma de suas fases, sendo certo que o devedor é intimado a acompanhá-lo, podendo impugnar, inclusive no âmbito judicial, o desenrolar do procedimento, se irregularidades vierem a ocorrer durante o seu trâmite”⁷⁷². O resultado desse *decisum* provavelmente repercutirá no julgamento do RE 860.631/SP, também com repercussão geral reconhecida⁷⁷³ e que, de acordo com a movimentação processual datada de 18/04/2022, encontra conclusos ao relator, destinado à

⁷⁷² STF, RE 627106, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-113 divulg. 11/06/2021 public. 14/06/2021. Firmou-se a seguinte tese: “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento

de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66” (Tema 249 da Repercussão Geral).

⁷⁷³ STF, RE 860631 RG, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, acórdão eletrônico DJe-022 divulg. 06/02/2018 public. 07/02/2018.

discussão sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.514/1997.

Como se vê, decisões judiciais que interpretam as normas processuais podem modelar conceitos de direito processual, acarretando a criação de áreas específicas destinadas a salvaguardar ou obstruir determinados interesses, assim como exacerbar as dificuldades e os altos custos suportados por um dos polos da relação jurídica processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pretendeu (e nem teria condições) estruturar uma visão capaz de penetrar inteiramente sobre o universo processual, capaz de ser receptivo a propostas oriundas de outros domínios científicos, mas apenas despertar a realidade do processo que está longe de ser apreendida exaustivamente por uma esmerada técnica⁷⁷⁴.

A perspectiva traçada ao longo das linhas aponta para uma dependência estrutural, não exclusiva, do Estado com o modo capitalista. A estrutura e função do processo civil acomodam-se, em diversas oportunidades, aos ideais capitalistas e envolvem uma seletividade que não é aparente, obscurecendo sobre quem e quais direitos serão tutelados na contraposição dialética desprovida de paridade de forças.

Mas o Estado também possui relativa autonomia ao gerar situações que parecem ser (e, às vezes, são) contrários aos anseios das classes dominantes, visto que possui um interesse institucional e dependente de um nível de legitimação popular. Dessa constatação sobressaem circunstâncias em que o processo civil e o direito material se apresentam em benefício da classe dominada. Os aparatos jurídicos favoráveis à classe dominada decorrem da circunstância de que as decisões estatais são complexas, fruto do entrelaço de forças, podendo o Estado fazer tudo desde que não comprometa o modo capitalista.

Portanto, no processo judicial, a seletividade conduz a uma complexidade proveniente de adequação necessária dos interesses à estrutura do Estado, do capitalismo e do Direito. Ter plena consciência da estrutura, função e do caráter seletivo do processo, incluindo os critérios que os legitimam, pode contribuir para aprimoramento funcional do sistema que fornece vantagens e desvantagens aos litigantes.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Michael R. Access to justice and legal process: making legal institutions responsive to poor people in LDCs. *Working paper series*, 178.

Barbosa. Dimensiones sociales del proceso civil. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, v. 6, n. 6, 1987, p. 111-113.

⁷⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, n. 31, jan./jun. 1990, p. 46-48, 54 e 55. MOREIRA, José Carlos

- Brighton: IDS, 2003. Disponível em <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/3969> Acesso em 22 jun. 2022.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2014. E-book.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Legitimidade do poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 22, n. 86, p. 13-28, abr./jun. 1985.
- BECKER, L. A. Sobre a incerteza e o conteúdo ético do processo civil. In: *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 285-339.
- BECKER, Laércio A.; MARINONI, Luiz Guilherme. Influência das Relações Pessoais sobre a Advocacia e o Processo Civil. In: *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 449-480.
- BONE, Robert G. *Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. A força do Direito: elementos para uma sociologia no campo jurídico. In: *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Nota Técnica nº 1/2020 – PRESI*. Nota técnica sobre o tema de Repercussão Geral 1.075: limites territoriais da coisa julgada coletiva. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/dezembro/Nota_Tecnica_do_GT_da_Presidencia.pdf Acesso em 13 jul. 2022.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 860631 RG, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, acórdão eletrônico DJe-022 divulg 06/02/2018 public 07/02/2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1101937, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico repercussão geral – mérito DJe-113 divulg. 11/06/2021 public. 14/06/2021.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 627106, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2021, processo eletrônico repercussão geral – mérito DJe-113 divulg. 11/06/2021 public. 14/06/2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1801518/RJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 14/12/2021, DJe 16/12/2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AR 4962/PR, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, julgado em 23/06/2021, DJe 03/08/2021.
- CAMARGO GOMES, Adriano; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 141-160, out./dez. 2016.
- CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015, das razões do veto da presidente da república e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 389-409, ago. 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

- CARCOVA, Carlos Maria. *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012.
- CHASE, Oscar. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- FISS, Owen. Contra o Acordo. In: *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução e coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004. p. 121-145.
- GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal chance. *Law & Society Review*, Amherst, v. 9, n. 1, Litigation and Dispute Processing: Part One, p. 95-160, 1974.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A coletivização de ações individuais após o veto. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: RT, 2015. p. 19-24.
- LEVY, Inbar. Simplifying Legal Decisions: Factor Overload in Civil Procedure Rules. *Melbourne University Law Review*, Melbourne, v. 41, p. 727-757, 2017.
- MAGALHÃES, Pedro T. *The Legitimacy of Modern Democracy: A Study on the Political Thought of Max Weber*, Carl Schmitt and Hans Kelsen. Nova Iorque: Routledge, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.
- MARTINEZ-FERRO, Hernán. Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del estado de Max Weber. *Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 12, n. 1, p. 405-427, jun. 2010. Disponível em http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792010000100018&lng=en&nrm=iso. Acesso em 14 jan. 2022.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 7, p. 197-208, jan./jun. 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 46-55, jan./jun. 1990.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Dimensiones sociales del proceso civil. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, v. 6, n. 6, p. 111-120, 1987.
- OFFE, Claus. Dominação de classe e sistema político. Sobre a seletividade das instituições políticas. In: *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 140-177.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 33, p. 79-85, 1985.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RAGONE, Álvaro Pérez. El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 41, p. 255-283, jul./dez. 2018.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 61-89, jun. 2012.
- SILVA, Paula Costa e. A constitucionalidade da execução hipotecária do Decreto-lei 70, de 21 de novembro de 1966. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 284, p. 185-209, out. 2018.
- TARUFFO, Michele. Ideologie e teorie della giustizia civile. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, n. 1, p. 293-304, jan./jun. 2015.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Contra o processo autoritário. In: *O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 267-282.
- VENTURI, Elton. O problema da “representação processual” das associações civil na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 255, p. 277-290, mai. 2019.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos de uma sociologia compreensiva, vol. 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2004.
- WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber: sociologia*. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2003.

O OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTÁVEL (ODS) 16 (PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES) E A RESOLUÇÃO 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) ENQUANTO POLÍTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA DE ACESSO À JUSTIÇA^{775 776}

THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOAL (SDG) 16 (PEACE, JUSTICE, AND STRONG INSTITUTIONS) AND RESOLUTION 125/2010 OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE (CNJ) AS A BRAZILIAN JUDICIAL POLICY FOR ACCESS TO JUSTICE

Fabiana Marion Spengler

Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, professora universitária; mediadora; autora de diversos livros e artigos científicos. Sobradinho, Rio Grande do Sul, Brasil. fabiana@unisc.br.

RESUMO: A Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu, em 2015, 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) com o intuito de superar alguns dos grandes desafios mundiais da atualidade. Esses objetivos formaram a “Agenda 2030” que compromissou os países integrantes da Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável. A Agenda 2030 se transformou na principal referência quanto a formulação e implementação de políticas públicas para governos ao redor do mundo. O presente texto aborda o acesso à justiça no Brasil partindo da autocomposição (mediação e conciliação) que é mecanismo de resolução de conflitos

previsto na Resolução 125/2010 do CNJ. O problema norteador da presente pesquisa questiona: a Resolução 125/2010 do CNJ é política judiciária brasileira de acesso à justiça, oferecendo mecanismos de implementação e cumprimento do ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), especialmente quando a meta 16.3 (promover o Estado de Direito e garantir a igualdade de acesso à justiça)? Para fins de responder ao problema de pesquisa o método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Como método de procedimento utilizou-se o método monográfico, objetivando analisar a Resolução 125/2010 do CNJ enquanto política judiciária brasileira de acesso à

⁷⁷⁵ Artigo recebido em 22/11/2023 e aprovado em 17/04/2024.

⁷⁷⁶ Pesquisa resultante do projeto “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 07/2021 - PqG – Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa B - Grupos Consolidados.

justiça que oferece mecanismos de implementação e cumprimento do ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), especialmente quando a meta 16.3. Ao final, conclui-se, que a Resolução 125/2010 do CNJ é uma política judiciária nacional que objetiva proporcionar o acesso à justiça pela prática de mecanismos autocompositivos de resolução de conflitos, observando o ODS 16 e sua meta 16.3. Porém para que seja possível afirmar que a Resolução 125 vem cumprindo com o ODS 16, meta 16.3, faz-se necessário avaliá-la e essa é uma fragilidade significativa uma vez que se observa que a avaliação não existe de forma sistemática, e que o formato aplicado, por tempo exíguo, não permite uma adequada participação social.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução 125/2010 CNJ; ODS 16; acesso à justiça; política publicação; política judiciária; avaliação.

ABSTRACT: In 2015, the United Nations (UN) established 17 Sustainable Development Goals (SDGs) with the aim of overcoming some of today's major global challenges. These objectives formed the "2030 Agenda" that committed the countries participating in the United Nations Summit on Sustainable Development. The 2030 Agenda has become the main reference for the formulation and implementation of public policies for governments around the world. This text addresses access to justice in Brazil based on self-composition (mediation and conciliation), which is a conflict

resolution mechanism provided for in the CNJ Resolution 125/2010. The guiding problem of this research questions: Resolution 125/2010 of the CNJ is a Brazilian judicial policy on access to justice, offering mechanisms for the implementation and fulfillment of SDG 16 (Peace, Justice and Effective Institutions), especially when target 16.3 (promote the rule of law and guarantee equal access to justice)? For the purpose of answering the research problem, the approach method used was deductive. As a method of procedure, the monographic method was used, aiming to analyze CNJ Resolution 125/2010 as a Brazilian judicial policy on access to justice that offers mechanisms for implementing and complying with SDG 16 (Peace, Justice and Effective Institutions), especially when the target 16.3. In the end, it is concluded that CNJ Resolution 125/2010 is a national judicial policy that aims to provide access to justice through the practice of self-composing conflict resolution mechanisms, observing SDG 16 and its target 16.3. However, in order to be able to affirm that Resolution 125 is complying with SDG 16, target 16.3, it is necessary to evaluate it and this is a significant weakness since it is observed that the evaluation does not exist in a systematic way, and that the applied format, for a limited time, does not allow for adequate social participation.

KEYWORDS: Resolution 125/2010 CNJ; ODS 16; access to justice; publication policy; judicial policy; assessment

INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu, em 2015, 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) com o intuito de superar alguns dos grandes desafios mundiais da atualidade. Esses objetivos formaram a “Agenda 2030” que compromissou os países integrantes da Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável. A Agenda 2030 se transformou na principal referência quanto a formulação e implementação de políticas públicas para governos ao redor do mundo pois é uma organização referência quanto a implementação de políticas públicas para governos. Trata-se de uma compilação de metas, de norteadores e de perspectivas que foram definidas pela ONU para que a humanidade possa atingir a qualidade de uma vida digna, deixando de comprometer o meio ambiente, preparando um legado saudável para as gerações futuras.

Os 17 ODS são os seguintes: 1. Erradicação da pobreza; 2. Erradicação da fome; 3. Saúde e Bem-Estar; 4. Educação de qualidade; 5. Igualdade de gênero; 6. Água Potável e Saneamento; 7. Energia acessível e limpa; 8. Trabalho decente e crescimento econômico; 9. Inovação e infraestrutura; 10. Redução das desigualdades; 11. Cidades e comunidades sustentáveis; 12. Consumo e produção responsáveis; 13.

Ação contra a Mudança Global do Clima; 14. Vida na Água; 15. Vida Terrestre; 16. Paz, Justiça e Instituições Eficazes; 17. Parcerias e Meios de Implementação⁷⁷⁷.

Destes, interessa ao presente trabalho o ODS de número 16. Paz, Justiça e Instituições Eficazes que pretende “*promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis*”.

Nessa linha de raciocínio, é importante mencionar que acessar a justiça é o caminho legal para garantir, tutelar, reivindicar e proteger direitos. No Brasil, o acesso à justiça ganhou impulso com a Constituição Federal de 1988 que, nos artigos 5º, incisos XXXV, LXXIV e art. 134 garantiu a apreciação dos direitos pelo Judiciário, inclusive de forma gratuita para os hipossuficientes.

O período seguinte à Constituição de 1988 foi de incremento na criação e implantação de políticas públicas de acesso à justiça. Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição, observa-se as dificuldades do cidadão em conhecer/reconhecer o seu direito de acesso à uma ordem jurídica justa, dificuldade essa superada somente pelo exaurimento do Judiciário em oferecer

⁷⁷⁷ Informações complementares sobre os 17 objetivos do ODS podem ser pesquisadas e acessadas em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html#:~:text=>

[=At%C3%A9202030%2C%20reduzir%20significativamente%20os,as%20formas%20de%20crime%20organizado.](#)

respostas adequadas e céleres às demandas judiciais.

Assim, o presente texto abordará o acesso à justiça no Brasil em um recorte que limita a pesquisa ao acesso à justiça estatal; serão abordados relatórios oficiais que informam os números que envolvem essa acessibilidade. Sem ignorar que o acesso à justiça pode ocorrer pela autocomposição (promovida pelo Estatal ou não), o presente texto terá uma abordagem partindo da autocomposição estatal, centrando-se na Resolução 125/2010⁷⁷⁸ do CNJ como mecanismos complementar e consensual de administração de conflitos.

Diante desse cenário, o problema norteador da presente pesquisa questiona: a Resolução 125/2010 do CNJ é política judiciária brasileira de acesso à justiça, oferecendo mecanismos de implementação e cumprimento do ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), especialmente quando a meta 16.3 (promover o Estado de Direito e garantir a igualdade de acesso à justiça)? Para fins de responder ao problema de pesquisa o método de abordagem utilizado foi o dedutivo. Como método de procedimento utilizou-se o método monográfico.

O texto objetiva analisar a Resolução 125/2010 do CNJ é política judiciária brasileira de acesso à justiça, oferecendo mecanismos de

implementação e cumprimento do ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), especialmente quando a meta 16.3

Para atender ao objetivo proposto, respondendo o problema de pesquisa o texto se divide em quatro partes. A primeira delas trata do ODS 16 elaborado pela ONU em 2012 e posteriormente adequado a realidade brasileira. Em um segundo momento o acesso à justiça vem explicitado, especialmente quanto as dificuldades de acesso à jurisdição. Por fim, será abordada a Resolução 125 enquanto política judiciária nacional de acesso à justiça, analisando-as em paralelo as políticas públicas⁷⁷⁹, verificando similitudes e diferenças no seu ciclo de formação, notadamente no momento da avaliação, que será objeto de análise pormenorizada no quarto e último item do texto.

1. O OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTÁVEL (ODS) 16 (PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES) E A REALIDADE BRASILEIRA

O ODS 16, assim como os demais, possui suas metas, e dentre elas faz-se necessário investigar aquela de número 16.3, que, para as Nações Unidas é “*promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.*” Nesse contexto, a ONU estabeleceu como indicadores globais

⁷⁷⁸ A resolução pode ser visualizada no site: <www.cnj.jus.br>.

⁷⁷⁹ É necessário esclarecer que os termos “políticas” e “políticas públicas” aqui serão utilizados como sinônimos, tal como feito por

João Pedro Schmidt (SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.)

“16.3.1 *Proporção de vítimas de violência nos últimos 12 meses que relataram sua vitimização às autoridades competentes ou a outros mecanismos de resolução de conflitos oficialmente reconhecidos (Tier II).* 16.3.2 *Proporção de presos sem sentença em relação ao total da população prisional (Tier I)*”⁷⁸⁰.

Ocorre que o Brasil estabeleceu como meta 16.3 do ODS 16 “*Fortalecer o Estado de Direito e garantir o acesso à justiça às pessoas envolvidas em conflitos, especialmente àquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade*”, tratando-se, essa, de uma meta finalística⁷⁸¹, “cujo objeto relaciona-se diretamente

⁷⁸⁰ Existem outros ODS e metas que têm correlação com a meta 16.3, tais como: ODS 4 (meta 4.7) Meta 4.7 (Nações Unidas) “Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, promoção de uma cultura de paz e não-violência, cidadania global, e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável.” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação*. p. 445. In: <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes/>>. Acesso em 13 de set. 2023. p. 123). Meta 4.7 (Brasil) “Meta mantida sem alteração”. (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação*. p. 445. In: <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes/>>. Acesso em 13 de set. 2023. p. 123) ODS 16 (metas 16.a e 16.b) Meta 16.a (Nações Unidas) (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação*. p. 445. In: <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes/>>. Acesso em 13 de set. 2023. p. 441)” Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao

terrorismo e ao crime” Meta 16. a (Brasil) (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação*. p. 445. In: <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes/>>. Acesso em 13 de set. 2023. p. 441) “Fortalecer as instituições relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência, do crime e da violação dos direitos humanos. Meta 16.b (Nações Unidas) “Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável”. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação*. p. 445. In: <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes/>>. Acesso em 13 de set. 2023. Meta 16.b (Brasil) “Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias e afirmativas.” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação*. p. 445. In: <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes/>>. Acesso em 13 de set. 2023. p. 445).

⁷⁸¹ As metas podem ser finalísticas ou de implementação. Diferente das metas finalísticas, as metas de implementação, conforme documento da Agenda 2030 “referem-se a recursos humanos, financeiros, tecnológicos e de governança (arranjo institucional e ferramentas: legislação, planos, políticas públicas, programas, etc.) necessários

(imediatamente) para o alcance do ODS específico”.

A justificativa para adequação da meta foi torná-la mais próxima da realidade brasileira. Segundo pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada “em 2010, apenas 40% das pessoas em conflito buscavam um meio estatal de solução”. A justificativa segue expondo que um “levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (MJ), de junho de 2016, aponta que cerca de 40% das pessoas privadas de liberdade aguardavam julgamento àquela data, em explícito descumprimento do direito de acesso à justiça e dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência”. E finaliza “além disso, não faz sentido tratar de justiça de forma tão genérica, uma vez que o acesso à justiça não é, de fato, um problema para todos. Ademais, a agenda de Estado deve se concentrar, sobretudo, em garantir o acesso à justiça aos segmentos mais vulneráveis”.⁷⁸²

Por outro lado, a taxa de congestionamento⁷⁸³ do Judiciário Brasileiro chegou, conforme o Relatório

Justiça em Números de 2021, ao percentual de 75% na Justiça Estadual, 60% na Justiça do Trabalho, 73% da Justiça Federal e 52% na Justiça Eleitoral. Conforme o Relatório Justiça em Números a taxa de congestionamento do Poder Judiciário “oscilou entre 70,6% no ano de 2009 e 73,4% em 2016. A partir desse ano, a taxa cai gradativamente até atingir o menor índice da série histórica no ano de 2019, com taxa de 73%. Em 2020, houve aumento na taxa de congestionamento na ordem de 4,3 pontos percentuais, voltando ao patamar de 2015⁷⁸⁴.”

Percebe-se, então, que no pós pandemia os índices de produtividade baixaram alguns pontos percentuais o que contribuiu para elevar a lentidão na resposta jurisdicional. Infelizmente, as iniciativas até o momento existentes ainda não atingiram as metas pretendidas uma vez que o acesso à justiça pela via estatal não tem alcançado melhores resultados nos últimos anos. Essa constatação se aplica ao ODS 16 e sua meta brasileira.

Para que o ODS 16 e sua meta 16.3 sejam atendidos, 06 órgão

ao alcance dos ODS.” INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação*. In: <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes/>>, p. 442. Acesso em 13 de set. 2023.

⁷⁸² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação*. In: <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes/>>. p. 422 Acesso em 13 de set. 2023.

⁷⁸³ Taxa de Congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram

pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Também chamado de *congestion rate*. Cumpre informar que, de todo o acervo, nem todos os processos podem ser baixados no mesmo ano, devido a existência de prazos legais a serem cumpridos, especialmente nos casos em que o processo ingressou no final do ano-base. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça*. – Brasília: CNJ, 2021).

⁷⁸⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça*. – Brasília: CNJ, 2021, p. 127

governamentais implementaram ações:

a) Ministério dos Direitos Humanos (Diretoria de Proteção e Defesa dos Direitos Humanos e Diretoria de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente); b) Ministério da Cultura (Fundação Palmares) c) Ministério da Justiça (Secretaria Nacional de Justiça e Funai); d) Ministério Extraordinário de Segurança Pública (Departamento Penitenciário Nacional); e) Casa Civil

(Incra); f) Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) (Ouvidoria-Geral da União)⁷⁸⁵.

Nesse sentido, o Ipea ofereceu subsídios ⁷⁸⁶ para o processo de construção dos indicadores nacionais, que foi iniciado no segundo semestre de 2018. Até o final de 2022 o Brasil esteve cada vez mais distante do cumprimento dos ODS que foram pactuados em 2015 e que deverão ser executados até 2030. Além do atraso no cumprimento dos objetivos, o Brasil tem outro problema: não existem informações seguras sobre todos os Setores. O “V Relatório Luz não conseguiu dados sobre 4,76% das metas avaliadas.”⁷⁸⁷

⁷⁸⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação*. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes/>>. p. 423-425. Acesso em 13 de set. 2023.

⁷⁸⁶ 1) Proporção de pessoas envolvidas em conflitos, nos últimos doze meses, que recorreram a autoridades competentes ou a outros mecanismos de resolução de conflitos oficialmente reconhecidos; 2) Taxa de cumprimento de sentença (total de ações cumpridas sem que seja necessária execução); 3) Tempo médio de tramitação de ações de execução; 4) Proporção de comarcas dotadas de unidades de defensoria pública estadual; 5) Proporção de circunscrições da Justiça Federal dotadas de unidades da Defensoria Pública da União; 6) Adolescentes privados de Liberdade em Unidades Provisórias em período superior a 45 dias; 7) Proporção de presos em prisão provisória, acima de um ano; 8) Proporção de estabelecimentos penitenciários atendidos por serviços de representação legal gratuitos (defensoria pública ou entidades similares); 9) Proporção de unidades socioeducativas atendidas por serviços de representação legal gratuitos (defensoria pública ou entidades similares); 10) Taxa de presos por vaga; 11)

Proporção de presos por crimes sem violência ou grave ameaça; 12) Proporção de presos por crimes sem violência ou grave ameaça; 13) Proporção de estados que contam com corregedorias de polícia não vinculadas hierarquicamente às instituições policiais; 14) Proporção de estados que contam com órgãos integrantes do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; 15) Tempo médio de tramitação dos pedidos de refúgio recebidos pelo Estado brasileiro (verificar os processos concluídos num ano e fazer uma média do tempo de tramitação). INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – *Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação*. Disponível em

<<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes/>>. p. 423-425. Acesso em 13 de set. 2023.

Observando alguns dos subsídios fornecidos pelo IPEA (listados acima), percebe-se que o de número 01 diz respeito especialmente à Resolução 125/2010 do CNJ, que é política judiciária nacional de acesso à justiça e cuja análise acontecerá no decorrer do texto.

⁷⁸⁷ BRASIL DE FATO. *Brasil está atrasado em mais de 80% das metas de desenvolvimento sustentável da ONU, 30 de Junho de 2022*. Disponível em:

Prova disso é a afirmativa do V Relatório Luz⁷⁸⁸ que aponta: “ao longo da gestão presidencial em curso, o país segue aprofundando retrocessos, como evidencia a análise do ODS 16”. O relatório vai além apontando que o ODS 16 “tem dez das suas 12 metas em retrocesso, uma estagnada e outra ameaçada, e para a qual não há dados oficiais atualizados em 18 dos seus 22 indicadores.” Essa informação demonstra que as políticas públicas necessárias para cumprir o ODS 16 e suas metas, especialmente a meta 16.3, encontram-se ameaçadas por uma série de fatores tais como o cenário político/econômico, as questões sociais, culturais e históricas do Brasil atual⁷⁸⁹. Essas questões requerem, cada vez mais, um maior monitoramento da sociedade civil.

Preocupante é a conclusão do V Relatório Luz⁷⁹⁰ no que diz respeito a meta 16.3. Os números oficiais atualizados dizem respeito somente “a pessoas presas provisoriamente e os dados indicam piora: o percentual subiu de 29,81% em 2020 para 30,75% em 2021”. Não se encontram dados de 2021 sobre “proporção de vítimas de violência que procuraram a polícia ou sobre disputas mediadas por mecanismos formais ou informais de resolução de conflitos”. Nesse aspecto, os dados mais recentes são de 2010, o que dificulta significativamente a gestão apropriada das políticas judiciais. Consequentemente, o relatório conclui que “a meta, avaliada como ameaçada no V Relatório Luz, encontra-se em retrocesso.”

<https://www.brasildefato.com.br/2022/06/30/brasil-esta-atrasado-em-mais-de-80-das-metas-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em 13. set. 2023.

⁷⁸⁸ GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030 (GTSC). *V Relatório luz da sociedade civil Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável Brasil*. 2021. chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefndmkaj/https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2021/07/por_rl_2021_completo_vs_03_lowres.pdf, acesso em 13 set. 2023.

⁷⁸⁹ Os sucessivos ataques do governo federal e seus aliados/as no Congresso Nacional aos direitos humanos, a ativistas que os defendem e às instituições democráticas – com destaque para o judiciário e a mídia –, as mudanças no ordenamento jurídico e a criminalização de movimentos sociais construíram o cenário de regressão deste ODS. A violência política que caracteriza o país, de tradição colonial e escravocrata, voltou a crescer, a ponto de preocupar organismos internacionais e de levar o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a organizar um

processo inédito de observação internacional às eleições nacionais que ocorrerão em outubro. A presidência da República segue disseminando notícias falsas³, limitando ou bloqueando o acesso a dados oficiais sobre o Estado brasileiro, violando a Lei de Acesso à Informação e atuando para reduzir ou extinguir a participação social no debate político. (GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030 (GTSC). *V Relatório luz da sociedade civil Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável Brasil*. 2021. chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefndmkaj/https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2021/07/por_rl_2021_completo_vs_03_lowres.pdf, acesso em 13 set. 2023. p. 88-89).

⁷⁹⁰ GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030 (GTSC). *V Relatório luz da sociedade civil Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável Brasil*. 2021. chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefndmkaj/https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2021/07/por_rl_2021_completo_vs_03_lowres.pdf, acesso em 13 set. 2023. p. 88-89

Diante de tal cenário, é importante que se possa analisar, com serenidade, as políticas judiciárias já implementadas que tenham por objetivo desenvolver o ODS 16, especialmente quanto a meta 16.3, possibilitando ao cidadão um acesso à justiça quantitativamente e qualitativamente mais adequado, exequível e pacificador.

2. A RESOLUÇÃO 125/2010 DO CNJ COMO POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Objetivando definir acesso à Justiça, é importante citar a clássica obra de Cappelletti e Garth que aponta duas possibilidades: a) é um método para alcançar “resultados individuais e socialmente justos”⁷⁹¹ é um método utilizado para reivindicar direitos ou resolver conflitos no contexto estatal. De acordo com os autores, o argumento encontra-se conectado ao “binômio possibilidade-viabilidade de acessar o Sistema Jurídico com isonomia de condições”. Essa “prerrogativa foi democraticamente conquistada pelos cidadãos, sob a forma de Direito Humano básico”⁷⁹².

Além da falta de informação quanto aos seus direitos, o cidadão enfrenta dificuldades de acesso à justiça de ordem econômica, geográfica, cultural e social. Outro dificultador diz respeito a confusão entre os termos

acesso à Justiça e acesso ao Judiciário. Não se tratam de sinônimos uma vez que o acesso ao Judiciário é uma das formas de acesso à justiça; este último, porém, é mais amplo e assegura mais opções de tutela aos direitos do cidadão.

Atualmente jurisdição é conceito amplo, englobando mecanismos estatais e não estatais de resolução de conflitos⁷⁹³. “Entendemos, portanto, que tanto a arbitragem como a justiça consensual integram o conceito de jurisdição (que hoje, conforme visto, caracterizamos como atividade, função e garantia, voltada ao acesso à justiça e à pacificação dos conflitos)”⁷⁹⁴.

Assim, a expressão acesso à Justiça, em seu “conceito amplo”, pode significar: a) acesso ao Judiciário; e b) acessibilidade a uma determinada ordem de valores e de direitos fundamentais para o ser humano. Consequentemente – e conforme já dito –, o acesso à Justiça é mais amplo e complexo, externando mais do que o ingresso mediante ajuizamento da ação (processo) junto ao Judiciário, pois vai além dos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. Então, acessar à Justiça significa ir além do acesso garantido pela Constituição Federal de 1988, alcançando, tutelando e garantido os direitos e as garantias sociais fundamentais, assegurando, ao final, o

⁷⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. p.7. Porto Alegre: Fabris, 2002.

⁷⁹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. p.11. Porto Alegre: Fabris, 2002.

⁷⁹³ SPENGLER, Fabiana Marion. *O pluralismo jurídico e os meios extraestatais de administrar*

conflitos. Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI), v.26, p.293 - 311, 2021.

⁷⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. p.62. Brasília- DF: Gazeta Jurídica, 2016.

acesso a uma “ordem jurídica justa” a todos os cidadãos⁷⁹⁵.

Consequentemente, o acesso à justiça pode se dar pela jurisdição estatal e pela jurisdição não estatal, dos quais o poder judiciário e a arbitragem servem como exemplos, respectivamente. Mas, é possível acessar à justiça por outras “portas⁷⁹⁶”, incluindo-se procedimentos administrativos e/ou mediante negociação envolvendo relações de consumo presenciais ou em plataformas virtuais, dentre outros. O que se observa é que hodiernamente o conceito de acesso à justiça alargou seus horizontes, incluindo mecanismos estatais e não estatais, que podem ser classificados como autocompositivos e heterocompositivos.

A autocomposição é um ato de volitivo das partes no sentido de resolver

o conflito, pode ocorrer por meio da mediação, da conciliação e da negociação, contando ou não com a participação de um terceiro imparcial, que poderá auxiliar nesse processo. Fala-se de autocomposição na medida em que os envolvidos no conflito assumem o risco e a responsabilidade da decisão que tomam, em consenso, ao lhe pôr um fim por meio de transação (acordo), desistência (renúncia a direito), submissão (reconhecimento jurídico do pedido), etc⁷⁹⁷.

Já a heterocomposição é o procedimento mediante o qual as partes contam com a presença de um terceiro para decidir a lide. Esse terceiro imparcial não auxilia e não representa os conflitantes. A arbitragem e a jurisdição podem ser apontadas como os principais procedimentos heterocompositivos. O terceiro

⁷⁹⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. *Dicionário de mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. v. 1 [recurso eletrônico]

⁷⁹⁶ Aqui, a menção a palavra “portas” remete, conforme Spengler (SPENGLER, Fabiana Marion. *Dicionário de mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. v. 1 [recurso eletrônico] p. 162) ao Fórum Múltiplas Portas, ou *Multi-door Courthouse System*, que foi concebido nos Estados Unidos como mecanismo de tratamento dos conflitos, com objetivo de encaminhar a demanda para o procedimento mais adequado, considerando suas peculiaridades. Frank Sander, professor emérito da Universidade de Harvard, na conferência *Varieties of Dispute Processing*, realizada em 1976, defendeu a ideia de introduzir, no âmbito do Poder Judiciário, mecanismos alternativos, antes do ajuizamento da ação ou ainda no curso da lide. Essa proposta nasceu da constatação de que o usuário do Sistema de Justiça de Nova Iorque não estava satisfeito com os serviços prestados pelo Judiciário (SANDER, Frank. *Varieties of Dispute*

Processing. LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. *The Pound conference: Perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. West Publishing Co., 1979). A proposição se caracteriza por integrar, em um único local, vários modos de processamento/tratamento de conflitos. Dessa forma, em vez de apenas uma porta (processo judicial), o Fórum Múltiplas Portas abrange o sistema mais amplo, com vários tipos de procedimentos, aos quais as partes são direcionadas de acordo com a particularidade de seu conflito (SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*. LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. *The Pound conference: Perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. West Publishing Co., 1979).

⁷⁹⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. *Dicionário de mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. v. 1 [recurso eletrônico]

envolvido na heterocomposição pode ser escolhido (arbitragem) ou não (jurisdição) pelas partes. Esse terceiro detém o poder de decidir/julgar o conflito, e sua decisão é vinculativa em relação aos conflitantes. Os meios heterocompositivos são também conhecidos como adversariais, e, neles, as partes podem sair vitoriosas ou não (ganhador x perdedor). Esse é um dos pontos que diferem a heterocomposição da autocomposição⁷⁹⁸

Além disso, faz-se necessário evitar excessos que têm feito o sistema de justiça “operar como um perigoso ‘convite à demanda’ para, realisticamente, reduzir-se a uma cláusula de reserva, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário”⁷⁹⁹. Para que essa mudança seja implementada e gere resultados deve se concentrar em duas premissas: “(i) os conflitos – *inter ou plurissubjetivos* – *constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário;*”⁸⁰⁰ na mesma linha de raciocínio, “(ii) *tais conflitos devem ter solução justa, num bom equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas não*

necessariamente pela via judicial”⁸⁰¹. Os conflitos que não forem decididos pela via judicial poderão ser administrados/tratados/resolvidos “*por meio dos chamados equivalentes jurisdicionais*”⁸⁰², tais como as várias hipóteses auto e heterocompositivas.

É importante referir que o sistema de justiça brasileiro investiu fortemente nos chamados equivalentes jurisdicionais⁸⁰³ ilustrados pelos meios autocompositivos (mediação e conciliação) e heterocompositivo (jurisdição) estatais de resolução de conflitos na última década. Porém, existe um déficit com relação aqueles que podem acontecer fora dos limites geográficos do judiciário e esses precisam ser alvo de maior atenção. Esse movimento é importante e necessário para fins de cumprir o ODS 16 alcançando à população brasileira um acesso à justiça amplo e de qualidade.

A Resolução 125⁸⁰⁴, de 29.11.2010, do CNJ que versa sobre a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos”, não obstante ser datada de 2010 (ou seja, é anterior a instituição dos ODS pela ONU) é uma iniciativa que teve por objetivo estimular e regulamentar o tratamento dos conflitos⁸⁰⁵ por vias não adversariais, mediante a

⁷⁹⁸ Ibidem.

⁷⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. p.83. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2020

⁸⁰⁰ Ibidem.

⁸⁰¹ Ibidem.

⁸⁰² Ibidem.

⁸⁰³ Ibidem.

⁸⁰⁴ Alterada pela Emenda nº 1/2013, pela Emenda nº 2/2016 e pela Resolução nº 290/2019 do CNJ.

⁸⁰⁵ O art. 1º da Resolução afirma: Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução

implementação de mecanismos de pacificação social – mediação e conciliação-, o que pode auxiliar na consecução do ODS 16, especialmente na meta 16.3.

Mais que um meio de acesso à justiça, fortalecedor da participação social do cidadão, a mediação e a conciliação vêm ganhando destaque e fomento do Ministério da Justiça (MJ), da Secretaria de Reforma do Judiciário e do CNJ brasileiros, que apostam na eficiência desses mecanismos no tratamento de conflitos e na pacificação social. Tal se dá porque a mediação e a conciliação cumprem com um objetivo que é tratar de maneira adequada os conflitos sociais pelos próprios conflitantes. Necessitam para serem implementadas da alocação de meios (recursos humanos, treinamento adequado e estrutura) por parte da administração pública.

A principal vantagem da mediação e da conciliação é a reeducação dos conflitantes, dando a eles a noção de que podem (e devem!) tratar seus conflitos de maneira direta e pacífica, sem a intervenção do Estado, ultrapassando o paradigma da sentença para implementar e consolidar o paradigma do consenso e da efetiva pacificação social.

Por conseguinte, os chamados meios equivalentes ou complementares

de acesso à justiça, sejam auto ou heterocompositivo, estatais ou não, precisam ser pensados, criados e depois de aprovados, implementados. Esses mecanismos nada mais são do que políticas públicas criadas para resolver um problema social concreto. Sobre o assunto é o tópico que se desenvolve adiante.

3. POLÍTICA PÚBLICA E POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

As políticas públicas estão diretamente associadas às questões políticas e governamentais que medeiam a relação entre Estado e sociedade⁸⁰⁶. Trata-se de um processo que contém uma série de etapas e regras, cujo objetivo é resolver um problema público.

Na literatura da ciência política existem muitas definições para política pública, mas evidencia-se um conceito: “políticas públicas são respostas do poder público a problemas políticos”⁸⁰⁷. Assim, “as políticas designam iniciativas do Estado (governos e poderes públicos) para atender demandas sociais referentes a problemas políticos de ordem pública ou coletiva”⁸⁰⁸. Consequentemente, as políticas públicas são formas de intervir no cotidiano social, quando necessário,

dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

⁸⁰⁶ CENTRO DE LIDERANÇA PÚBLICA. *Entendendo os conceitos básicos de Políticas Públicas*, 06 de fevereiro de 2019. Disponível em <https://www.clp.org.br/entendendo-os->

[conceitos-basicos-mlg2-de-politicas-publicas-mlg2/](https://www.clp.org.br/entendendo-os-conceitos-basicos-mlg2-de-politicas-publicas-mlg2/), acesso em 14 set. 2023

⁸⁰⁷ SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 122, set/dez. 2018.

⁸⁰⁸ Ibidem.

objetivando efetuar mudanças ou controlar determinada situação.

As políticas públicas também podem ser conceituadas como “um programa ou quadro de ação governamental”, porque consistem num conjunto de “medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”.⁸⁰⁹ Isso significa selecionar prioridades, observando de modo especial, a existência de recursos (humanos, econômicos) para sua consecução e a credibilidade social gerada por sua prática.

Uma política pública pode ser definida como uma “diretriz elaborada para enfrentar um problema público”, especialmente considerando que, no detalhamento de tal afirmação, “uma política é uma orientação à atividade ou à passividade de alguém”, assim, “as atividades ou passividades decorrentes dessa orientação também fazem parte dessa política pública”⁸¹⁰.

Porém, a definição de política pública “é arbitrária” uma vez que não se encontra “homogeneidade de entendimentos entre os estudiosos”, fato ao qual se dá o nome⁸¹¹, de “nó conceitual”. Os autores trabalham com três “nós conceituais”, objetivando responder a três questionamentos básicos que possuem disparidades de respostas⁸¹².

Diante da dificuldade de definição, é possível experimentar a possibilidade de sintetização dizendo que política pública “é um conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político”⁸¹³. Nessa linha de raciocínio, esses são alguns aspectos centrais no debate: a) ações isoladas, ainda que importantes, não configuram uma política pública; b) um conjunto de decisões e ações somente compõe uma política pública quando objetivam resolver um problema político; c) as ações podem ser executadas pelo poder

⁸⁰⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁸¹⁰ SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. *Políticas públicas: conceitos, casos práticos, questões de concursos*. São Paulo: Cengage, 2022.

⁸¹¹ SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. *Políticas públicas: conceitos, casos práticos, questões de concursos*. São Paulo: Cengage, 2022.

⁸¹² “1) políticas públicas são elaboradas exclusivamente por atores estatais? Ou também

por atores não estatais? 2) Políticas públicas também se referem à omissão ou à negligência? 3) Apenas diretrizes estruturantes (de nível estratégico) são políticas públicas? Ou as diretrizes mais operacionais também podem ser consideradas políticas públicas?” (SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. *Políticas públicas: conceitos, casos práticos, questões de concursos*. São Paulo: Cengage, 2022. p.02)

⁸¹³ SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 127, set/dez. 2018.

público ou então delegadas à execução de organizações sociais ou privadas; d) ações de interesse público executadas pela sociedade civil somente constituem uma política pública se integrarem um rol de ações coordenadas pelo Estado, cabendo a esse último coordenar e legitimar o processo político⁸¹⁴.

As políticas públicas podem ainda ser classificadas em políticas de governo e de Estado⁸¹⁵. As primeiras “expressam opções de um governo ou de governos com a mesma orientação ideológica; estão menos enraizadas na institucionalidade estatal e menos legitimadas pelo conjunto das forças políticas.”⁸¹⁶ Já as políticas de estado “expressam opções amplamente respaldadas pelas forças políticas e sociais”. Estas “têm previsão legal e contam com mecanismos e regulamentações para a sua implementação”. As políticas consideradas “inovadoras frequentemente iniciam como políticas de governo e é o enfrentamento vitorioso dos desafios da institucionalização e da legitimação político-social que as levam à condição de políticas de estado”.

Importante referir que as “políticas de estado [...] ‘atravessam’ governos de diferentes concepções ideológicas por estarem entranhadas no aparato estatal e terem ampla legitimação”⁸¹⁷.

Após a breve explanação sobre aspectos conceituais das políticas públicas resta investigar os fatores que determinaram a criação de políticas públicas de acesso à justiça no Brasil. Nesse contexto, a conscientização a respeito da necessidade de se implementar uma política pública que atendesse ao problema social de acesso à justiça começou a tomar forma em face:

3.1 DO “ESTADO DE CRISE” QUE ATINGE A JURISDIÇÃO ESTATAL.

Durante muito tempo debateu-se as crises da jurisdição brasileira – enquanto meio estatal de resolução de conflitos⁸¹⁸ -. Porém, o que se percebe é que as dificuldades ou o exaurimento da jurisdição estatal no Brasil já não podem mais serem chamadas de crise. Salvo melhor juízo, “crise” tal como conhecida na medicina, é algo que acontece e que passa; cura, ou se transforma em uma

⁸¹⁴ Ibidem.

⁸¹⁵ “O processo de racionalização do poder e juridificação das estruturas do Estado leva à diferenciação das noções de Estado e de governo. A explicitação e definição de cada termo é acompanhada da criação de fundamentos filosóficos, num primeiro momento, e regras e estruturas jurídicas, num segundo, que indica o que chamamos de processo de ‘institucionalização.’” (BUCCI; Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2 ed. p.62. São Paulo: Saraiva Educação, 2021).

⁸¹⁶ SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 129, set/dez. 2018.

⁸¹⁷ Ibidem.

⁸¹⁸ Aqui, é necessário ressaltar que a arbitragem é uma forma heterocompositivo com jurisdição não estatal, especialmente considerando que o árbitro é juiz de fato e de direito conforme o art. 18 da Lei 9.307/96.

doença crônica⁸¹⁹. Efetivamente não é o que acontece no Poder Judiciário brasileiro onde a crise se naturalizou, agravando-se, não obstante as iniciativas criadas, no formato de políticas judiciárias, objetivando efetuar a ruptura, gerando transformação.

Assim, analisando uma crise (de qualquer natureza) observa-se em primeiro lugar o sentimento de “incerteza”, nascido da “ignorância quanto a direção que as questões estão prestes a tomar, e, secundariamente, do ímpeto de intervir: de *escolher* as medidas certas e decidir aplica-las com *presteza*”. Quando se faz o diagnóstico de uma situação “*crítica, é exatamente isso que se pretende referir: a conjunção de um diagnóstico e um chamado a ação*”⁸²⁰.

Então, atualmente pode-se dizer que a jurisdição estatal brasileira se encontra em uma longa e prolongada crise, cujos problemas e consequências endêmicas encontram-se naturalizadas, gerando um “estado de crise”. A criação de políticas judiciárias para enfrentamento desse problema pode romper, efetivamente, o velho paradigma, instalando uma nova cultura

para o enfretamento dos conflitos, dirimindo efetivamente a crise.

3.2 COMPLEXIDADE DOS CONFLITOS SOCIAIS.

As atuais relações sociais se tornaram complexas e multifacetadas, o que origina, se dúvidas “ad una fenomenologia sociale che si rivela complessa, originale nelle caratteristiche, e articolata nelle relacions specifiche che possono svilupparsi anche tra due individui o in una pluralità di elementi che non siano comunque riducibili soltanto a una struttura tripartita”⁸²¹.

3.3 INQUIETAÇÕES RESULTANTES DE DIVERSOS MOVIMENTOS, GERADAS POR PROFISSIONAIS JURÍDICOS E DE ÁREAS AFINS, NASCIDAS A PARTIR DE DEBATES ACADÊMICOS, DENTRE OUTROS.

Estas inquietações têm origem inclusive nos relatórios oficiais⁸²² atualmente emitidos e que demonstram as dificuldades da jurisdição estatal em responder de forma adequada -

⁸¹⁹ “Tenho a impressão de que a ideia de “crise” tende hoje a deslocar-se de volta as suas origens médicas. Ela foi cunhada para denotar o momento no qual o futuro do paciente estava na balança, e o médico tinha de decidir que caminho tomar e que tratamento aplicar para levar o doente a convalescência” (BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016).

⁸²⁰ Ibidem.

⁸²¹ Tradução livre: “uma fenomenologia social que se revela complexa, original nas suas

características, e articulada nas relações específicas que podem também desenvolver-se entre dois indivíduos ou numa pluralidade de elementos que não são, contudo, redutíveis apenas a uma estrutura tripartida” (SPENGLER, Fabiana Marion; MAGLIACANE, Alessia. Il terzo e l'altro. verso una visione simmeliana del conflitto. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 35-53, jan./abr. 2020).

⁸²² Relatório Justiça em Números, por exemplo.

qualitativa e quantitativamente - as demandas judiciais. Essas dificuldades se traduzem, na linguagem técnica (juridiquês⁸²³), na morosidade judicial, na burocratização das relações sociais e na formalidade dos procedimentos.

3.4 INICIATIVAS E PRÁTICAS.

Existem iniciativas e práticas distribuídas por todo o país cujos resultados são exitosos e podem ser exemplificadas a partir da lista do Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário⁸²⁴. Essas práticas, em vários momentos acabam se consolidando e servindo de modelo para a implementação de políticas judiciárias de acesso à justiça.

3.5 VONTADE POLÍTICA DOS GESTORES RESPONSÁVEIS.

Tratando-se de políticas públicas de acesso à justiça, especialmente o poder judiciário necessitará tomar a iniciativa para a criação e implementação. A vontade política pode nascer também da taxa de congestionamento que atualmente dificulta o desenrolar processual, causando, também, a morosidade.

Exemplo dessa vontade política é a Resolução nº 125/2010 quando então ocorreu um investimento, por parte do Ministério da Justiça (MJ) e do CNJ, em uma política pública forte, que pretendeu ressignificar o direito de acesso à justiça, objetivando impulsionar, sobretudo, meios autocompositivos, complementares à jurisdição, objetivando resolver conflitos/litígios. Para fins de atender o intento, criou-se a política judiciária nacional de tratamento dos conflitos de interesses.

A partir do momento em que a Resolução 125 entrou em vigor, dispondo sobre a política judiciária nacional de tratamento dos conflitos outra dúvida surgiu: a expressão “política judiciária” é sinônimo de política pública? A política judiciária nacional então criada é, de fato, uma política pública, nos moldes dos conceitos concernentes ao tema?

Antes de responder a indagação, necessário dizer que ao longo de sua existência, o “CNJ se consolidou como órgão central de planejamento e coordenação de políticas judiciárias nacionais” que pretendam “uniformizar, racionalizar e automatizar procedimentos e processos necessários ao aprimoramento da prestação

⁸²³ O termo “juridiquês” é utilizado no Brasil para designar o **uso excessivo do jargão jurídico** e de termos técnicos usados pelos operadores de Direito, como expressões complexas, de escrita difícil e o uso do latim. Conhecida por quem atua na área, este tipo de comunicação possui determinada complexidade para os leigos e pode dificultar o entendimento de quem recebe a mensagem. Com isso, simplificar e desmistificar a linguagem jurídica se torna relevante.

(ANÁLISE. Fim do Juridiquês na Prática Jurídica. Disponível em :<https://analise.com/noticias/fim-do-juridiques-na-pratica-juridica>. Acesso em: 26 set. 2023.)

⁸²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário*. In: <https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal>, acesso em 19.set.2023

jurisdicional”, além de “ampliar o acesso à justiça e contribuir para a efetivação de direitos, a pacificação social e o desenvolvimento do país.”⁸²⁵

Portanto, considerando que o CNJ é o criador e o gestor da política judiciária em comento, necessário informar que, ao tratar do assunto, os conceitos, tipologia, etapas de criação e modelos de processos de política públicas são utilizados para caracterizar os processos de política judiciárias nacionais, ajustando-os às particularidades gerenciais do CNJ e às especificidades de suas políticas⁸²⁶.

Por conseguinte, por política judiciária nacional entende-se aquela “política instituída pelo CNJ, de caráter contínuo ou de vigência determinada, que impulse o desenvolvimento pelos órgãos do Poder Judiciário de programas, projetos ou ações voltadas à efetivação da Estratégia Nacional do Poder Judiciário”⁸²⁷. Na criação de políticas públicas, observa-se o ciclo indicado ao final (anexo).

Considerando que o CNJ utiliza, na criação das políticas judiciárias nacionais, as teorias dispostas no ciclo de políticas públicas tradicional a outras esferas do Estado, é possível identificar as seguintes fases:

3.5.1 Identificação do Problema.

Na identificação do problema, faz-se necessário observar o que não está funcionando e na sequência concluir o que precisa ser resolvido. Assim, “transformar uma situação de dificuldade em problema político é a primeira condição para que uma dada situação gere uma política pública”⁸²⁸. Caracterizar o problema é muito importante na construção de uma proposta de política. Para que essa caracterização aconteça a coleta de evidências torna possível identificar o grau de ocorrência e padrões de regionalidade do problema, além de assinalar seu potencial de gravidade. Tais elementos auxiliam a chamar atenção para a relevância de um problema bem como a urgência na necessidade de uma intervenção⁸²⁹. Considerando a criação de políticas judiciárias de acesso à justiça, um dos problemas poderia ser a morosidade judicial, a taxa de congestionamento dos processos ou a distância geográfica entre o cidadão e o foro.

⁸²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário*. p. 07. Disponível em:

<<https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal/>>, acesso em 19.set.2023

⁸²⁶ Ibidem.

⁸²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário*. p. 07. Disponível em:

<<https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal/>>, acesso em 19.set.2023

⁸²⁸ SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 131, set/dez. 2018.

⁸²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Gestão Estratégica. *Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional. Estratégias de atuação de gestor(a) de Política Judiciária Nacional*, 2021.

3.5.2 Inserção do problema na agenda política.

Que “*pode ser definida como o elenco de problemas e assuntos que chamam a atenção do governo e dos cidadãos.*”⁸³⁰ A agenda política é uma construção contínua, envolvendo debates e tentativas de composição de todos os interesses. Ela não é um documento escrito, finalizado; pode ser explicada como uma lista das questões importantes que precisam ser analisadas e debatidas por todos os agentes envolvidos, que tenham significativa repercussão na opinião pública.

Considerando a formação de uma agenda política que objetive a criação de uma política pública ou de uma política judiciária nacional de acesso à justiça, ela poderá ser definida com “*o processo pelo qual uma dada questão é reconhecida como um problema público e passa a ocupar o espaço institucional de deliberação*”⁸³¹. É fundamental no processo de formação da agenda a observação da ocorrência de “janelas de oportunidade”, que são circunstâncias, internas ou externas, que apontam para uma determinada questão-problema permitindo ou

facilitando o ingresso de um assunto na agenda do órgão. São exemplos de janelas de oportunidades: “*transições de gestão; construção de propostas orçamentárias; revisões periódicas de planos ou planejamentos institucionais; crises, catástrofes e eventos externos de impacto relacionados ao tema do problema, entre outros*”⁸³².

3.5.3 Formulação.

“*É o momento da definição quanto à maneira de solucionar o problema político, selecionando-se uma das alternativas disponibilizadas pelos diferentes agentes envolvidos*”⁸³³. Esse momento costuma ser marcado pela negociação e pela busca de acordo e envolve autoridades governamentais, além de agentes sociais e privados.

Quando o processo diz respeito à formulação da política “compreende as atividades relacionadas à proposição e à aprovação de uma nova política judiciária ou de aprimoramento de uma política já existente. Nesta fase, são processados a seleção e o detalhamento da alternativa que atuará sobre as causas do problema”.⁸³⁴

Aqui torna-se flagrante a necessidade anterior de um bom

⁸³⁰ SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 131, set/dez. 2018.

⁸³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Gestão Estratégica. Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional. Estratégias de atuação de gestor(a) de Política Judiciária Nacional, 2021. p. 07.

⁸³² Ibidem.

⁸³³ SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 131, set/dez. 2018.

⁸³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Gestão Estratégica. Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional. Estratégias de atuação de gestor(a) de Política Judiciária Nacional, 2021. p. 10.

diagnóstico do problema, além da análise minuciosa de todas as possibilidades de resolução. O resultado é a formulação de regras clara e objetivas que permitam a tomada de decisões e o direcionamento de investimentos atendendo a fase seguinte.

3.5.4 Implementação

Essa é a fase da execução, momento “*da concretização do que foi planejado na etapa da formulação*”⁸³⁵. Assim, as diretrizes elencadas nos documentos (planos, projetos, programas) orientam a prática mediante ações que afetam, de modo direto, a vida dos cidadãos.

Na maioria das vezes as políticas são instituídas mediante atos normativos que devem esclarecer a expectativa existente com relação a intervenção que se pretende, bem como o que deve ser realizado; essa iniciativa contribuirá para o desenvolvimento da fase de planejamento da implementação. Para implementação de uma política judiciária de acesso à justiça o método comum para sua caracterização é a explicitação de um modelo lógico que identifique os elementos-chave para a execução da política. Os elementos chave são: “insumos⁸³⁶, atividades⁸³⁷, produtos⁸³⁸ resultados⁸³⁹ e impactos⁸⁴⁰.”

⁸³⁵ SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

⁸³⁶ “São os recursos (financeiros, físicos, humanos e outros) necessários para que as atividades sejam executadas e gerem os produtos (entregas) esperados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário*. p.13. Disponível em: <https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal>, acesso em 19.set.2023).

⁸³⁷ “São os processos a serem executados para a entrega dos produtos esperados” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário*. p. 13. Disponível em: <https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal/>, acesso em 19.set.2023).

⁸³⁸ “São os bens, serviços, atos normativos ou outras entregas previstas pela política” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário*. p.13 In: <https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal/>, acesso em 19.set.2023).

⁸³⁹ “São as alterações, de curto prazo, que se deseja efetuar na realidade ou no comportamento de indivíduos como consequência da intervenção. Os resultados estão ligados ao alcance dos objetivos da política (ex.: redução do tempo de tramitação; desjudicialização de conflitos; otimização de processos de trabalho e de distribuição de recursos)” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário*. p.13. Disponível em: <https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal/>, acesso em 19.set.2023).

⁸⁴⁰ “São os efeitos, de longo prazo, gerados com o saneamento ou mitigação de um problema público, como consequência do impacto causado da realidade a partir da intervenção proposta (ex.: aumento do índice de acesso à justiça; efetivação de direitos e garantias legais; elevação de IDH e do nível da renda média nacional, e outros)” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário*. p. 14. Disponível em: <https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal>, acesso em 19.set.2023

3.5.5 Avaliação/monitoramento.

A avaliação de uma política pública pode ser anterior a sua implementação (*ex ante*), posterior a sua implementação (*ex post*) ou, ainda, poderá ser uma avaliação formativa, de monitoramento, ocorrendo durante a implementação e objetivando realizar ajustes necessários (*in itinere*)⁸⁴¹.

3.6 TRANSPARÊNCIA DA INFORMAÇÃO.

Essa não é uma fase considerada pelos estudiosos do ciclo das políticas públicas. Porém, quando o assunto é política judiciária nacional ⁸⁴² a transparência da informação e a necessidade de controle social sobre a execução das políticas e dos gastos públicos, ganha destaque.

Consequentemente, as atividades de transparência da informação devem se desenvolver ao longo dos processos de criação e implementação de uma política pública. Justamente por isso que é importante armazenar e organizar as informações para que sejam rápidas e facilmente encontradas, em especial no momento da prestação de contas, de divulgação de resultados para a sociedade e transmissão das lições aprendidas à frente da gestão da política⁸⁴³.

4. A NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DA POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

Para que se possa entender a necessidade e o processo de avaliação de uma política judiciária nacional que tenha por objetivo promover o acesso à justiça, tratando de maneira adequada os conflitos e promovendo a pacificação social, faz-se necessário buscar subsídios junto a avaliação promovida nas demais políticas públicas estatais já implementadas.

Maria Paula Dallari Bucci ⁸⁴⁴ aponta algumas diretrizes para um método jurídico de análise e construção de políticas públicas, o que, evidentemente, serve para a elaboração de cada um dos seus ciclos e também para o momento da avaliação. A proposta da autora aponta modelos analíticos de experiência citando os métodos dedutivos e indutivos; “famílias” ou casotecas com o método comparativo; representação do conhecimento a partir de categorias e referências, com desenvolvimento colaborativo (a questão da escala)

Torna-se necessário, ainda entender que a avaliação de uma política pública “*consiste no escrutínio dos êxitos e das falhas do processo de*

⁸⁴¹ A avaliação das políticas públicas e das políticas judiciárias nacionais são melhor desenvolvidas no item a seguir. (SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. Políticas públicas: conceitos, casos práticos, questões de concursos. São Paulo: Cengage, 2022).

⁸⁴² Gestão de Política Judiciária Nacional. *Estratégias de atuação de gestor(a) de Política Judiciária Nacional*, 2021.

⁸⁴³ Ibidem.

⁸⁴⁴ BUCCI; Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

*sua implementação*⁸⁴⁵, do mesmo modo como acontece/deveria acontecer com relação a uma política judiciária nacional. A avaliação possibilita *“retroalimentação (feedback) e pode determinar a continuidade, a mudança ou a cessação da política. Uma avaliação é um julgamento, uma atribuição de valia, de valor”*⁸⁴⁶. Consequentemente, a avaliação não é neutra ou puramente técnica, uma vez que deve considerar as características gerais do governo, do programa proposto, dos valores que orientam os políticos e gestores, das relações estabelecidas interna e externamente⁸⁴⁷.

Os principais critérios usados para avaliar uma política pública são os seguintes: 1) economicidade: nível de utilização dos recursos; 2) produtividade: nível de saídas de um processo produtivo; 3) eficiência econômica: relação entre produtividade e recursos utilizados; 4) eficiência administrativa: seguimento de prescrições, ou seja, nível de conformidade; 5) Eficácia: alcance de objetivos e metas preestabelecidos; 6) efetividade: resultados sociais a partir da redução do problema inicial e da geração de valor; 7) igualdade: homogeneidade na distribuição de benefícios/punições, sem levar em conta as características de partida; 8)

equidade: homogeneidade na distribuição de benefícios/punições, levando em consideração as características de partida, ou justiça social, entre os destinatários⁸⁴⁸

Por fim, importante mencionar que a avaliação de uma política pública poderá resultar na a) sua continuação, exatamente como se encontra estruturada, levando em consideração que as dificuldades de implementação são pequenas; b) reestruturação de aspectos práticos quando as adversidades de implementação acontecem mas não são tão graves a ponto de comprometer a política pública; c) extinção, quando o problema público foi resolvido ou então quando os problemas de implementação são insuperáveis, ou quando a política pública perde sua utilidade pelo esvaziamento natural do problema⁸⁴⁹

A fase de avaliação não é explicitada no Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional do CNJ⁸⁵⁰ que trata, justamente, do ciclo da política judiciária nacional de acesso à justiça. O que se encontra no texto, isso sim, é a fase de monitoramento que, não obstante deixar de ser a mesma coisa, também tem por objetivo o acompanhamento e o ajuste dos pontos de fragilidade. A obra em comento, aponta que *“o importante é verificar se a*

⁸⁴⁵ SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 137, set/dez. 2018.

⁸⁴⁶ Ibidem.

⁸⁴⁷ Ibidem.

⁸⁴⁸ SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. Políticas públicas:

conceitos, casos práticos, questões de concursos. São Paulo: Cengage, 2022

⁸⁴⁹ Ibidem.

⁸⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Gestão Estratégica. *Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional. Estratégias de atuação de gestor(a) de Política Judiciária Nacional*, 2021.

política opera de forma consistente e está sendo capaz de sanear ou mitigar o problema público, ao custo e ao tempo considerados razoáveis, bem como indicar, tempestivamente, os ajustes de execução necessários”⁸⁵¹. Assim, “a fiscalização sobre a efetivação de ações e de obrigações impostas, e o acompanhamento de indicadores e de metas de desempenho, são, portanto, instrumentais para o monitoramento da política.”⁸⁵². O texto explicita como atividades de monitoramento da política pública: “estabelecer indicadores desempenho; definir a linha de base da política, ou seja, o cenário que se deseja alcançar com intervenção a ser implementada; estabelecer metas progressivas de desempenho, e o seu recorte temporal; definir as ferramentas e periodicidade de mensuração dos indicadores; estabelecer a forma de divulgação dos resultados alcançados; e definir quem será responsável por coletar, atualizar e divulgar os resultados observados”⁸⁵³.

O que se percebe, então, é que a fase de avaliação por parte do usuário do sistema de justiça não está devidamente proposta. Na política judiciária nacional de acesso à justiça estão estabelecidas as metas, a definição de ferramentas, os indicadores de mensuração e a coleta de resultados - na maioria das vezes numéricos- alcançados. Porém, não existem indicativos de avaliação qualitativa, tão somente quantitativa e

nem mesmo os resultados numéricos são expressos de modo adequado, tornando-se difícil identificar os gargalos de fragilidade. Prova disso é o relatório Justiça em Números, local onde os meios autocompositivos (conciliação e mediação) e heterocompositivo (jurisdição) possuem seus resultados expostos. É possível observar que nesse relatório oficial, publicado pelo CNJ avista-se que “no primeiro grau, a conciliação foi de 11,7% considerando todos os segmentos de Justiça. No segundo grau, a conciliação é praticamente inexistente, apresentando índices muito baixos em todos os segmentos de justiça”⁸⁵⁴.

Diante desse percentual modestíssimo, necessário reconhecer que a política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos, inaugurada pela Resolução 125/2010 do CNJ não vem atendendo as suas metas de modo eficiente. Nessa esteira, urge que seja avaliada e corrigida se a pretensão é atingir o ODS 16, especialmente quanto a meta brasileira de número 16.3.

A fase de avaliação de uma política pública por parte de seus usuários é importante e servirá, especialmente em uma política de acesso à justiça, para direcionar novas iniciativas, além de melhorar aquelas que já existem. Para compreender as dificuldades da autocomposição e da heterocomposição estatais, nada

⁸⁵¹ Ibidem. p.18.

⁸⁵² Ibidem.

⁸⁵³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Gestão Estratégica. *Guia de Gestão de Política Judiciária Nacional*.

Estratégias de atuação de gestor(a) de Política Judiciária Nacional, 2021.

⁸⁵⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça*. - Brasília: CNJ, 2021.

melhor que o *feedback* das pessoas envolvidas. Elas poderão opinar sobre a duração processual, por exemplo, informando se foi razoável ou não, naquela determinada demanda. Existem ainda outros aspectos que precisam ser avaliados, dentre eles a acessibilidade - do foro e de suas salas de audiência - das pessoas que tenham dificuldade de locomoção ou problemas visuais, por exemplo; a acessibilidade e utilização dos meios virtuais mediante os quais vários atos processuais podem ser praticados (audiências, intimações, citações, etc...).

Nesse sentido, iniciativa interessante acontece a partir da “Pesquisa sobre Percepção e Avaliação do Poder Judiciário brasileiro – Questionário Cidadãos” criada pelo CNJ e que foi aplicada, mediante formulário específico, contendo 22 questões (algumas subdivididas) no período compreendido entre 18 de abril e 18 de maio de 2022, possuindo como destinatários os seguintes públicos: cidadãos(ãs) que já tenham sido parte em algum processo judicial nos últimos cinco anos ⁸⁵⁵, advogados(as) ⁸⁵⁶,

defensores(as) públicos(as) ⁸⁵⁷ e membros do Ministério Público ⁸⁵⁸.

A pesquisa teve por objetivo buscar informações sobre o acesso ao sistema de justiça, o acompanhamento processual e a efetividade dos serviços jurisdicionais prestados, possibilitando o planejamento e o desenvolvimento de melhorias para o Poder Judiciário. A pesquisa se relaciona aos indicadores de desempenho do Macrodesafio “Fortalecimento da Relação Institucional do Judiciário com a Sociedade”, que se encontra no escopo da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 ⁸⁵⁹.

Nesse sentido, lembra em muito a fase de avaliação das políticas públicas de modo geral, cujo principal escopo é propor novas políticas ou gerar melhorias naquelas existentes.

Porém, o que se percebe é que o formulário aplicado possui vários itens utilizando uma linguagem acessível para advogados, defensores públicos e promotores de justiça, mas, para o cidadão, usuário do sistema de justiça, aquele que teve um processo nos últimos cinco anos, o formulário não é acessível. Além de extenso (22

⁸⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: *Sistema de gestão de formulários*. Disponível em (<https://formularios.cnj.jus.br/pesquisa-percepcao-cidadao/>). Acesso em 21 set.2023.

⁸⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: *Sistema de gestão de formulários*. Disponível em: (<https://formularios.cnj.jus.br/pesquisa-percepcao-defensor-publico/>) Acesso em 21 set.2023.

⁸⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: *Sistema de gestão de formulários*. Disponível em (<https://formularios.cnj.jus.br/pesquisa-percepcao-advogados/>). Acesso em 21 set.2023.

⁸⁵⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: *Sistema de gestão de formulários*. Disponível em (<https://formularios.cnj.jus.br/pesquisa-percepcao-ministerio-publico/>). Acesso em 21 set.2023.

⁸⁵⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Belo Horizonte. 2022. Disponível em: <http://tjmmg.jus.br/pesquisa-sobre-percepcao-e-avaliacao-do-poder-judiciario-brasileiro/> acesso em 21 set. 2023.

perguntas), algumas delas subdivididas (em dois ou três itens), possui linguagem bastante técnica (outra vez o juridiquês) e de compreensão difícil para um cidadão com pouca instrução.

A participação respondendo ao questionário foi voluntária e as conclusões alcançadas até o presente momento não foram divulgadas. Importante mencionar que esse formulário, ao que parece, será um primeiro passo para o desenvolvimento de uma ferramenta que permita mapear as políticas judiciárias de acesso à justiça, observando seus pontos de fragilidade e apontando possíveis melhorias. Talvez, a partir das respostas a esse formulário seja possível, finalmente, atender ao ODS 16, meta brasileira^{16.3}.

Nos últimos anos o CNJ vem realizando atividades com o objetivo de buscar eficiência nos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Nessa linha de raciocínio, propõe políticas públicas de racionalização dos procedimentos jurisdicionais e de organização do volume de processos, administrando, ainda, sua duração no tempo; além disso, o CNJ propõe meios alternativos no tratamento dos conflitos, tais como a mediação e a conciliação e a criação de um Sistema

Nacional de Estatísticas do Poder Judiciário – SIESPJ.⁸⁶⁰ O resultado mais conhecido do SIESPJ é a “*publicação anual do Justiça em Números; a identificação dos 100 maiores litigantes; a fixação de metas de nivelamento e de aprimoramento dos tribunais; e os estudos do Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ – DPJ – sobre os executivos fiscais e sobre a repercussão geral e recursos repetitivos*”⁸⁶¹.

Um dos meios de divulgação das informações quanto a política judiciária nacional de acesso à justiça é o Portal da Conciliação, disposto na Resolução 125/2010 que alinha seu posicionamento com as demais instituições estatísticas do CNJ. O art. 13 determina a criação e manutenção de um banco de dados, por cada tribunal, sobre as atividades dos Centros. Esse banco de dados é um conjunto de registros, contendo as informações de tudo o que se passou em cada Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCS. Posteriormente caberá ao CNJ compilar informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles, mantendo permanentemente atualizado o banco de dados.⁸⁶²

Nessa mesma esteira, o artigo 14

⁸⁶⁰ O SIESPJ foi criado pelo CNJ em 16 de agosto de 2005 conforme a Resolução n. 4, posteriormente consolidados pelas Resoluções ns. 15 e 76. É integrado por tribunais referidos no art. 92 da Constituição de 1988.

⁸⁶¹ WENER, José Guilherme Vasi. *O controle Estatístico na Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça*. p.292 In: PELUSO, Antonio César; RICHA, Morgana de Almeida. *Conciliação*

e *mediação*: estruturação da Política Pública Judiciária Nacional – CNJ. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁸⁶² Segundo o CNJ, o que se pretende é permitir que a administração dos CEJUSCS possa saber, para determinado período de tempo (por exemplo, o período de um mês ou de um ano), o número de atendimentos que foram feitos, de sessões de mediação realizadas, o

determina que caberá ao CNJ compilar as informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles, por meio do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), mantendo permanentemente atualizado o banco de dados.

O que se percebe é que, especificamente quanto a política judiciária nacional prevista da Resolução 125/2010 do CNJ, a inexistência de avaliação traz dúvidas, inseguranças e incertezas quanto aos seus resultados. Por outro lado, sua inexistência também impede que iniciativas sejam tomadas para alterar a política existente e/ou planejar novas que possam resolver os problemas atendendo os objetivos e metas para as quais foram criadas.

Ao interrogar sobre os motivos da inexistência de avaliação de uma política pública ou política judiciária nacional, conforme Secchi, Coelho, Pires⁸⁶³, é possível verificar que: a) um dos empecilhos é a falta de clareza nos seus objetivos; b) outro problema é a multicausalidade: quando se torna difícil fazer a separação entre os efeitos sociais produzidos por cada uma das políticas públicas implementadas; c) existem dificuldades que dizem respeito

a resistência daqueles que são avaliados, ocorrendo a contestação de critérios, de indicadores e/ou de padrões; d) a forma de apresentar os resultados de um processo avaliativo é também uma dificuldade, especialmente quando geram excesso de informações, ausência de sumário, dificuldades com a linguagem, etc; e) o tempo de maturação de uma política precisa ser levado em consideração no momento da avaliação, especialmente considerando que os efeitos muitas vezes precisam de dez anos a partir de sua implementação para serem medidos; f) por fim, é importante considerar que existem muitos interesses em jogo no momento de avaliação pois ainda que seja feita com uso de ferramentas técnicas, as informações obtidas podem ser utilizadas como instrumentos na disputa política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto é produto de uma pesquisa norteada pelo acesso à justiça enquanto tema de fundo e pela inquietação originada nas dificuldades de implementação, execução e de avaliação da política judiciária nacional prevista na Resolução 125/2010 do CNJ. Paralela a essa inquietação outras se

aproveitamento dessas sessões em termos de acordos realizados, o percentual desses acordos e de seus insucessos, bem como de sessões frustradas por ausência das partes. (WENER, José Guilherme Vasi. O controle Estatístico na Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. p. 295. In: PELUSO, Antonio César; RICHA, Morgana de Almeida. Conciliação e

mediação: estruturação da Política Pública Judiciária Nacional – CNJ. Rio de Janeiro: Forense, 2011).

⁸⁶³ SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. *Políticas públicas: conceitos, casos práticos, questões de concursos*. São Paulo: Cengage, 2022

instalam, especialmente aquelas que dizem respeito ao cumprimento do ODS 16 e de sua meta 16.3, considerando, de modo objetivo, o escoamento do tempo (Agenda 2030).

Associada a essas inquietações, faz-se necessário considerar o acesso à justiça brasileiro cujo cenário abarca o “estado de crise” da jurisdição estatal que efetivamente não consegue responder, em tempo hábil e com qualidade, a complexidade dos conflitos sociais. Esse “estado de crise” gera debates, resultantes de diversos movimentos, de iniciativa dos profissionais jurídicos e de áreas afins, cujo berço mescla problemas sociais e pesquisas acadêmicas. O resultado aponta para iniciativas e práticas exitosas que já acontecem em todo o país. Associadas a elas avista-se a vontade política dos gestores responsáveis, sem a qual dificilmente se criam e implementam políticas públicas de acesso à justiça.

Nesse cenário, observam-se que ações como a política pública judiciária de tratamento dos conflitos que alinham-se com a boa administração da justiça observada a partir de parâmetros judiciais, dentre eles a duração razoável do processo e a observância do regramento legal, almejando que a solução seja adequada (qualitativa e quantitativamente) e exequível.

Assim, o problema de pesquisa questionava: a Resolução 125/2010 do CNJ é política judiciária brasileira de acesso à justiça, oferecendo mecanismos de implementação e cumprimento do ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), especialmente

quando a meta 16.3 (promover o Estado de Direito e garantir a igualdade de acesso à justiça)?

Partindo da análise feita e considerando que tanto as políticas públicas quanto as políticas judiciárias têm por objetivo resolver um problema (as primeiras de ordem social, considerando todos os segmentos sociais e as outras de modo mais focado e vinculado ao acesso à justiça estatal), passando pelas mesmas fases do seu ciclo de criação e implementação, torna-se possível afirmar que os mecanismos autocompositivos previsto na Resolução 125 do CNJ (mediação e conciliação) são políticas judiciárias nacionais cujo objetivo primevo é proporcionar um acesso à justiça adequado e eficiente no tratamento dos conflitos.

Ao atender esse objetivo, a política judiciária nacional prevista na Resolução 125/2010 do CNJ cumpriria com o ODS 16 da Agenda 2030, especialmente no que diz respeito a meta 16.3. Porém, para que a política judiciária nacional seja implementada com êxito, além de seguir seu ciclo, necessita da alocação de mecanismos (recursos humanos, treinamento adequado e estrutura) advindos da administração pública.

Além disso, a autocomposição é uma política judiciária que pode ser classificada como política de estado pois expressa escolhas respaldadas por forças políticas e sociais, além de possuir previsão legal, contando com meios e regulamentações para que ocorra sua implementação. Também é importante considerar que as políticas

de estado possuem ampla legitimação social, tornando-se “estáveis”, uma vez que se mantêm independentemente do governo. Tornam-se duradouras.

Portanto, a política pública de autocomposição, prevista na Resolução 125/2010 do CNJ e posteriormente referendada pelo Código de Processo Civil (CPC) e pela Lei 14.140/2015 (Marco Legal da Mediação) possui previsão de implementação no âmbito do Poder Judiciário ou fora dele. Independentemente se em âmbito estatal ou extraestatal, poderá ser utilizada sob a fiscalização do Judiciário pretendendo, dentre outras coisas, promover o direito fundamental de acesso à justiça, gerando pacificação social que se sobreponha a cultura do litígio.

Mas, para que se possa afirmar que o ODS 16 e sua meta 16.3 da Agenda 2030, vem sendo cumpridos e que serão atendidos em tempo hábil, faz-se necessário que a política judiciária nacional seja avaliada, nos mesmos moldes sugeridos para a avaliação de políticas públicas. Mais, essa avaliação deve ser feita pela sociedade, pelos usuários do sistema de justiça e dos mecanismos autocompositivos previstos na política judiciária.

Essa é uma deficiência que pode ser verificada ao longo da pesquisa realizada. Não existe previsão de avaliação da política judiciária nacional

estudada. Além disso, os mecanismos encontrados e mencionados ao longo do texto provavelmente se encontram em fase de teste uma vez que forma disponibilizados por poucos dias e seus resultados ainda não forma divulgados. Importante referir também que os questionários aplicados são longos e de difícil compreensão para o cidadão comum devido à complexidade do seu linguajar. Essa situação dificulta a participação daqueles que são atingidos pelo problema que a política judiciária pretendia resolver. Estes, sem dúvidas, podem avaliar os aspectos positivos e também aqueles que precisam ser melhorados mediante alterações da política em vigor ou criação de outras mais adequadas.

Conclui-se, pois, que a Resolução 125/2010 do CNJ é uma política judiciária nacional que objetiva proporcionar o acesso à justiça pela prática de mecanismos autocompositivos de resolução de conflitos, observando o ODS 16 e sua meta 16.3. Porém para que seja possível afirmar que a Resolução 125 vem cumprindo com o ODS 16, meta 16.3, faz-se necessário avalia-la e essa é uma fragilidade significativa uma vez que se observa, ao longo do texto, que a avaliação não existe de forma sistemática, e que o formato aplicado, por tempo exíguo, não permite uma adequada participação social.

REFERÊNCIAS

ANÁLISE. *Fim do Juridiquês na Prática Jurídica*. Disponível em: <https://analise.com/noticias/fim->

[do-juridiques-na-pratica-juridica](#), acesso em 26 set. 2023.

BAUMAN, Zygmunt, BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato

- Aguilar. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016
- BRASIL DE FATO. *Brasil está atrasado em mais de 80% das metas de desenvolvimento sustentável da ONU*, 30 de Junho de 2022. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/06/30/brasil-esta-atrasado-em-mais-de-80-das-metas-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>>, acesso em 13. set. 2023
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI; Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CENTRO DE LIDERANÇA PÚBLICA. *Entendendo os conceitos básicos de Políticas Públicas*, 06 de fevereiro de 2019. Disponível em <https://www.clp.org.br/entendendo-os-conceitos-basicos-mlg2-de-politicas-publicas-mlg2/>. acesso em 14 set. 2023
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça*. – Brasília: CNJ, 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Departamento de Gestão Estratégica. Guia de*
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal CNJ de Boas Práticas do Poder Judiciário*. In: <https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal>, acesso em 19.set.2023
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portal da conciliação e mediação*. <<https://www.cnj.jus.br/programa-s-e-aco-es/conciliacao-e-mediacao/>>. Acesso em 19 de set.2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: Sistema de gestão de formulários. Disponível em <<https://formularios.cnj.jus.br/pesquisa-percepcao-cidadaos/>>. Acesso em 21 set.2023
- FERREIRA, Juliana Lopes. *Resoluções consensuais de conflitos: Avaliação crítica das políticas judiciárias nacionais*. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.
- Gestão de Política Judiciária Nacional. Estratégias de atuação de gestor(a) de Política Judiciária Nacional*, 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016.
- GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030 (GTSC). *V Relatório luz da sociedade civil Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável Brasil*. 2021. chromeextension://efaidnbmnfnkpiehdjffnpgafdnpplgcpjpcglclefindmkaj/https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2021/07/por_rl_2021_completo

- _vs_03_lowres.pdf, acesso em 13 set. 2023.
- GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030 (GTSC). V Relatório luz da sociedade civil Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável Brasil, 2021..
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html#:~:text=At%C3%A9%202030%2C%20reduzir%20significativa mente%20os,as%20formas%20de %20crime%20organizado/>>>. Acesso em 13 set. 2023.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS – Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Proposta de adequação. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/porta/publicacoes>. Acesso em 13 de setembro 2023
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2020.
- SANDER, Frank. Varieties of Dispute Processing. LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. The Pound conference: *Perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. West Publishing Co., 1979.
- SANDER, Frank; GOLDBERG, Stephen. Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure. In: Negotiation Journal. Volume 10. Issue 1. January, 1994. p. 49–68.
- SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.
- SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. *Políticas públicas: conceitos, casos práticos, questões de concursos*. São Paulo: Cengage, 2022.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Dicionário de mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. v. 1 [recurso eletrônico]
- SPENGLER, Fabiana Marion. *O pluralismo jurídico e os meios extraestatais de administrar conflitos*. Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI), v.26, p.293 - 311, 2021.
- SPENGLER, Fabiana Marion; MAGLIACANE, Alessia. *Il terzo e l'altro. verso una visione simmeliana del conflitto*. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 35-53, jan./abr. 2020.
- SUBIRATS, Joan et al. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Planeta, 2012.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Belo Horizonte. *Pesquisa Sobre a Percepção e Avaliação do Poder Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <http://tjmmg.jus.br/pesquisa-sobre-percepcao-e-avaliacao-do-poder-judiciario-brasileiro/> Acesso em 21 set. 2023.

WENER, José Guilherme Vasi. O controle Estatístico na Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. In: PELUSO, Antonio César; RICHA, Morgana de Almeida. *Conciliação*

e mediação: estruturação da Política Pública Judiciária Nacional – CNJ. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ANEXO

Figura 1: Fases dos ciclo:



Fonte: SUBIRATS, Joan *et al.* Análisis y gestión de políticas públicas. Barcelona: Planeta, 2012.

O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E PELA SUPREMA CORTE CONSTITUCIONAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL⁸⁶⁴

THE BINDING EFFECT OF DECISIONS ISSUED BY THE SUPERIOR COURTS AND THE SUPREME CONSTITUTIONAL COURT ON BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL LAW

Felipe Labruna

Doutorando, mestre e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Especialista em Ciência Política pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo - FESPSP. Oficial da Reserva do Exército Brasileiro da Arma de Comunicações pelo Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de São Paulo - CPORSP. Professor assistente voluntário do programa de Mestrado em Direito da PUCSP desde 2022. São Paulo – SP, Brasil. E-mail: fe.labruna@gmail.com.

Cassiano Mazon

Doutorando e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura – EPM e em Política e Gestão Governamental pela Escola Paulista de Direito – EPD. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. É Professor Coordenador Assistente dos Cursos de Pós-Graduação em nível de Especialização em Direito, Políticas Públicas e Controle Externo, Governança Corporativa, Gestão de Riscos e Compliance e Cidades Inteligentes e Sustentáveis da Universidade Nove de Julho. É advogado da São Paulo Turismo S.A. São Paulo – SP, Brasil. E-mail: cassimazon@gmail.com.

Gisele Pereira Aguiar

Doutoranda e mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá-RJ. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. São Paulo – SP, Brasil. E-mail: gisa-aguiar@hotmail.com.

RESUMO: Trata-se de artigo destinado a diferenciar as expressões “precedente”, “jurisprudência” e “súmula”, conferindo o seu real conteúdo e alcance no âmbito do Direito Processual Civil. O artigo procurou, ainda, enfatizar o efeito vinculante das decisões proferidas

sobretudo pelos Tribunais Superiores e pela Suprema Corte Constitucional, a partir da análise de temas e institutos pontuais, consubstanciados nas orientações do Plenário ou do Órgão Especial dos Tribunais, do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, do

⁸⁶⁴ Artigo recebido em 04/11/2022 e aprovado em 18/12/2022.

direito de Reclamação, do controle de constitucionalidade, das súmulas vinculantes, bem como do incidente de assunção de competência. Conclui-se que a obrigatoriedade da aplicação de um precedente cinge-se aos fundamentos determinantes de uma decisão (*ratio decidendi*). O método de pesquisa empregado foi a análise qualitativa do material bibliográfico coletado.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de constitucionalidade; incidente de assunção de competência; incidente de resolução de demandas repetitivas; súmulas vinculantes; reclamação.

ABSTRACT: It is an article intended to differentiate the expressions “precedent”, “jurisprudence” and “summary”, conferring its real content and scope in the scope of Brazilian Civil Procedural Law. The article also sought to focus on the binding effect of decisions handed down mainly by the Superior Courts and the Supreme Constitutional Court, from the analysis of specific themes and institutes, embodied in the guidelines of the Plenary or the Special Body of the Courts, of the Incident of Resolution of Repetitive Demands, the right to Complaint, the control of constitutionality, the binding precedents, as well as the ancident of assumption of jurisdiction. It can be concluded that the binding nature of the

application of a precedent is limited to the determining grounds of a decision (*ratio decidendi*). The research method employed was a qualitative analysis of the collected bibliographic material.

KEY-WORDS: Binding precedents; complaint; control of constitutionality; incident of assumption of jurisdiction; incident of resolution of repetitive claims.

INTRODUÇÃO

É importante salientar que o Novo Código de Processo Civil possui em seu texto passagens que abrangem as expressões “súmula”, “precedente” e “jurisprudência”, embora nem sempre da forma mais técnica e ideal, sendo preciso definir seus conceitos e elencar as diferenças entre eles⁸⁶⁵. Assim, o termo “precedente” pode ser entendido como qualquer julgado pretérito que possa ser aproveitado como fundamentação para um novo julgamento. O vocábulo “jurisprudência” é entendido como o grupo de decisões emanadas dos órgãos judiciais, em um mesmo sentido e direcionamento, a respeito de matéria idêntica ou análoga, sendo, dessa forma, constituída por vários precedentes. Já a expressão “súmula” converge-se em uma compilação de enunciados desenvolvidos a partir da jurisprudência dominante de determinado Tribunal. Emanando várias

⁸⁶⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

decisões em igual sentido, acabam sendo transcritas pela Corte suas orientações em verbetes, com a finalidade de transmitir às partes e às instâncias inferiores o seu entendimento exato, de maneira sucinta e objetiva, com vistas a uma melhor compreensão possível⁸⁶⁶.

No Brasil já era prática corriqueira e habitual que os juízes de 1º grau e os Tribunais seguissem em suas decisões os entendimentos contidos nos precedentes, orientações jurisprudenciais e súmulas emanadas dos Tribunais Superiores (Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar e Supremo Tribunal Militar), em que pese tais julgados pretéritos possuam mera

força persuasiva e de não aplicação obrigatória, dado o princípio da livre convicção motivada do julgador, salvo na hipótese de existência de súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, e também no caso das decisões proferidas por esta mesma Suprema Corte no seio do controle concentrado de constitucionalidade. Referido controle de constitucionalidade, vale dizer, abarca os seguintes tipos de ações: ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação declaratória de inconstitucionalidade (ADIN), ação declaratória por omissão (ADO) e ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)⁸⁶⁷.

No entanto, o Código de Processo Civil, de maneira inovadora,

⁸⁶⁶ Neste ponto, convém descrever nota de Didier Júnior: “O precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse fato ocorrerá. Obviamente, o tratamento jurídico desse fato variará conforme o respectivo direito positivo, que é um produto cultural. Há países que podem não dar qualquer relevância aos precedentes judiciais, outros podem atribuir-lhes a máxima relevância. Outros, como o Brasil, podem imputar-lhes uma série de efeitos jurídicos, desde o efeito meramente persuasivo, comum a qualquer precedente, ao efeito vinculante, próprio de alguns precedentes como aqueles que resultam na elaboração de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Não se pode dizer, portanto, que só há precedente em países *common law*; há precedentes em todo canto, mas os países da tradição jurídica do *common law* prestam-lhes, como é notório, uma reverência especial, atribuindo-lhes, muita vez, eficácia normativa. Caracterizar o precedente como um fato tem ainda outra importância. Como se sabe, o ato-fato jurídico é um ato humano que produz efeitos jurídicos

independentemente da vontade de quem o pratica. É ato, porque agir humano, mas é fato, porque é tratado pelo direito como um acontecimento em que a vontade é irrelevante. O precedente, embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico), é tratado como um fato pelo legislador. Assim, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São efeitos *ex lege*. São, pois, efeitos anexos da decisão judicial (...)”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10. Ed. Salvador: juspodivm, 2015, p. 453.

⁸⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Prevê o enunciado 168 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”.

instituiu a observância obrigatória aos juízes de 1º grau, e aos Tribunais, de determinados julgados próprios proferidos no curso de processos sobre lides de teor repetitivo, assim como de súmulas editadas pelo STJ e pelo STF, criando, assim, um perfil vinculante jamais visto em nosso ordenamento jurídico processual. O cerne a respeito do tema “precedentes” encontra-se insculpido nos artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil. Tais dispositivos legais proclamam aos Tribunais do país a missão de

uniformizar sua jurisprudência (de forma que ela fique coerente, estável e íntegra), e a de editar súmulas em conformidade com seus entendimentos majoritários, atentando-se ao que está disposto nos incisos do artigo 927 do CPC⁸⁶⁸.

A chamada “Teoria dos Precedentes” tem origem no ordenamento de *common law* norteamericano. Esta teoria irradia o costume de raciocínio em que o juiz de Direito, utilizando um conjunto de princípios e normas, harmoniza um

⁸⁶⁸ Nesse sentido, pontua Donizetti: “Precedentes obrigatórios. No art. 927 (incisos I a V), o legislador buscou adequar os entendimentos dos tribunais superiores em todos os níveis jurisdicionais, de modo a evitar a dispersão da jurisprudência e, consequentemente, a intranquilidade social e o descrédito nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Trata-se de rol que contém precedentes de observância obrigatória. (...). Assim, havendo precedente sobre a questão posta em julgamento, ao juiz não se dá opção para escolher outro parâmetro de apreciação do Direito. Somente lhe será lícito recorrer à lei ou ao arcabouço principiológico para valorar os fatos na ausência de precedentes. Pode-se até utilizar de tais espécies normativas para construir a fundamentação do ato decisório, mas jamais se poderá renegar o precedente que contemple julgamento de caso idêntico ou similar. A vinculação, entretanto, restringe-se à adoção da regra contida na *ratio decidendi* do precedente. Tal como se passa no sistema de leis, não se cogita da supressão da livre apreciação da prova ou da decisão da lide atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos. Não custa repetir que ao juiz permite-se não seguir o precedente ou a jurisprudência, hipótese em que deverá demonstrar, de forma fundamentada, que se trata de situação particularizada que não se enquadra nos fundamentos da tese firmada pelo

tribunal”. DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. Ed. Atlas: São Paulo, 2018, p. 1042/1043. Preleciona Marinoni: “Nesta linha, é fácil perceber que o processo de identificação e aplicação do precedente depende da interpretação do material constante da decisão. É por essa razão que determinados setores da doutrina referem que o precedente é de certo modo formado pelos seus destinatários. É claro que isso só pode querer dizer que o precedente depende de interpretação para ser percebido como tal pelo órgão judicial. Essa é a razão pela qual o art. 489, § 1º, determina que os juízes, desembargadores e ministros decidam, ao aplicarem precedentes, observando o direito ao contraditório e o dever de fundamentação analítica. Isso quer dizer que há dever de debater previamente a aplicação de um precedente a um dado caso concreto – acaso não tenha sido ainda debatido pelas partes no processo – e que há dever de identificação precisa da identidade ou semelhança entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente. Essas práticas são essenciais para evitar o risco de o sistema de precedentes se desviar em um sistema de mecânica padronização decisória a partir de simples ementas de julgados”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 553.

entendimento jurídico específico relativo a uma circunstância concreta. Em outros termos, traduz-se pela ação de criação do julgador ocorrida em determinado *decisum*, que, nos futuros a serem emitidos, pauta a obrigação de seguir seu modelo, organização e uniformidade.

Através desta ideia o direito é concebido ou lapidado pelos julgadores, de forma que uma decisão a ser emanada para um caso se sujeita às decisões proferidas em casos pretéritos e intercede no direito a ser aplicado em situações futuras. Deste modo, é possível ser dito que Teoria dos Precedentes é alicerçada nos princípios da isonomia, coerência e segurança jurídica e possui a intenção de obstar o beneficiamento pessoal. Apesar de essa teoria ter sido concebida no sistema de *common law* norte-americano, ela não é exclusiva deste sistema e, em que pese o Brasil não o adote, mas sim o chamado *civil law*, em certos momentos nosso ordenamento jurídico emprega alguns pontos do *common law*, como é o caso da citada teoria.⁸⁶⁹

O conceito de precedente possui variadas acepções nas numerosas doutrinas, entretanto o novo Código de Processo Civil, ao contemplar tal instituto, tem o intuito de obedecer a decisão da maioria do tribunal (colegiado) e fixar sua obrigatoriedade

na aplicação na *ratio decidendi* dos tribunais inferiores diante de casos análogos. Para Georges Abboud e Lênio Streck, o precedente é um *decisum* de um tribunal com aptidão a ser reproduzida e acompanhada pelos tribunais inferiores, mas seu status de precedente estará sujeito ao fato de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos semelhantes. Assim, não há uma diferença estrutural entre uma decisão isolada e as demais que lhe devem “obediência hermenêutica”, mas uma distinção qualitativa, que sempre despondará a partir da *applicatio*.⁸⁷⁰

1. A JURISPRUDÊNCIA E OS ENUNCIADOS DE SÚMULAS

O termo “jurisprudência” é originário do latim e provém de *jus* (justo) + *prudencia* (prudência). Tal vocábulo é o termo técnico jurídico que define o conjunto das decisões judiciais interpretativas de leis pré-existentes proferidas em uma determinada jurisdição. A jurisprudência pode ser conceituada em termos gerais, ou sob o prisma do caso em particular. Do ponto de vista geral, a jurisprudência é entendida como o conjunto das soluções oferecidas pelos Tribunais às temáticas de direito. Já do ponto de vista particular, é definida como o movimento de tomada de decisões padronizado dos

⁸⁶⁹ GONZAGA, Alvaro de Azevedo; LABRUNA, Felipe; BARBOSA, Jéssyca Verucy R. Considerações sobre a sistemática de precedentes judiciais do CPC de 2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, nº 02, pp. 22-44, mai-ago/2021. Disponível em: [https://www.e-](https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54060)

[publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54060](https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54060). Acesso em: 12.12.2022.

⁸⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Tribunais a respeito de determinada questão do Direito. Assim sendo, a jurisprudência apresenta três finalidades muito claras, que se desenvolveram de forma gradual, sendo uma delas a aplicação automática de lei. Já a outra é a adaptativa, consistente na colocação em harmonia das leis com as concepções e ideias contemporâneas, bem como com as necessidades dos dias atuais. Por fim, há a função criadora, que possui o intuito de preencher as lacunas legais. Nesses termos, o conceito de jurisprudência, entendido como o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional, acaba se configurando como a causa mais comum do desenvolvimento dos costumes jurídicos⁸⁷¹.

Em outras palavras, “jurisprudência” é a reunião de decisões uniformes e constantes emanadas do Poder Judiciário, como resultado da aplicação de regras de conduta a casos que se assemelham, desenvolvendo normas gerais aplicáveis à totalidade de situações semelhantes e/ou idênticas.

O Direito Jurisprudencial não é formado apenas de sentenças, sendo necessária uma série de decisões judiciais que possuem um seguimento essencial de continuidade e coerência. Para que seja possível falar em jurisprudência de Tribunal, deve haver certa quantidade de decisões e pronunciamentos pretéritos do Poder Judiciário que correspondam à substância das matérias objeto de manifestação judicial. Dessa feita, a jurisprudência é um importantíssimo instrumento para os julgadores, já que

⁸⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Sobre o termo “jurisprudência”, explica Reale: “Pela palavra “jurisprudência” (stricto sensu), devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. Os juízes são chamados a aplicar o Direito aos casos concretos, a dirimir conflitos que surgem entre indivíduos e grupos; para aplicar o Direito, o juiz deve, evidentemente, realizar um trabalho prévio de interpretação das normas jurídicas, que nem sempre são suscetíveis de uma única apreensão intelectual. Enquanto que as leis físico-matemáticas têm um rigor e uma estrutura que não dão lugar a interpretações conflitantes, as leis jurídicas, ao contrário, são momentos de vida que se integram na experiência humana e que, a todo instante, exigem um esforço de superamento de entendimentos contrastantes, para que possam

ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar. É a razão pela qual o Direito jurisprudencial não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento. A contrário do que pode parecer à primeira vista, as divergências que surgem entre sentenças relativas às mesmas questões de fato e de direito, longe de revelarem a fragilidade da jurisprudência, demonstram que o ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador”. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167/168).

sinaliza o trajeto que os Tribunais estão seguindo. É a ferramenta pelo qual as Casas Forenses interpretam as regras legais. Jurisprudência, vale pontual, é o comando decisório continuado e repetitivo dos Tribunais a respeito de um determinado objeto jurídico⁸⁷².

De maneira específica, as jurisprudências constituem-se nos entendimentos já consolidados dos Tribunais superiores, emanando comandos decisórios de maneira unânime, ou majoritária, de modo já pacificado e formado em sentido estabelecido. Todavia, apesar de tais comandos decisórios prevalecerem nos respectivos Tribunais de justiça, suas jurisprudências formadas não possuem força obrigatória para os demais juízes de Direito. Assim, a consolidação da jurisprudência, originada a partir do

movimento das interações de direito, originam as “súmulas”. A expressão “súmula” nasceu do termo em latim *summula*, que quer dizer “resumo”, dizendo respeito ao conteúdo abreviado ou encurtado de uma decisão judicial ou enunciado de jurisprudência que está associado ao entendimento consolidado de um Tribunal de justiça específico.

No cerne do Poder Judiciário, súmula é um compilado de decisões repetitivas tomadas pelos Tribunais a respeito de uma matéria específica. Assim, através das súmulas, problemáticas que já foram à exaustão avaliadas e decididas podem ser solucionadas de forma mais célere, através da utilização de precedentes judiciais já proferidos⁸⁷³. Nesse sentido, tendo por embasamento o positivismo,

⁸⁷² DE SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

⁸⁷³ PINHEIRO, Rodrigo Paladino. *A súmula como ferramenta facilitadora do Direito*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31/10/2007 - Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-sumula-como-ferramenta-facilitadora-do-direito-/>. Acesso em: 27.06.2022. Buzaid assim definiu o termo “súmula”: “Uma coisa é a lei; outra é a súmula. A lei emana do poder legislativo. A súmula é uma apreciação do poder judiciário, que interpreta a lei em sua aplicação aos casos concretos. Por isso a súmula pressupõe sempre a existência da lei e a diversidade de sua exegese. A lei tem caráter obrigatório; a súmula revela-lhe o seu alcance, o sentido e o significado, quando ao seu respeito se manifestam simultaneamente dois ou mais entendimentos. Ambas têm caráter geral. Mas o que distingue a lei da súmula é que esta tem caráter jurisdicional e interpretativo. É jurisdicional, porque emana do Poder Judiciário;

é interpretativo, porque revela o sentido da lei; cinge-se a aplicá-la, o que significa que é a própria voz do legislador”. BUZAID, Alfredo. *Anais do VI Encontro dos Tribunais de Alçada do Estado de Minas Gerais-BH*, 31 de maio a 03 de junho de 1983. A respeito, discorre Donizetti: “(...) cabe ao tribunal consolidar o entendimento predominante em enunciados de súmulas que terão forma obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos juízes a ele vinculados. Ao editar enunciado de súmula correspondente à sua jurisprudência dominante, o tribunal deve se ater aos detalhes fáticos do precedente que motivou a sua criação, consoante destacado no § 2º do art. 926. Previne-se, dessa forma, a aplicação inadequada de súmulas e outros entendimentos a uma série de casos que, apesar de similares em determinadas características, são absolutamente distintos na essência. Em outras palavras, há necessidade de que seja realizada uma comparação entre o que se pretende sumular e a *ratio decidendi* da decisão que servirá como paradigma”. (DONIZETTI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil*

entende-se que as súmulas dos Tribunais não são legislação, não invadem sua colocação, e nem com ela competem. Lei no sentido estrito é comando normativo formal, geral e imaterial, oriunda dos Poderes constituídos pela Constituição Federal. As súmulas não são votadas pelo Poder Legislativo, e não se consubstanciam em verbalização da vontade do povo e da soberania. A súmula não é agressora dos deveres do Poder Legislativo, mas é tão somente a compreensão transparente e pura dos fóruns a respeito de uma lei ou de alguns de seus atos normativos que, pela reiteração, tornaram-se regulares e frequentes⁸⁷⁴. Dessa forma, em decorrência da crescente procura do Poder Judiciário e das decisões emanadas por nossos juízes, tornaram-se imprescindíveis engrenagens que transformassem o andamento processual, com mais

celeridade e a favor da segurança jurídica dos vereditos. Em meio a esses mecanismos, com efeito, surgiu a súmula, como instrumento facilitador do Direito.

Por oportuno, realça-se que a súmula de jurisprudência dominante de Tribunal é o enunciado pelo qual a Corte assinala o seu entendimento sobre temas e questões que se mostram conflituosas e controversas na jurisprudência, e sobre as quais o Tribunal delimitou uma posição sólida perante sua composição da atualidade. As súmulas do Supremo Tribunal Federal foram introduzidas através de uma emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, publicada em 30 de agosto do ano de 1963, entrando em vigor no início do ano 1964, possuindo 370 enunciados, que foram aprovados em 13 de dezembro de 1963⁸⁷⁵. Nascia, assim, a súmula do STF,

Comentado. 3ª Ed. Atlas: São Paulo, 2018, p. 1040).

⁸⁷⁴ PINHEIRO, Rodrigo Paladino. A súmula como ferramenta facilitadora do Direito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31/10/2007 - Disponível em

<http://www.ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-sumula-como-ferramenta-facilitadora-do-direito-/>. Acesso em: 27.06.2022.

⁸⁷⁵ PINHEIRO, Rodrigo Paladino. A súmula como ferramenta facilitadora do Direito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31/10/2007 - Disponível em

<http://www.ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-sumula-como-ferramenta-facilitadora-do-direito-/>. Acesso em: 27.06.2022. A respeito da criação do instituto da súmula, pondera De Souza (2006, p. 253): “A origem da súmula no Brasil remonta à década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos

pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração em seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência, composta pelos ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator, em sessão de 13.12. 1963, decidiu publicar oficialmente, pela primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar a partir de 01.03.1964. A edição da Súmula – e dos seus enunciados individualmente – é resultante de um processo específico de elaboração, previsto regimentalmente, que passa pela escolha dos temas, discussão técnico-jurídica, aprovação e, ao final, publicação para conhecimento de todos e vigência. (DE SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006).

Tendo em vista este contexto, explicou Leal que a atividade de criação dos magistrados seria

com a finalidade de verbalizar a orientação que prevalecia naquele Tribunal Superior a respeito de tema polêmico e não pacífico na jurisprudência do momento, a fim de findar divergências, e com o intuito de cumprir eficazmente a exposição ao público de sua jurisprudência, propiciando a celeridade processual almejada. A súmula constituiu-se, então, na própria elevação da jurisprudência semeada, por meio da consolidação das decisões forenses.

Em virtude da descomplicação oferecida nos julgamentos, a inclusão da ferramenta sumular por parte da Suprema Corte aproximou operadores do Direito de todo o globo, simbolizando um triunfo para as partes, uma vez que as ações propostas na mesma faixa temporal teriam soluções judiciais homogêneas, possibilitando o fortalecimento da segurança jurídica e prestigiando o instituto da justiça, já que esta passa a ser dotada de maior confiabilidade. Não existe dúvida de que

a súmula retrata um rompimento com a dogmática tradicional, em vigência no Brasil e nos demais países herdeiros da tradição positivista romano-germânica (chamada também de *civil law*), que gravita ao redor da norma de conduta legislada⁸⁷⁶.

Para que ocorra a devida compreensão do conceito de súmula, é necessário distingui-la dos precedentes obrigatórios. Em primeiro lugar, o enunciado de uma súmula é uma síntese de vários julgados de um Tribunal sobre um mesmo assunto, com a finalidade de facilitar a compreensão do entendimento que é majoritário, tendo efeito somente de persuasão sobre os demais órgãos judicantes, enquanto os precedentes obrigatórios (*binding precedents*) são oriundos de apenas uma decisão a qual lhe é dada força obrigatória geral. Entretanto, tal diferença, na atualidade, é mitigada quando se analisam as súmulas vinculantes trazidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que

aliada ao contraditório exercido pelos advogados nas ações judiciais: A Súmula também não é obrigatória para o próprio Supremo Tribunal: os advogados, quando surgir a oportunidade em algum processo, poderão pedir-lhe que reveja a orientação lançada na Súmula, mas também deles se espera que estudem um pouco mais aprofundadamente o assunto para que, em face de argumentação nova ou de novos aspectos do problema, ou de apresentação mais convincente dos argumentos anteriores, possa o Tribunal render-se a necessidade ou conveniência de alterar sua orientação”. (LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Vol. 1 Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 45).

⁸⁷⁶ DE SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*.

Curitiba: Juruá, 2006. Consta na obra de Leal a sustentação do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes a respeito das afirmações externas de que o sistema jurídico nacional não suportava o uso de súmulas: “É sabido que não são idênticos os sistemas jurídicos dos países. Não damos aos precedentes judiciais a mesma força que têm nas nações de origem britânica. E seus juristas, afeiçoados a uma prestigiosa tradição de direito pretoriano, teriam de ser mais hostis do que nós às codificações, princípio de organização do Direito a que sempre fomos habituados”. (LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Vol. 1 Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 51)

também são dotadas de tal força impositiva. Em segundo lugar, deve-se levar em conta que os precedentes obrigatórios, por partirem de uma decisão de caso concreto, são dotados de razão de decidir e de *obiter dicta* (argumentos empregados pelo julgador para completar o raciocínio, mas que não possuem papel fundamental na formação do julgado), enquanto os enunciados das súmulas não exibem referido conteúdo de *obiter dicta*, uma vez que são extratos concisos do entendimento jurídico⁸⁷⁷.

Por fim, nos termos do artigo 927, inciso IV do CPC, é importante salientar que os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, possuem emprego obrigatório por parte de todos os juízes e Tribunais do país em seus julgamentos. Isso significa que, embora não sejam enunciados de “súmula vinculante” deverão ser respeitados pelos magistrados em 1º e em 2º grau. Tal força normativa impositiva encontra sua razão no fato de que é atribuição do STJ interpretar a legislação infraconstitucional, sendo competência do STF dar a palavra final a respeito das controvérsias constitucionais. Dessa forma, por mais que o julgador possua outro entendimento e compreensão a respeito da matéria posta sob sua apreciação, a contrariedade só terá a eficácia de

protelar e atrasar o processo que sofrerá uma série de recursos em sequência, com o consequente adiamento da resolução da controvérsia⁸⁷⁸.

2. AS ORIENTAÇÕES DO PLENÁRIO OU DO ÓRGÃO ESPECIAL DOS TRIBUNAIS

Pleno do Tribunal ou Tribunal Pleno são designações empregadas para referir-se ao órgão deliberativo de um Tribunal composto por todos os seus membros (ministros dos Tribunais superiores ou desembargadores dos Tribunais de Justiça). As decisões emanadas pelo Pleno são reconhecidas como decisões de todo o Tribunal, e não somente de parte dele. No caso dos Tribunais de Justiça, sua formação é composta por todos os seus desembargadores e será presidido pelo Presidente do Tribunal de Justiça, somente atuando com a presença da maioria absoluta de seus membros, inclusive seu Presidente, com exceção dos casos em que houver imposição legal de *quorum* superior. Tal método de julgamento é empregado nos casos em que a legislação assim determinar, ou quando o regimento interno do Tribunal em tela assim impuser⁸⁷⁹.

A Constituição Federal confere aos Tribunais estaduais a possibilidade de criarem órgão especial, com a função de exercer as atribuições administrativas e jurisdicionais

⁸⁷⁷ DE SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

⁸⁷⁸ DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª Ed. Atlas: São Paulo, 2018.

⁸⁷⁹ DE SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

delegadas pelo Tribunal Pleno, composto por, no mínimo, 11, e, no máximo, 25 membros. O Órgão Especial deverá ser formado em sua metade pelos desembargadores mais antigos, e a outra metade por eleição, na qual participam todos os integrantes do Tribunal de Justiça⁸⁸⁰. O Órgão Especial, portanto, é entidade delegada do Tribunal Pleno, e não é criado de maneira obrigatória. Porém, qualquer Tribunal que possua mais de 25 desembargadores, é justificada e recomendada a delegação ao Órgão Especial da tarefa de executar atribuições jurisdicionais e administrativas.

O Órgão Especial não se encaixa na divisão fracionária dos Tribunais,

como as Câmaras de Direito Privado, de Direito Público e de Direito Criminal, mas é destinatário de delegação da Corte para lidar e deliberar em todas as matérias de ordem administrativa e jurisdicional, em substituição ao Plenário. Fora dessa delegação fica apenas a eleição dos órgãos diretivos e a seleção da metade dos membros do Pleno para a composição do próprio Órgão Especial, que continuará sendo selecionada via votação realizada pela composição total do Tribunal. Dessa forma, todas as outras matérias são repassadas ao Órgão Especial por meio da delegação⁸⁸¹.

⁸⁸⁰ CARDOSO, Antonio Pessoa. *Órgãos Especiais nos Tribunais*. 17/06/2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240887,61044-Orgaos+Especiais+nos+tribunais>. Acesso em: 26.06.2022. Prevê o artigo 93, XI da Constituição Federal: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...): nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

⁸⁸¹ CARDOSO, Antonio Pessoa. *Órgãos Especiais nos Tribunais*. 17/06/2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240887,61044-Orgaos+Especiais+nos+tribunais>. Acesso em: 26.06.2022. Aqui cabe transcrever ponderação de Didier Junior: “O artigo 927, V, do CPC, prescreve, enfim, que juízes e tribunais devem seguir “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Há, aí, a previsão de duas ordens de vinculação. Uma *vinculação interna* dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte. Uma *vinculação externa* dos demais órgãos de instância inferior (juízes e tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos. Afinal, o precedente não deve vincular só o tribunal que o produziu, como também os órgãos a ele subordinados. Diante disso, precedentes do: a) plenário do STF, sobre matéria constitucional, vinculam todos os tribunais e juízes brasileiros; b) plenário e órgão especial do STJ, em matéria de direito federal infraconstitucional, vinculam o próprio STJ, bem como TRFs, TJs e juízes (federais e estaduais) a ele vinculados; (...) c) plenário e órgão especial do TRF vinculam o próprio TRF, bem como juízes federais a ele vinculados; d) plenário e órgão especial do TJ vinculam o próprio TJ, bem como juízes estaduais a ele vinculados”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 466/467.

3. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

A origem do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) constitui um dos relevantes mecanismos previstos pelo Código de Processo Civil. O incidente processual em questão possibilita o julgamento, em uma só ocasião, de inúmeras ações judiciais que tratem a respeito de idêntica matéria de direito, estabiliza a uniformização de jurisprudência produzida pelos Tribunais Superiores, promove a garantia do princípio da razoável duração do processo prevista constitucionalmente, bem como afasta a ocorrência de decisórios em conflito, causando, em consequência, isonomia

processual, adequado acesso à justiça e promoção da segurança jurídica⁸⁸².

Em conformidade com o artigo 976 do Código de Processo Civil, é cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas na ocasião que ocorrer de maneira simultânea a factual repetição de demandas que apresentam contradição e/ou controvérsia unicamente de direito a respeito do mesmo tema, e a possibilidade de ultraje à igualdade de todos perante a lei e à segurança jurídica⁸⁸³.

Da leitura do artigo acima, depreende-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas versa acerca de uma metodologia que prescreve um tipo de rompimento na cognição do processo, engendrando o

⁸⁸² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, alterações e supressões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Obtemperou Donizetti sobre o disposto no artigo 927, inciso V do CPC (2018, p. 1043): “(...) o inciso V torna obrigatória a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados. Assim, a decisão do Plenário do STF vinculará todos os juízes e tribunais, sem exceção, incluindo o próprio STF, salvo na hipótese de revisão da orientação; a decisão do Plenário do STJ e do Órgão Especial, em matéria de legislação federal, terá que ser observada pelo próprio STJ, pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelos juízes a eles vinculados; as decisões do Plenário ou Órgão Especial dos Tribunais Regionais Federais vincularão os seus próprios membros e os juízes federais; e as decisões do Plenário e do Órgão Especial dos Tribunais Estaduais serão obrigatoriamente observadas pelos seus membros e pelos juízes estaduais”. (DONIZETTI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª Ed. Atlas: São Paulo, 2018).

⁸⁸³ Assim está disposto no referido artigo: Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

juízo de temas correntes em demandas repetitivas para os magistrados de segundo grau, dando origem a um tipo de “mecanismo-modelo”. A concepção do Novo Código de Processo Civil de 2015 pretendeu assim superar a simples eficácia do positivismo instrumental, e alcançar a real efetividade processual. Neste sentido o IRDR tem a intenção de uniformizar interpretações e proporcionar a celeridade no julgamento das ações judiciais, uma vez assentado o “mecanismo-modelo” pelo segundo grau forense. Desta feita, o Juízo de primeiro grau, após a instalação e o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, terá a obrigação de observar (e aplicar) o modelo decisório instituído, porém com autoridade e legitimidade para verificar e cumprir as especificidades de cada situação concreta⁸⁸⁴.

Os litígios em massa são o fundamento e a razão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, tendo o potencial de solucionar diversas

ações repetitivas dispensáveis que, quase em sua totalidade, sobrecarregam os Tribunais, causando demora e atraso na prestação jurisdicional. Por essas razões, os processos repetitivos, que se enfileiram de maneira a congestionar e superlotar as vias judiciais, demandam um regime processual personalizado, com metodologia própria, e que tenha como finalidade a atribuição de solução em prioridade, de maneira uniforme e racional. Nesse sentido, a comissão de operadores do direito responsável pela elaboração do anteprojeto do NCPC 2015 se ocupou em atentar pela célere solução das demandas, buscando mais efetividade processual e tratando de combater a morosidade judicial, sem que houvesse violação de direitos e garantias fundamentais⁸⁸⁵.

A apreciação do inciso I, do artigo 976, do Código de Processo Civil, de maneira literal deixa uma incerteza ao conter previsão de que o incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser instaurado quando ocorrer a

⁸⁸⁴ CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

⁸⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, alterações e supressões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Conforme já divagado, o IRDR difere do incidente de assunção de competência, porque aquele visa meramente a formação de uma tese jurídica a ser aplicada e não o julgamento de um caso concreto. Neste sentido escreveu Theodoro Júnior (2015, p.736): “O incidente de resolução de demandas repetitivas não reúne ações singulares já propostas ou por propor. Seu objetivo é apenas estabelecer a tese de direito a ser aplicada em outros processos, cuja

existência não desaparece, visto que apenas se suspendem temporariamente e, após, haverão de sujeitar-se a sentenças, caso a casos, pelos diferentes juízes que detêm competência para pronunciá-las. O que momentaneamente, aproxima as diferentes ações é apenas a necessidade de aguardar o estabelecimento da tese de direito de aplicação comum e obrigatória a todas elas. Consta do enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): 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”.

repetição de processos que possuam controvérsia sobre a mesma matéria unicamente de direito, dando a entender que havendo diferentes questões de fato em tais ações não seria possível a instauração do referido incidente. Assim sendo, é importante a análise deste dispositivo legal com certa flexibilidade, já que mesmo havendo diversidade de fatos, a temática em matéria jurídica pode ser a mesma. Por exemplo, podem ocorrer diferentes inscrições de nomes para cadastros de maus pagadores por um motivo comum, com cada parte autora indicando um fato próprio diferente, já que cada inclusão de nome é um fato. Entretanto, nessa situação, o motivo da inclusão dos diferentes nomes nos registros dos maus pagadores é comum, não sendo relevante a variação dos fatos para o firmamento da tese jurídica. A variedade de elementos capazes de impedir a propositura do incidente de resolução de demandas repetitivas tem o dever de ser aquela passível de influenciar a colocação do direito à situação concreta, já que existindo diferentes fatos com início comum, há de ser passível o incidente em tela⁸⁸⁶.

No projeto de lei do Novo Código de Processo Civil, aprovado pela

Câmara dos Deputados, era possível verificar regramento expresso que ditava que incidente de resolução de demandas repetitivas poderia ser suscitado frente ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, ou seja, a competência para julgar o referido incidente era somente dos Tribunais em sede de segundo grau de jurisdição. Entretanto, tal regramento foi retirado da versão final do texto do Novo CPC, que foi aprovado pelo Senado Federal, o que não foi suficiente para retirar dos Tribunais de Justiça de segundo grau essa competência. Tal conclusão pode ser obtida porque o artigo 987, *caput*, do CPC, prevê que, do julgamento do mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, caberá recurso extraordinário ou especial, e, também, porque o artigo 982, inciso I, do CPC afirma que, admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso⁸⁸⁷.

O projeto de lei do NCCPC aprovado pela Câmara também apresentava disposição expressa de que o incidente só poderia ser suscitado enquanto pendente qualquer processo que fosse da competência do Tribunal.

⁸⁸⁶ CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015. É no artigo 977 do Código de Processo Civil que estão previstos expressamente os legitimados para a instauração do IRDR: Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Parágrafo único. O ofício ou a

petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

⁸⁸⁷ GRISTELLI, Nico. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4912, 12 dez. 2016 - Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54456>. Acesso em 25.06.2022.

Novamente, a eliminação de tal regramento expresso da versão final do NCPD não poderia alterar esta realidade, já que nos termos do artigo 978, § único deste *Codex*, o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente, e de fixar a tese jurídica, julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente⁸⁸⁸. Embora o Código de Processo Civil não tenha disposição expressa sobre a competência interna dos Tribunais para o julgamento do incidente, foi criado um regramento específico dizendo que a eleição será efetuada pelos seus respectivos regimentos internos. Isso porque o artigo 978, *caput*, do CPC diz que o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do Tribunal.

No que diz respeito à competência interna do Tribunal para emanar decisão sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, o projeto de lei aprovado pela Câmara Federal dispunha inicialmente que a competência seria do Plenário, ou

então, do Órgão Especial do Tribunal, por conta de o tema a ser resolvido tratar de inconstitucionalidade de preceito. Novamente, tal regra foi retirada do texto final do Novo Código de Processo Civil pelo Senado em decorrência da norma prevista na Constituição Federal, em seu artigo 97, no sentido de que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público⁸⁸⁹.

4. O DIREITO DE RECLAMAÇÃO

A previsão legal da reclamação no ordenamento jurídico brasileiro sinaliza a ocorrência de desvios efetuados por órgãos do próprio Poder Judiciário que se apossam da competência de outros hierarquicamente superiores, ou o eventual não cumprimento dos comandos decisórios proferidos por estes últimos, de forma que, idealmente, não seria atrativo ou interessante sua previsão ou utilização⁸⁹⁰. Com a regulamentação do instituto da reclamação pelo Código de

⁸⁸⁸ CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

⁸⁸⁹ Assevera Neves: “Os tribunais de superposição não têm competência para julgar originariamente o incidente de resolução de demandas repetitivas, mas poderão participar do julgamento em grau recursal e proferir decisão determinando a suspensão de todos os processos em trâmite no território nacional, como será analisado no momento adequado”. Neste sentido, não é diferente a orientação

contida no Enunciado 343 do FPPC: “O incidente de resolução de demandas repetitivas compete ao tribunal de justiça ou tribunal regional”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, alterações e supressões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 506.

⁸⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017. Prevê o artigo 988 do Código de Processo Civil: Art. 988. Caberá

Processo Civil, tal instrumento passou a pertencer também ao direito processual civil, deixando de ser apenas um mecanismo constitucional. Nesses termos, passou a ser possível o ajuizamento da reclamação perante qualquer Tribunal, podendo também ser oferecida pelo Ministério Público ou por qualquer parte interessada⁸⁹¹.

O não cumprimento do disposto em súmula vinculante do STF é ensejador de reclamação que está prevista no artigo 988, inciso III, do Código de Processo Civil. Nesses termos, a reclamação é o mecanismo disponível para garantir a observância das súmulas vinculantes do STF, previsto na Constituição Federal, no art. 103-A, § 3º, e das suas decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, atentando-se ao fato, nos termos do § 5º, inciso I, do art.

988 do CPC, de que ela deva ser proposta antes do trânsito em julgado da decisão reclamada⁸⁹². Neste sentido, assim foi formulada a Súmula 734 do STF: “*Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal*”.

No caso de desatendimento de súmula vinculante, para o oferecimento da reclamação é primordial a comprovação de que o pressuposto fático de incidência da súmula é igual ao da decisão objeto da ação, sem que recaiam dúvidas a respeito disso. O que a legitima, assim, é a ofensa ou desrespeito ao entendimento sumulado. Já perante o método de julgamento de casos repetitivos e resolução de demandas repetitivas, resulta-se o precedente vinculante de

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; § 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. § 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal. § 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível. § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não

aplicação aos casos que a ela correspondam. § 5º É inadmissível a 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. § 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

⁸⁹¹ CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁸⁹² NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 18ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

Tribunal, sendo obrigatória sua observância e aplicação, que, nos termos do art. 988, inciso IV do CPC, também poderá ser exigida por meio de reclamação. O *decisum* resultante do incidente de assunção de competência também contém efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, nos termos do artigo 947, § 3º, do CPC, e, em caso de sua inobservância, também será cabível o oferecimento da reclamação⁸⁹³.

Em atenção ao disposto no § 5º do art. 988 do CPC, o prazo para o oferecimento da reclamação contra inobservância de acórdão de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, somente passa a ser computado quando esses recursos forem decididos em definitivo pela instância ordinária. Dessa forma, tendo o acórdão sido emitido por determinado Tribunal, inicia-se o prazo para a interposição do recurso especial e/ou extraordinário, conjuntamente com o prazo para o ajuizamento da reclamação⁸⁹⁴.

Por fim, com fulcro no § 6º do art. 988 do CPC, o instituto da reclamação pode ser proposto simultaneamente ao recurso cabível para impugnar o ato judicial que foi reclamado. Assim sendo, nada impede que a reclamação seja julgada se aquele recurso impugnativo

não for conhecido, ou se for julgado com exame de seu mérito⁸⁹⁵.

5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUAS HIPÓTESES DE EFICÁCIA VINCULANTE

O controle de constitucionalidade de atos normativos se trata da observação por um órgão competente da combinação ou concordância de uma norma positiva específica, levando-se em conta a Constituição Federal, que justifica e esclarece a validade e vigência dessa norma, impossibilitando que seja contraposta por aquela norma de categoria inferior. Efetuar controle de constitucionalidade é sinônimo de checar a adequação (compatibilidade) de uma espécie legal, ou de um comando normativo, com a Constituição Federal, observando suas premissas materiais e formais⁸⁹⁶.

O controle de constitucionalidade tem a possibilidade de ser “preventivo”, ou seja, aquele que ocorre na constância do processo legislativo de criação de espécie normativa, e anteriormente ao ingresso em nosso ordenamento jurídico do projeto de lei, ou “repressivo”, que seria o efetuado sobre a legislação publicada em si, e não mais sobre o seu pretérito projeto de lei, sendo posterior então ao

⁸⁹³ CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁸⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil*

Comentado. 18ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

⁸⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁸⁹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

processo de criação de lei efetuado pelo Legislativo. No controle de constitucionalidade “repressivo” há dois mecanismos de controle a serem exercidos pelo Poder Judiciário: a) controle difuso, concreto ou aberto, ou de via de exceção; b) controle concentrado, abstrato ou reservado, ou de via de ação⁸⁹⁷.

Em relação ao controle difuso, ou concreto de constitucionalidade, que é exercido por qualquer juiz de direito ou Tribunal, a totalidade de comandos normativos (leis ou atos normativos municipais, estaduais ou federais) estão relacionadas a esta espécie de controle, observando-se a competência do órgão julgador. Designado também como controle de constitucionalidade por via de exceção, tal método é caracterizado pela aquiescência a qualquer juiz de direito ou Tribunal de efetuar no caso concreto o estudo a respeito da harmonia e da afinidade do ato normativo com a Constituição⁸⁹⁸.

Nesse tipo de controle de constitucionalidade, a manifestação do Poder Judiciário, a respeito de eventual

inconstitucionalidade de espécie normativa, não é realizada enquanto pronunciamento em torno do objeto principal da lide, sendo realizado acerca de tópico prévio, imprescindível ao julgamento e à resolução do mérito da causa. Nesse sentido, o que é agraciado ao interessado é a possibilidade de lograr a declaração judicial de inconstitucionalidade apenas para o objetivo de desobrigá-lo, no caso existente, da observância da lei ou ato normativo, desenvolvidos em oposição à Carta Magna⁸⁹⁹.

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. A declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, o objeto principal da ação. Porém, é importante ressaltar que esse ato normativo ou lei, declarado inconstitucional, por meio desse método difuso de controle de constitucionalidade, conserva-se válido e vigente no que diz respeito à sua força

⁸⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁸⁹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁸⁹⁹ Marinoni, Sarlet e Mitidiero explicam a possibilidade de juízes e tribunais reconhecerem, de ofício, a inconstitucionalidade de algum ato normativo: “O exercício do poder jurisdicional impõe a análise da lei aplicável ao caso concreto. Ora, se a tarefa do juiz consiste, precipuamente, na aplicação da lei diante dos fatos que lhe são expostos, tendo ele, por consequência, o poder e o dever de controlar a constitucionalidade da

lei na forma incidental, não há racionalidade em limitar a sua atuação à arguição de inconstitucionalidade de parte, terceiro ou mesmo do Ministério Público. Seria certamente equivocado pensar que a inconstitucionalidade da lei, quando não invocada pelos litigantes, não mais importaria ao judiciário. Raciocínio desse porte conduziria a absurda conclusão de que a constitucionalidade da lei é questão das partes e não do poder incumbido de aplicá-la”. (MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 973).

obrigatória em relação a terceiros, não tendo assim os juízes e Tribunais o dever de observá-lo, conforme rege o artigo 927, inciso I, do CPC, e nem tendo eficácia vinculante⁹⁰⁰.

Há também o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, onde se busca atingir a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de legislação ou de ato normativo, em tese, independentemente da ocorrência de um caso concreto. Almeja-se com ele a invalidação ou a convalidação da legislação, com o objetivo de salvaguardar a segurança jurídica, já que esta não pode ser fundamentada em normas com qualidades inconstitucionais. Dessa forma, o objeto

principal da ação a ser proposta é o reconhecimento da constitucionalidade ou a manifestação acerca da inconstitucionalidade de ato normativo⁹⁰¹.

É primordial aqui salientar que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação de ato normativo nos termos da Constituição Federal, e a declaração parcial de sua inconstitucionalidade, sem redução de texto, emanadas em sede de ADC ou de ADIN, possuem eficácia contra todos (*erga omnes*), e efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e a todos os órgãos da Administração Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, nos termos do art. 102, § 2º da Constituição Federal⁹⁰². Ao passo que a eficácia *erga*

⁹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁹⁰¹ CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. No ordenamento jurídico do Brasil estão previstas as seguintes espécies de controle concentrado de constitucionalidade: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI ou ADIN (art. 102, I, a, CF/88); b) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON ou ADC (art. 102, I, a, CF/88): Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; c) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIN Interventiva (art. 36, III, CF/88): Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: (...). III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso

de recusa à execução de lei federal. d) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIN por Omissão (art. 103, § 2º, CF/88): § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º, CF/88): § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

⁹⁰² Art. 102, § 2º: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

omnes garante que o alcance do *decisum* do Supremo Tribunal Federal atinja a todos, tendo havido ou não a atuação no processo, a eficácia vinculante assegura que os poderes Judiciário e Executivo atenderão ao teor do decisório em sua incumbência funcional, sobrevivendo o impedimento de adoção e uso do ato normativo declarado inconstitucional, tendo havido, ou não, a sua revogação formal, ou a suspensão de sua execução pelo Poder Legislativo, conforme dispõe o artigo 52, X, da Constituição⁹⁰³.

Deve-se levar em conta que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade especificamente não possui efeito vinculante perante o próprio Supremo Tribunal Federal, do que emanou essa declaração. A decisão proferida pela Suprema Corte, ao exercer o controle concentrado de constitucionalidade, não constitui coisa julgada material. Embora o que se espera é certa estabilidade do julgado, em respeito ao princípio da segurança jurídica, há a possibilidade de o Pretório Excelso reapreciar a matéria em ocasião diversa, sob o prisma de uma nova interpretação e avaliação dos valores e princípios previstos constitucionalmente. O STF pode então, por exemplo, declarar a

inconstitucionalidade de norma preteritamente entendida como constitucional, se houver relevante alteração nas circunstâncias de fato, ou significativa mudança das convicções jurídicas majoritárias⁹⁰⁴.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de caráter subsidiário, é regida pelo artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, não sendo assim admitido o seu ajuizamento quando for cabível qualquer outro meio que seja eficaz de sanar a lesividade. A finalidade dessa ação é deter e erradicar do ordenamento jurídico quaisquer atos do Poder Público que ofendam de alguma maneira os preceitos fundamentais. Nos ditames do art. 10, § 3º, da lei supracitada, da mesma maneira como ocorre em sede de julgamento da ADIN e da ADC, o ato decisório emanado no processo de ADPF produzirá eficácia *erga omnes* e terá efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, e da Administração Pública, relativa a todos os entes federativos⁹⁰⁵.

6. AS SÚMULAS VINCULANTES

As súmulas vinculantes foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 45, publicada em 30

⁹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

⁹⁰⁴ BARBOSA, Júlia Fresteiro. *A Modulação dos Efeitos na Ação Direta de Inconstitucionalidade*

Julgada Improcedente. Disponível em: <http://www.jus.com.br/artigos/25382/a-modulacao-dos-efeitos-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-julgada-improcedente>. 13/09/2013. Acesso em 26.06.2019.

⁹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

de dezembro de 2004. Ao contrário das súmulas emanadas dos Tribunais, que manifestam as suas concepções firmadas, mas que não possuem força de observância obrigatória perante os seus membros, as súmulas vinculantes deverão ser, obrigatoriamente, empregadas pelos outros órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta, em todas as suas esferas federativas⁹⁰⁶.

Assim, a súmula vinculante pode ser entendida como sendo especial em relação à súmula comum (súmula persuasiva), porque se não for precisamente cumprida, a decisão judicial que a violar é passível de ser questionada perante o próprio Supremo Tribunal Federal, através de um instrumento denominado de reclamação constitucional.⁹⁰⁷

A competência para editar súmulas vinculantes é exclusiva e privativa do Supremo Tribunal Federal,

de forma que as súmulas emitidas pelos outros Tribunais jamais serão dotadas de eficácia vinculante. Para que seja dotada de efeito vinculante, a aprovação de súmula emitida pelo STF deve ser feita por oito dos seus onze ministros, conforme prevê o artigo 8º da Emenda Constitucional nº 45/04, *in verbis*: *As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.*

O instituto da súmula vinculante pode ser entendido como um elo entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade⁹⁰⁸. Isto porque nas ações do controle concentrado de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), o STF profere seu *decisum* em uma única ocasião, e o

⁹⁰⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. Dispõe o artigo 103-A da Constituição Federal: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante

multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁹⁰⁷ CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

juízo de mérito da ADIN ou ADC, conforme rege o artigo 102, § 2º, da Constituição, tem “*eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”.

A repetição de julgados do Supremo Tribunal Federal somente pode ser verificada quando este pratica o controle de constitucionalidade de maneira difusa, realizado na hipótese concreta, e sendo aplicável somente às partes do processo. A súmula terá como finalidade a validação, o entendimento e a eficácia de normas específicas, sobre as quais exista controvérsia contemporânea entre os Tribunais ou entre os órgãos do Judiciário e a Administração Pública, acarretando insegurança jurídica e reiteração de processos sobre idêntica temática. A tal decisão, proferida no caso concreto, pode ser conferido efeito para todos (*erga omnes*) no caso de, ao ser dada ciência ao Senado Federal, este sustar a norma jurídica entendida como inconstitucional, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição. Se a sustação não ocorrer, os processos reiterados continuariam a desembarcar no Pretório Excelso, porquanto cada decisão proferida, regra geral, somente possui alcance perante as partes. Entretanto, sendo possível a edição da súmula vinculante, aquilo que foi repetidamente decidido no controle

difuso de constitucionalidade terá a mesma eficácia vinculatória da decisão proferida no exercício do controle concentrado.⁹⁰⁹

Por fim, convém ressaltar que o próprio STF não fica necessariamente vinculado à súmula vinculante que emitiu, podendo então modificar seu entendimento a respeito de um objeto por ele próprio julgado no passado. Isto porque a interpretação firmada pelo Supremo não pode tornar-se absolutamente permanente, sendo cabível a faculdade de evolução de entendimento judicial. Idêntico entendimento é aplicado ao Poder Legislativo, que não fica obrigado a obedecer à súmula vinculante ou às decisões judiciais proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade para legislar, sob pena de ocorrência de fossilização ou de petrificação social⁹¹⁰.

7. O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, em seu artigo 947, o incidente de assunção de competência, que possui por finalidade a firmação de teses pelos Tribunais a respeito de importantes temas de direito. Tal incidente constitui-se numa reformulação da antiga regra prevista no artigo 555, §1º do CPC de 1973 (então chamada de “incidente de relevância” ou de “delegação de competência”), a

⁹⁰⁹ CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

qual previa que ocorrendo relevante questão jurídica, que fizesse conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do Tribunal, poderia o relator propor fosse o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicasse e, reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgaria o recurso⁹¹¹.

É essencial investigar os atributos do incidente de assunção de competência, já que tal instituto se apresenta como uma das grandes novidades trazidas pelo diploma processual civil vigente, inclusive no que diz respeito à geração de um acervo de precedentes vinculantes⁹¹². Denota-se que o incidente de assunção de competência possui qualidades e traços específicos, que podem ser observadas

⁹¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, alterações e supressões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Enuncia Bueno: “O incidente de assunção de competência é figura voltada para a *uniformização* da jurisprudência de todo e qualquer Tribunal. Como é notório, a preocupação com a isonomia, previsibilidade e segurança jurídica das decisões judiciais é ponto central no CPC de 2015, o que leva o instituto aqui em comento a desempenhar um papel fundamental na busca de concretização desses fins, especialmente a partir da expressa função de gerar um *precedente vinculante*. Eis aí o ponto alto do instituto, seja como norma em si, no bojo de toda a codificação, que serve para alcançar os objetivos primordiais almejados pelo CPC de 2015, seja como inovação em relação ao CPC de 1973, que previa, de forma tímida e marginal de todo o sistema codificado, a assunção de competência, mas sem a força vinculante da qual foi dotada pela novel legislação. O artigo 555, § 1º, do CPC de 1973 não foi previsto por Buzaid na versão original do Código, mas sim introduzido pela segunda onda reformadora, em 2001, que inseriu esse parágrafo em artigo que tratava do julgamento da apelação e do agravo nos tribunais. A novidade tinha claríssima relação com o então já tradicional *incidente de uniformização de jurisprudência*, arts. 476 e seguintes do CPC de 1973, o qual exercia papel de combate à divergência jurisprudencial depois que essa já estivesse instalada, *repressivamente*, portanto, ao passo que a nova assunção de competência

passaria a exercer o papel de combate preventivo, ou seja, para evitar que houvesse julgados contraditórios no âmbito do mesmo tribunal, quando fosse *conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*, como expressamente previu o referido § 1º”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90.

⁹¹² Prevê o artigo 947 do Código de Processo Civil de 2015: Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. § 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar. § 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência. § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. § 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

nas situações em que é cabível, bem como nos requisitos de sua instauração. A decisão resultante do seu julgamento apresenta efeito vinculante, já que o §3º do art. 947 do CPC tornou indiscutível o poder de vinculação do acórdão de julgamento, até o momento que houver revisão de tese⁹¹³. Conforme determina o artigo 947 do CPC, a instauração do incidente de assunção de competência é cabível em três situações em que ao órgão colegiado de Tribunal é dada a tarefa de conhecer uma causa jurídica: no caso de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária que envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Dessa forma, há de se levar em conta a inquestionável competência dos Tribunais para o processamento do referido incidente, provocada pelo relator⁹¹⁴. Embora na hipótese de reexame necessário a instauração do referido incidente sempre deva ocorrer perante um tribunal de segundo grau,

nos casos de recurso, ou de processo de competência originária, também é viável a sua instauração frente ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal⁹¹⁵.

É importante observar que não se confunde o incidente de assunção de competência, previsto no artigo 947 do Código de Processo Civil, com o incidente de uniformização de jurisprudência, expresso no artigo 926, ou mesmo com o incidente de resolução de demandas repetitivas, capitulado no artigo 976 do mesmo *Codex*. Isto porque, o artigo 947 do CPC, ao reger o incidente de assunção de competência, prevê a faculdade de o relator, no julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária, verificando a ocorrência de *relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*, propor, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria

⁹¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016

Theodoro Júnior elencou os pressupostos condicionantes da assunção de competência, bem como seus requisitos: “(...) a assunção de competência está condicionada aos seguintes pressupostos: (a) processo em estágio de julgamento em curso, de sorte que se o resultado já foi proclamado, não haverá mais possibilidade de instaurar-se o incidente; (b) a divergência não pode ser entre posições de juízes e tribunais diversos, haverá de ser apenas entre órgãos do próprio tribunal; o incidente ocorre sobre questão que não se repete ainda em múltiplos processos. (...). É essencial que a

questão de direito envolvida na lide (i) seja relevante, (ii) tenha grande repercussão social, (iii) não haja sido repetida em múltiplos processos, (iv) de modo a tornar conveniente ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 825)

⁹¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁹¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

Pública, seja o recurso julgado pelo respectivo órgão colegiado que o regimento indicar.

No incidente de uniformização de jurisprudência o que se atribui ao órgão indicado pelo regimento interno, dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do Tribunal, é apenas e tão somente a definição de tese jurídica a ser aplicada, mantendo-se a competência para o julgamento do caso concreto ao relator de origem, com sua respectiva câmara ou turma julgadora. O que ocorre no incidente de assunção de competência é verdadeiro repasse de competência da câmara ou turma julgadora para o órgão colegiado indicado no regimento interno, ficando este incumbido do total julgamento da causa, inclusive das matérias de fato que possam ensejar entendimento de sua procedência, ou não⁹¹⁶.

Assim sendo, o atributo que melhor diferencia o incidente de assunção de competência dos demais incidentes que visam à uniformização de jurisprudência, é que através dele se dá, de forma prioritária e eficaz, o

julgamento de um caso específico e concreto, explicitando com ele uma *ratio decidendi*, fato este que não ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas e nem nos atos de criação de súmulas vinculantes ou de orientações de jurisprudência⁹¹⁷.

Nesse ponto, ressalta-se também o regramento contido no art. 927 do CPC, que impõe aos juízes e aos Tribunais a observância dos acórdãos em incidente de assunção de competência. O acórdão que é fruto do julgamento do incidente de assunção de competência origina e determina uma tese sobre importante tema de direito, de relevante interesse público, que terá efeito vinculante e de aplicação obrigatória por todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo Tribunal que proferiu o *decisum*. Isso quer dizer que, frente a casos posteriores, que apresentarem a mesma razão de decidir da tese jurídica fixada, o órgão julgador, associado ao Tribunal que fixou o paradigma, deverá utilizar o mesmo entendimento jurídico contido no acórdão do incidente de assunção de competência instaurado⁹¹⁸.

⁹¹⁶ SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e; MOUZALAS, Ilcléia Cruz de Souza Neves. O Incidente de Uniformização dos Arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2879, 20 maio 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19155>. Acesso em: 20/06/2022.

⁹¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016. O efeito vinculante do acórdão proferido em incidente de assunção de competência está previsto em diversos artigos do CPC de 2015. Além do §3º do art. 947,

destacam-se os teores dos arts. 332, inciso III e 932, inciso IV, alínea c: Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: (...) III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; art. 932. Incumbe ao relator: (...) c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

⁹¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Dessa feita, além de impedir a ocorrência de discrepâncias internas de entendimento no Tribunal, o incidente de assunção de competência exercerá a atribuição de expandir a tese jurídica fixada, garantindo segurança jurídica e maior estabilidade jurisdicional através da uniformização de concepção. Na hipótese de o órgão fracionário ou juiz proferirem decisão sem a devida observância, ou com uso incorreto da tese jurídica fixada no referido incidente, a parte interessada, ou o Ministério Público, poderão propor Reclamação perante o presidente do Tribunal em tela, sendo então julgada pelo órgão jurisdicional cuja autoridade se pretenda garantir, nos termos do art. 988, inciso IV e parágrafos do Código de Processo Civil⁹¹⁹. A tese jurídica definida na ocasião do julgamento do incidente de assunção de competência poderá ser revista, conforme prevê a parte final do § 3º do artigo 947 do CPC, na hipótese de ocorrer evolução no entendimento jurídico sobre o tema, por meio de método conhecido como *overruling* (sobrelavação ou superação). Tal revisão será feita na ocasião de o Tribunal entender que o precedente está desatualizado e ultrapassado, devido à nova atualidade conjuntural, ou errôneo, e que não deve mais ser empregado em julgamentos futuros. Entretanto, a revisão apenas poderá ser efetuada pelo próprio órgão que fixou a

tese jurídica a ser revista, sob o risco de perda de sua eficácia vinculante⁹²⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os precedentes vinculantes, ou obrigatórios, estão contemplados no nosso sistema processual civil. Importante consignar que a obrigatoriedade da aplicação de um precedente cinge-se aos fundamentos determinantes de uma decisão (*ratio decidendi*). O denominado efeito vinculante implica na observância, pelos demais órgãos judiciais, das razões que levaram o Tribunal Superior a decidir de determinada forma. As decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ostentam eficácia vinculante e *erga omnes*. Desse modo, tem-se que *ratio decidendi* de uma decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade é de incidência obrigatória para todos os juízes e Tribunais, submetidos ao Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional.

Está contida no art. 103-A, da Constituição Federal, a fundamentação das súmulas vinculantes, sendo sua edição de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Interessante

⁹¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁹²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

notar que as referidas súmulas vinculam a própria Corte Constitucional, os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a própria Administração Pública. Relevante pontuar que também possuem efeito vinculante os precedentes firmados por intermédio do incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas, e os recursos especiais e extraordinários repetitivos, os quais, todos juntos, formam um microssistema de precedentes vinculantes.

Força convir que os órgãos do Poder Judiciário devem respeitar o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, bem como o do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional. Por fim, impende destacar que os precedentes firmados pelo Órgão Plenário de um Tribunal, composto por todos os seus membros, ou pelo Órgão Especial, previsto para os Tribunais maiores, que contam com mais de 25 (vinte e cinco) julgadores, vinculam os próprios órgãos fracionários dos Tribunais, assim como os demais juízes a ele hierarquicamente submetidos.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Júlia Fresteiro. *A Modulação dos Efeitos na Ação Direta de Inconstitucionalidade Julgada Improcedente* - Disponível em: <http://www.jus.com.br/artigos/25382/a-modulacao-dos-efeitos-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-julgada-improcedente>. 13/09/2013. Acesso em 26.06.2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 1973.
- BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUZAID, Alfredo. *Anais do VI Encontro dos Tribunais de Alçada do Estado de Minas Gerais-BH*, 31 de maio a 03 de junho de 1983.
- CARDOSO, Antonio Pessoa. *Órgãos Especiais nos Tribunais*. 17/06/2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240887,61044-Orgaos+Especiais+nos+tribunais>. Acesso em: 26.06.2022.
- CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DE SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito*

- Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª Ed. Atlas: São Paulo, 2018.
- GONZAGA, Alvaro de Azevedo; LABRUNA, Felipe; BARBOSA, Jéssyca Verucy R. Considerações sobre a sistemática de precedentes judiciais do CPC de 2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, nº 02, pp. 22-44, maio/ago/2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54060>. Acesso em: 12.12.2022.
- GRISTELLI, Nico. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4912, 12 dez. 2016 - Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54456>. Acesso em 25.06.2022.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Vol. 1 Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed, São Paulo: Saraiva, 2015
- MAXILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Inovações, alterações e supressões*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 18ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- PINHEIRO, Rodrigo Paladino. A súmula como ferramenta facilitadora do Direito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31/10/2007 - Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-sumula-como-ferramenta-facilitadora-do-direito/>. Acesso em: 27.06.2022.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA, Rinaldo Mouzalas de Souza e; MOUZALAS, Ilcléia Cruz de Souza Neves. O Incidente de Uniformização dos Arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2879, 20 maio 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19155>. Acesso em: 20/06/2022.
- SOUZA, Rogerio de Oliveira. *A Afirmação do Tribunal Pleno: A Redemocratização do Poder Judiciário Brasileiro*. 31/03/2012. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-afirmacao-do-tribunal-pleno-a-redemocratizacao-do-poder-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 28/06/2022.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as*

súmulas vinculantes? Porto Alegre:
Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo CPC*
– Fundamentos e Sistematização. Rio
de Janeiro: Forense, 2015.

A RELEVÂNCIA DA QUESTÃO DE DIREITO FEDERAL NO RECURSO ESPECIAL: FILTRO OBSTATIVO DE CONHECIMENTO OU INSTRUMENTO DE INTEGRAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE DEMANDAS REPETITIVAS?⁹²¹

THE “RELEVANCE OF THE FEDERAL LAW” IN THE SPECIAL APPEAL: OBSTRUCTIVE FILTER OF KNOWLEDGE OR INSTRUMENT FOR INTEGRATING THE MICROSYSTEM OF REPETITIVE CASES?

Fernando Natal Batista

Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP (linha de pesquisa: Direito Processual Civil na Ordem Constitucional). É Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. É membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil - ABPC. É autor do livro: “A questão da arguição de inconstitucionalidade no recurso especial e a legitimação do Superior Tribunal de Justiça no exercício da jurisdição constitucional”, publicado pela Editora JusPodivm (2018). É coautor do livro “Atualidades em Processo Civil: estudos em homenagem ao professor Jorge Amaury Maia Nunes”, pela Editora Gazeta Jurídica (2021). Pesquisador no Grupo de Pesquisa Processo Civil à luz da Constituição de 1988, liderado pelo Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier. É professor da Graduação em Direito e da Especialização em Direito Processual Civil do IDP e do IDP Online. E-mail: fernando.batista@idp.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1792114724870830>.

*"L'uniformità nella interpretazione e nell'applicazione del diritto costituisce da molto tempo un valore fondamentale (si potrebbe dire addirittura: un oggetto del desiderio) presente in pressochè tutti gli ordinamenti"*⁹²²
(Michele Taruffo).

RESUMO: O presente ensaio pretende, a partir da abordagem dogmática de seus tópicos estruturais, tecer reflexões sobre a adoção da relevância da questão federal, nos termos da redação do art. 105, III, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988, incluída

pela Emenda Constitucional 125/2022. Como ponto central, trabalha a hipótese-problema se o novel instituto se trata de um filtro obstativo de conhecimento ou de um instrumento de integração do microssistema de demandas repetitivas, inaugurado pela EC 45/2004 e operacionalizado pelo Código de Processo Civil de 2015. Tem, ainda, como objetivos gerais: a) analisar, a partir da teoria dos precedentes do CPC de 2015 e da modificação advinda pela EC 125/2022 na competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, a sua reconfiguração sistêmica

⁹²¹ Artigo recebido em 28/07/2022 e aprovado em 13/12/2022.

⁹²² Em livre tradução: “A uniformidade na interpretação e aplicação do direito há muito é um valor fundamental (pode-se mesmo dizer: um objeto de desejo) presente em quase todos os ordenamentos jurídicos”.

enquanto Corte de Precedentes; b) examinar se essa novidade recursal representa alijamento ao princípio do acesso à justiça. Da análise da delimitação dos marcos teóricos, como forma de se obter o resultado os objetivos traçados, chega-se à conclusão de que poderá ser utilizado tanto como filtro obstativo (no caso do temário da irrelevância) quanto técnica de julgamento, quando reconhecida a relevância da questão de direito federal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil; jurisdição constitucional; recurso especial; EC 125/2022; relevância da questão de direito federal.

ABSTRACT: This essay intends to reflect on the adoption of the relevance of the federal issue, in the terms of the art. 105, III, §§ 2 and 3, on the Federal Constitution/1988, included by Constitutional Amendment 125/2022. As a central point, it discusses the novel institute, if it is an obstative filter of knowledge or an instrument for integrating the microsystem of repetitive demands, inaugurated by EC 45/2004 and operationalized by the Civil Procedure Code of 2015. Also, as general objectives, intends: a) to analyze, from the theory of precedents (CPC/2015) and the modification brought about by EC 125/2022 in the appeal competence of the Superior Court of Justice, its systemic reconfiguration as Court of Precedent; b) examine whether this new appeal represents a jettisoning the principle of access to justice. From the analysis of the theoretical references, as a way of

obtaining the result of the delimited objectives, it is concluded that it can be used both as an obstacle filter (in the case of the irrelevance issue) and as a judgment technique when presents the relevance of the question of federal law.

KEYWORDS: Civil Procedure; constitutional jurisdiction; special appeal; EC 125/2022; relevance of the federal law.

INTRODUÇÃO

O presente artigo almeja, a partir da abordagem dogmática dos referenciais teóricos percorridos no desenvolvimento de seus tópicos estruturais, refletir sobre a adoção da relevância da questão de federal, nos termos da redação do art. 105, III, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988, incluída pela Emenda Constitucional 125/2022, promulgada em 15 de julho de 2022.

Como ponto central, trabalha a hipótese-problema se o novel instituto se trata de um filtro obstativo de conhecimento ou de um instrumento de integração do microsistema de demandas repetitivas, inaugurado pela EC 45/2004 e operacionalizado pela EC 125/2022, à luz da mudança de paradigma trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. Tem, ainda, como objetivos gerais: a) analisar, a partir da teoria dos precedentes do CPC de 2015 e, por conseguinte, da modificação da competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça, a sua reconfiguração sistêmica enquanto Corte de Precedentes; b)

examinar se essa novidade recursal representa alijamento ao princípio do acesso à justiça, corolário de direito material e processual tão caro e importante ao Estado Democrático de Direito.

Como é sabido, desde a promulgação do Decreto 848, de 1890 (o qual embrionariamente organizou a Justiça Federal), a república brasileira, ao longo dos séculos dezenove e vinte, modificou-se profundamente e o Judiciário teve, enquanto função/poder estatal, que acompanhá-la. E, relativamente a evolução histórica de nosso país, podemos assim, exemplificar: a) geograficamente, assistiu-se à interiorização da ocupação do território nacional e o crescimento demográfico; b) mercadologicamente, ocorreu a industrialização e o desenvolvimento econômico da nação; e, por fim, c) coletivamente, eclodiu a nova complexidade dos problemas sociais, dos contratos de massa e a expansão dos meios de comunicação.

A partir desse cenário evolucionista social nacional, tornou-se necessária, para garantir a eficácia do provimento jurisdicional e a segurança jurídica de nosso ordenamento, a cisão da competência do Supremo Tribunal Federal que, desde a Constituição de 1934 (art. 76, 2, III) até a promulgação da Constituição Federal de 1988, cabia a

guarda da Constituição e também a uniformização da legislação federal.

Assim, durante os trabalhos constituintes da nossa atual Carta Democrática, no âmbito da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, instalada pela Assembleia Nacional Constituinte, em 1º de abril de 1987, foi apresentado um projeto substitutivo prevendo a repartição da competência do Supremo Tribunal Federal, mediante a criação de um novo tribunal de sobreposição: o Superior Tribunal de Justiça.

No arcabouço histórico, encontram-se dois argumentos doutrinários aptos a justificarem, conjuntamente, o porquê da criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, Athos Gusmão Carneiro⁹²³ asseverou que a origem do STJ resultou da nominada “crise do Supremo Tribunal Federal”, fruto da desproporcional demanda recursal que assoberbou o funcionamento daquela Corte Constitucional – realidade ainda hoje vivida pelo Poder Judiciário⁹²⁴, gerando, conseqüentemente, uma desproporcionalidade na razão entre a quantidade de processos e o número de julgadores. Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco justificou que a previsão constitucional do Superior Tribunal de Justiça trouxe consigo “o mérito de

⁹²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área do processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10.

⁹²⁴ Segundo dados estatísticos disponíveis na publicação “Justiça em Números” do Conselho

Nacional de Justiça – CNJ, em 2020, o Poder Judiciário finalizou o ano com 75,4 milhões de processos em tramitação. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf> >. Acesso em: 18 jul. 2022.

alargar a via de acesso à instância de superposição”, contribuindo para a efetivação de uma ordem jurídica justa, isto porque “ampliar o acesso à alta esfera do Poder Judiciário constitui valor muito precioso que, somado ao obstinado compromisso de julgar bem, abre novas perspectivas e esperanças de maior acesso à população brasileira à alcandorada fruição dos bens da justiça substancial.”⁹²⁵

Note-se, portanto, nesse viés, que o legislador constituinte, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, almejou - mais do que socorrer o asoberbamento de escaninhos no Supremo Tribunal Federal - franquear o acesso à jurisdição extraordinária. Porém, no cenário ainda vivenciado pelo Superior Tribunal de Justiça, sem a objetivação completa de sua competência recursal, não existiram condições reais de sua almejada transformação em Corte de Precedente⁹²⁶, mormente, porque, ainda exercendo o trabalho hercúleo de órgão judicial de revisão nacional de julgados, enfrentou, segundo o último bolem estatístico processual⁹²⁷, no ano de

2021, a distribuição de 475.118 processos e realizou, por atacado, a baixa de 397.902 recursos.

Números impensáveis para uma Corte de Precedentes e próprios de uma agigantada Corte de Revisão.

Diante desse cenário, a grande expectativa, com o instrumento da relevância da questão de direito federal, é a otimização de julgamentos de mérito pelo STJ, aproximando-o definitivamente de sua natureza institucional, porquanto, tal como ocorre na repercussão geral, o requisito de seleção recursal constitui, indubitavelmente, um meio de objetivação do processo, pois proporciona, viabilizada a jurisdição constitucional especial, que o Tribunal se posicione meritoriamente sobre determinado tema.

O filtro de relevância tem a justa expectativa de reconfigurar a atuação decisória do STJ, enquanto Corte de Precedente, redefinindo a competência das Cortes de Cassação no sistema judiciário, como ocorre em outros

⁹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa. Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 258.

⁹²⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni: “O resultado disso não poderia ser outro: acúmulo de trabalho e gasto excessivo de dinheiro, de energia pessoal e de tempo da administração da justiça e dos litigantes. O Superior Tribunal de Justiça não tem condições de exercer as funções que lhe foram conferidas pela Constituição e acaba assumindo a conformação de mera Corte de revisão com função limitada à correção das decisões que trataram de questões de direito federal. A multiplicidade irracional de recursos,

a partir da lógica da ‘contrariedade à lei’ e do emprego distorcido da técnica da divergência, leva a Corte a trata-los como se tivesse que resolvê-los apenas em atenção ao interesse privado na averiguação da correção da decisão e não em razão da necessidade de sedimentação e desenvolvimento do direito” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 122).

⁹²⁷ Disponível em: <
<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371> >. Acesso em: 18 jul. 2022.

países ocidentais⁹²⁸, potencializando-a e, assim, com celeridade processual, reforçar o primado do acesso à justiça.

Isso porque, como leciona o Araken de Assis⁹²⁹, relativamente à repercussão geral – conceito equivalente ao filtro da relevância já presente nos recursos extraordinários submetidos ao julgamento do Supremo Tribunal Federal –, “situa-se no terreno da admissibilidade do extraordinário, não como o primeiro, mas como o último dos requisitos passíveis de controle antes de o STF passar ao julgamento do mérito do recurso”.

Outrossim, não é possível olvidar que o Código de Processo Civil de 2015 procurou sistematizar a doutrina da força obrigatória dos precedentes nos artigos 926, 927 e 928, orientando as

Cortes a uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente; de modo que o filtro de relevância, como será dissertado, enquanto forma de objetivação de técnica decisória, contribuirá significativamente para a segurança jurídica dos julgamentos pelos Tribunais da Federação.

1. A REDEFINIÇÃO DO PAPEL DAS CORTES DE VÉRTICE NO ATUAL MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES

Vivencia-se, desde a promulgação da EC 45/2004, a estruturação do microssistema dos precedentes como um dos pilares da segurança jurídica do atual ordenamento processual constitucional

⁹²⁸ Idêntico fenômeno ocorre atualmente, por exemplo, na Argentina, como nos adverte Leandro J. Giannini: “Al proceder de ese modo, el legislador procura conferir a los superiores tribunales instrumentos para decidir qué casos decidir, reconociéndoles así una potestad de la que son ajenos otros cuerpos jurisdiccionales de alzada. Lo hace por motivos funcionales: principalmente para garantizar que dichos cuerpos apliquen sus esfuerzos a aquello que constituye su misión más trascendente (vg., para la Corte Suprema federal: ser el último custodio y más fiel intérprete de la Constitución Nacional; para los Superiores Tribunales de Provincia: uniformar la interpretación de las normas de derecho común y llevar adelante en control constitucional local). Se consagra así un medio orientado a permitir razonablemente el cumplimiento de dicho cometido institucional, teniendo en cuenta que -a diferencia de los órganos inferiores del Poder Judicial (juzgados de primera instancia, tribunales de única instancia, cámaras de apelación) - las cortes supremas son únicas y no pueden multiplicarse a medida que avanza la litigiosidad” (GIANNINI,

Leandro J. *El ‘certiorari’ y la jurisdicción discrecional de los Superiores Tribunais*. 2013. Tese (Doutorado). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 2013, p. 55). No mesmo sentido, Alessandro Martinuzzi noticia que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*) reconheceu o requisito da “fundamental importância” para admissão de recursos nas Cortes Federais Supremas – atribuindo-lhe o conceito de uma questão jurídica geral que oferte a possibilidade de aprimoramento da unidade da jurisdição (uniformização) e seja relevante – efeitos prospectivos - para o desenvolvimento do direito (MARTINUZZI, Alessandro. *Talking justice seriously: the problem of courts overload and the new model of judicial processes*. Civil Procedure Review, v.8, n.1: 65-106, jan.-apr., 2017. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/139/130>. Acesso em: 18 jul. 2022).

⁹²⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 836.

brasileiro, ao lado da legislação⁹³⁰, própria e estrutural das escolas do *Civil Law*, constituindo, inclusive, uma das novas fontes⁹³¹ do direito processual, pois, como defende Giovanni Orrú, de um aperfeiçoamento do direito positivado.

O precedente judicial pode ser conceituado como decisões judiciais proferidas por Cortes de Vértice, que vinculam, no sistema justiça, os demais órgãos judiciários e, também, os

próprios tribunais que a prolataram, possuindo efeitos prospectivos para as relações sociais futuras. Como minudencia Fredie Didier Jr., é composto pela(s): “a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão”⁹³².

A *ratio decidendi*⁹³³ ou *holding* (para os norte-americanos) é a tese

⁹³⁰ “La legge da sola non può mai bastare, e ‘solo un giudice responsabile, capace cioè di intervenire con proprie fondate valutazioni, è in grado di assicurare alle parti il diritto che esse veramente cercano’. Il carattere consapevolmente creativo-valuativo (e dunque produttivo di diritto nuovo) dell’interpretazione giudiziale va perciò riconosciuto in ogni caso, perché l’applicazione del diritto è l’attualizzazione di una norma in riferimento ad un caso concreto, e sia la scelta della norma da applicare, sia la valutazione del fatto da sussumere nel modello legale contengono sempre un atto che va ben al di là di una più e semplice attività mentale di carattere meccanico. Anche la semplice interpretazione teorica di una norma rappresenta, nella maggioranza dei casi, un perfezionamento ulteriore del diritto (*Rechtsfortbildung, Rechtsschöpfung*)” (ORRÚ, Giovanni. *Richterrecht: il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Milão: Giuffrè, 1983, p.13).

⁹³¹ “O objetivo da Corte é orientar a aplicação do Direito mediante a justa interpretação da ordem jurídica, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar precedentes. O caso concreto serve como meio para que a Corte Suprema possa exercer sua função de adequada interpretação da ordem jurídica. A eficácia das decisões da Corte Suprema vincula toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário, constituindo o precedente fonte primária do Direito” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da*

jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65). No mesmo sentido: “Os precedentes são fonte de segundo grau, porque produzem Direito a partir da interpretação de outras fontes – são, por isso, fontes de normas com mais densidade e concretude do que as normas processuais constitucionais ou legais” (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 76).

⁹³² DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória*. Salvador: Editor JusPodivm, 2021, p. 565.

⁹³³ Geoffrey Marshall: “(...) *ratio decidendi* is a legal statement or ruling, whose relationship to the facts of the case in question remains to be established, there are at least three possibilities. The *ratio decidendi* might be: 1) a rule of law or a ruling in the light of material facts that, a prior court explicitly declares or believes itself to be laying down or following; or 2) a ruling in the light of material facts that a prior court (when the decision is analysed) is, as a matter of fact, laying down or following; or 3) 3 a ruling in the light of material facts that a prior court ought properly (in view of the existing law, facts and precedents) to be laying down or following;” (MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a Precedent*. In: MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a*

jurídica firmada no julgamento do caso, constituindo, em síntese, no núcleo decisório do entendimento judicial, composta pelos motivos ou fundamentos determinantes utilizados pelo tribunal na interpretação da lei à hipótese em debate. Constitui, portanto, o elemento vinculante, de futura universalização e aplicação aos casos análogos e porvindouros.

A vinculação do precedente⁹³⁴, aliás, na hierarquia da estrutura orgânica judiciária, é defendida desde os debates federalistas havidos para a consolidação do Poder Judiciário no ideário preconizado pela teoria montesquiana da separação dos poderes. Alexander Hamilton⁹³⁵, no *federalist paper* 78, afirmou que “para

evitar um julgamento arbitrário dos tribunais, é indispensável que eles estejam submetidos a regras e precedentes estritos, que servem para definir e indicar seu dever em cada caso particular”.

Na conformação da teoria do *judicial review*, há, desde a sua concepção, a ideia de que, para se afastar do uso arbitrário da função constitucional de dizer o direito, o Poder Judiciário estabelece precedentes como lei vinculante ao caso concreto, cuja observância é obrigatória em casos futuros. Por conseguinte, é dever de um tribunal inferior, no sistema judicial, seguir e aplicar (ou seja, tratar como lei vinculativa) os precedentes de outro tribunal superior - *binding effect*⁹³⁶ -

comparative study. Abingdon, Oxon: Routledge, 2016, p. 505).

⁹³⁴ *Stare decisis* é sinônimo da doutrina do precedente, segundo a qual um tribunal segue decisões judiciais anteriores quando os mesmos pontos surgem novamente no litígio. Essa, aliás, é a lição de Michael Serota: “*Literally, ‘to stand by things decided’ BLACK’S LAW DICTIONARY 1537 (9th ed. 2009). Stare decisis is synonymous with the doctrine of precedent, under which a court follows earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation. Stare decisis can be either horizontal or vertical. Horizontal stare decisis dictates that a court must adhere to its own decisions, unless it finds compelling reasons to overrule itself. For this reason, horizontal stare decisis is not considered to be ‘strict’. On the other hand, vertical stare decisis—which is the focus of this paper, and to which I refer when using the term ‘stare decisis’—dictates that a court must strictly follow the decisions handed down by hierarchically superior courts within the same jurisdiction*” (SEROTA, Michael. *Stare Decisis and the Brady Doctrine*. Harvard Law & Policy

Review, vol. 5, no. 2, Summer 2011, p. 415, HeinOnline).

⁹³⁵ HAMILTON, Alexander. Os artigos *federalistas*. Tradução de Maria Luiza Borges. São Paulo: Faro Editorial, 2021, p. 411.

⁹³⁶ Nesse sentido: “*The duty to obey hierarchical precedent tracks the path of review followed by a particular case as it moves up the three federal judicial tiers: A court must follow the precedents established by the court(s) directly above it. District courts must follow both Supreme Court decisions and those issued by whichever court of appeals has revisory jurisdiction over its decisions, and courts of appeals must heed Supreme Court decisions*” (CAMINKER, Evan H. *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents*. Stanford Law Review, vol. 46, no. 4, April 1994, p. 824. HeinOnline). Igualmente: “*Vertical stare decisis is the principle that a court must follow and apply (that is, treat as binding law) the precedents of some other court or courts within the judicial system, even if it disagrees with those precedents or believes them to be wrongly decided*” (MORLEY, Michael T. *Vertical Stare Decisis and Three-Judge District*

mesmo que deles discorde ou acredite que foram erroneamente decididos.

A incorporação do precedente, no Estado Democrático de Direito, enquanto elemento substancial do conteúdo axiológico do princípio da segurança jurídica, é defendida por Humberto Ávila⁹³⁷, ao asseverar que “a vinculação forma de determinadas decisões do Poder Judiciário também funciona como fator de calculabilidade”, isso porque “os outros órgãos do Poder Judiciário daquelas não poderão se afastar – o que faz reduzir a variabilidade das decisões futuras, ampliando o âmbito de previsibilidade e, com este, o de liberdade do particular.”

Hoje, integrando os valores informativos do Código de Processo Civil de 2015, a EC 125/2022, promulgada pelo Congresso Nacional em 15 de julho de 2022, passa a traduzir, finalmente, uma unidade sistêmica e coerente cuja vontade constitucional foi iniciada com a EC 45/2004: em que os *juízes de direito* operam a justiça do caso concreto, os *tribunais de segundo grau de jurisdição* promovem a revisão dos julgados, assegurando o princípio do duplo grau; e as *Cortes de Vértice*, por meio do sistema de precedentes obrigatórios, *uniformizam* a compreensão do ordenamento jurídico, por meio dos recursos especiais (direito federal) e extraordinários (direito constitucional), consolidando, agora, de forma harmônica e respeitada a

inafastabilidade da jurisdição, a previsibilidade e a segurança jurídica das relações sociais, políticas e econômicas, fomentando, enfim, a evolução do Estado Social e Democrático de Direito.

Idêntica conclusão é defendida por Daniel Mitidiero:

*A solução que melhor atende a necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional, no entanto, é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciais distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Corte de Precedentes.*⁹³⁸

2. A SIMBIOSE DOS SISTEMAS DO CIVIL LAW E DA COMMON LAW: A BUSCA PELA SEGURANÇA JURÍDICA

O Código de Processo Civil de 2015, dando continuidade a mudança de paradigma iniciada pela EC 45/2004, determinou “que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-

Courts. Georgetown Law Journal, vol. 108, no. 3, February 2020, p. 709. HeinOnline).

⁹³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 672.

⁹³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 76.

la estável, íntegra e coerente” (art. 926 do CPC/2015), incorporando, definitivamente, o microssistema dos precedentes. A eficácia (força obrigatória) vertical e horizontal dos precedentes obrigatórios tornou-se, dessa forma, parâmetro de segurança jurídica e celeridade dos julgamentos judiciais.

A possibilidade de revogabilidade do precedente, de modulação de seus efeitos e a necessidade de conferir maior previsibilidade (segurança jurídica) às decisões judiciais aproximaram os dois sistemas (*Common Law* e *Civil Law*) quanto à importância de atribuir estabilidade às decisões judiciais.

Os conceitos da teoria do *stare decisis*⁹³⁹ foram, assim, absorvidos pelo nosso ordenamento processual constitucional, tornando-o simbiótico com a Escola do *Common Law*, com o objetivo de fortalecer o princípio constitucional da segurança jurídica.

A nova realidade é destacada por Michele Taruffo⁹⁴⁰ ao afirmar que “pesquisas realizadas em vários sistemas jurídicos têm mostrado que a

referência ao precedente já não é mais, há algum tempo, uma característica peculiar aos ordenamentos de *common Law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo nos de *civil Law*”. Conclui, por conseguinte, que “a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados no precedente, enquanto os segundos seriam fundados na lei escrita não tem mais valor algum descritivo – admitindo-se que se considere que realmente tenha tido no passado”.

Essa constatação é também registrada por Luiz Guilherme Marinoni:

(...) a eficácia obrigatória dos precedentes deixou de ser vista como uma característica peculiar do *common law*. A aproximação entre os sistemas de *common law* e de *civil law* permitiu ver que, no *common law*, existem incontáveis precedentes interpretativos, cuja importância é a de conferir estabilidade às decisões judiciais que afirmam o sentido da lei. Por outro lado, nos sistemas de *civil law* percebeu-se que a importância de se atribuir estabilidade às decisões das Cortes Supremas.

⁹³⁹ “A expressão *stare decisis* é oriunda do brocardo *stare decisis et non quieta movere* e visa garantir a estabilidade e a confiabilidade do precedente. Com a determinação do significado do Direito a partir de determinado caso no precedente, o que visa a proporcionar a sua cognoscibilidade, a estabilidade da ordem jurídica é assegurada pela necessidade de respeito àquilo que foi decidido anteriormente, o que gera a confiança na sua manutenção por um determinado período de tempo e na sua aplicação aos casos futuros idênticos e semelhantes. A regra do *stare decisis*, portanto, é a regra pela qual a segurança jurídica é

promovida judicialmente em um sistema que respeita precedentes” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 121).

⁹⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência* (Tradução de Chiara Antonia Spadaccini de Teffé). Revista Eletrônica Civilística.com, ano 3, vol. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/issue/view/15>. Acesso em: 18 jul. 2022.

(...). Ou seja, a eficácia obrigatória dos precedentes nada tem de particular ao *common law*, constituindo técnica indispensável a qualquer sistema que pretenda dar estabilidade às decisões que definem a interpretação da lei ou uma questão constitucional.⁹⁴¹

E, também, por Alessandro Martinuzzi:

*Essa nova vida para o papel da jurisprudência encontrou muitas confirmações em sistemas de tradição do direito civil, como França, Espanha, Alemanha e Itália. Assim, também sob essa perspectiva, a tradicional divisão common law/civil law parece ser inadequada. Entregar-se mais ao debate sobre decisões judiciais como fontes de direito acaba sendo nada mais do que uma perda de tempo se levarmos a justiça a sério.*⁹⁴²

⁹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 63.

⁹⁴² Livre tradução do autor. No original: “This new life for the role of jurisprudence has found many confirmations in systems of civil law tradition such as France, Spain, Germany and Italy. Thus, also under this perspective, the traditional common law/civil law divide seems to be inadequate. Indulging longer on the debate about judicial decisions as sources of law turns out to be nothing else than a waste of time if we take justice seriously” MARTINUZZI, Alessandro. *Talking justice seriously: the problem of courts overload and the new model of judicial processes*. Civil Procedure Review, v.8, n.1: 65-106, jan.-apr., 2017, p. 102.

⁹⁴³ “Infine, una giurisprudenza costante nell’interpretare e nell’applicare le norme si può conoscere più facilmente e quindi orienta in

Isso porque, a uniformidade⁹⁴³ na interpretação e aplicação do direito há muito é um valor fundamental presente em quase todos os ordenamentos jurídicos, tanto da *Civil Law* quanto da *Common Law*, que tentam de diversas formas alcançá-lo em grande medida.

3. O NOVO PARADIGMA: A EC 125/2022

O Plenário do Superior Tribunal de Justiça, na sessão do dia 05 março de 2012, aprovou o texto de um anteprojeto de emenda à Constituição Federal, com o objetivo de criar um requisito de seleção para os recursos especiais, à semelhança do que a repercussão geral representa, a partir da regulamentação da EC 45/2004 pela Lei 11.418/2006, para os recursos extraordinários.

modo più efficace i comportamenti dei consociati. E’ facile vedere che queste giustificazioni non sono in contrasto tra loro, ed anzi convergono verso la necessità che l’interpretazione e l’applicazione del diritto siano il più possibile uniformi e costanti. Alla base di esse, e malgrado le rispettive differenze di formulazione, si intravede una immagine ideale dell’ordinamento giuridico secondo la quale esso dovrebbe essere completo e sincronicamente coerente, statico ed uniforme, e dovrebbe anche assicurare che tutte le controversie che sorgono al suo interno trovino una soluzione stabile ed unitaria” (TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, v. 14, n. 1, 2014, p. 438. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547>. Acesso em: 18 jul. 2022.

A repercussão geral foi inserida na competência recursal extraordinária pela Emenda Constitucional 45/2004, enquanto pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF/1988), o qual, mediante a imposição de um filtro de conhecimento, somente poderia ser apreciado se demonstrado em sua interposição a relevância/transcendência da questão sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (art. 1.035, § 1º, do CPC/2015).

O procedimento da repercussão geral, atualmente, está regulamentado no Código de Processo Civil (arts. 1.035 a 1.041) e no Regimento Interno do STF (arts. 322 a 329). Como é sabido, no ato de interposição do recurso extraordinário, a parte recorrente deve, em tópico destacado em suas razões, demonstrar a existência de repercussão geral (art. 1.035, § 2º, do CPC/2015), consistindo em objeto de deliberação de conhecimento preliminar ao mérito do reclamo pelo STF, ao qual compete privativamente, no uso de sua competência constitucional, o exame dos fundamentos, em decisão irrecorrível.

Enquanto técnica de julgamento, determina a objetivação do recurso individual, irradiando os seus efeitos a todas as situações idênticas,

possibilitando ao Supremo Tribunal Federal a escolha de matérias relevantes para apreciar e solucionar na busca da consolidação da segurança jurídica. Possui natureza vinculante na medida em que o artigo 1.030 do CPC/2015 possibilita às instâncias ordinárias negarem a ascensão do recurso extraordinário quando a sua controvérsia for pertinente à simples rediscussão, sem qualquer distinção, de precedente já firmado em sede de repercussão geral.

A adoção da ideia manifestada pelo STJ foi encampada pela então Deputada Federal Rose de Freitas⁹⁴⁴ (54ª Legislatura) que, por meio de projeto de emenda constitucional, iniciou, ainda no ano de 2012, no Parlamento, a discussão política sobre a objetivação dos recursos especiais.

3.1. HISTÓRICO E PROCESSO LEGISLATIVO

O novel instituto processual teve tramitação legislativa por uma década junto ao Congresso Nacional⁹⁴⁵.

Em 23 de agosto de 2012, foi apresentada, à Câmara dos Deputados, a proposta de emenda constitucional (PEC 209/2012), cujo texto, de redação simples, sem a especificação ou engessamento normativo do que seja – ainda que de forma presumida – “a questão relevante”, acrescentava ao parágrafo primeiro do art. 105 da

⁹⁴⁴ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/deputados/73507/biografia>. Acesso em: 21 jul. 2022.

⁹⁴⁵ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947>. Acesso em: 21 jul. 2022.

Constituição Federal, que disciplina a competência recursal extraordinária do Superior Tribunal de Justiça, a necessidade da demonstração da relevância das questões de direito federal pelo recorrente, a fim de que a Corte Superior, por deliberação colegiada, examinasse a admissão ou não do recurso especial.

Aproximava-se da mesma ideia realizada na repercussão geral para o Supremo Tribunal Federal.

A justificativa contida no projeto legislativo previa a criação de novo requisito de admissibilidade ao recurso especial, mediante a demonstração no caso recorrido de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassando, por conseguinte, os interesses subjetivos da causa. Sua finalidade era a de afastar a atuação do Superior Tribunal de Justiça como mera instância de revisão⁹⁴⁶ de julgados, o que dilui o seu papel institucional na análise de temas de impacto social.

Restou expressamente consignado na motivação do parecer apresentado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, da Câmara dos Deputados, que a introdução de requisito semelhante à repercussão geral para os recursos especiais deverá produzir o mesmo efeito – experimentado pelo Supremo Tribunal Federal a partir da EC 45/2004 – no Superior Tribunal de Justiça, permitindo-lhe “uma atuação mais célere e eficiente na solução das questões que lhe são apresentadas”⁹⁴⁷.

Validou-se, assim, na exposição de motivos lida e aprovada na arena política e deliberativa pública, durante os trabalhos da Comissão Especial, instituída no dia 17 de abril de 2013, a calibragem do papel institucional do Superior Tribunal de Justiça, enquanto Corte de Precedentes, dentro da abordagem igualmente realizada pela EC 45/2004 ao Supremo Tribunal Federal, no tocante ao acréscimo da demonstração da repercussão geral ao

⁹⁴⁶ Segundo o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça: “Sem o filtro da relevância, o STJ tende a funcionar como mera instância de revisão dos julgados dos tribunais de justiça estaduais e dos tribunais regionais federais, diluindo seu papel constitucional na análise de questões sem maior densidade jurídica e que, portanto, geram reduzido impacto para a estabilização da jurisprudência”. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/25112020-Presidente-do-STJ-trabalha-junto-ao-Senado-Federal-pela-aprovacao-da-PEC-da-Relevancia.aspx>. Acesso em: 21 jul. 2022.

⁹⁴⁷ No texto original: “(...) o julgamento dos recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça apresenta grave problema de

congestionamento, semelhante ao que serviu como pretexto para o estabelecimento, nos recursos extraordinários examinados pelo Supremo Tribunal Federal, do requisito de admissibilidade da repercussão geral. A instituição de tal requisito provocou uma grande redução do número de processos distribuídos à excelsa Corte. A introdução de requisito semelhante para os recursos especiais deverá produzir o mesmo efeito no Superior Tribunal de Justiça, permitindo-lhe uma atuação mais célere e eficiente na solução das questões que lhe são apresentadas”. Inteiro teor disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/pr op_mostrarintegra?codteor=1036629&filename=Parecer-CCJC-06-11-2012. Acesso em: 21 jul. 2022.

recurso extraordinário (art. 102, III, § 3º, da CRFB/1988).

Durante a tramitação da PEC 209/2012, na Câmara dos Deputados, durante os trabalhos presididos pela Comissão Especial, foi realizada audiência pública no dia 27 de novembro de 2013, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, de juristas, de integrantes do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e, ainda, do próprio Superior Tribunal de Justiça. Acolhido o parecer da Comissão Especial, em 13 de maio de 2014, o texto da proposta de emenda constitucional, sem alterações, foi aprovado, ao final, na Sessão Deliberativa Ordinária de 15 de março de 2017, pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

A PEC 209/2012 foi remetida, em 21 de março de 2017, ao Senado Federal, tendo sido renumerada para PEC 10/2017 e, ainda, determinada a sua tramitação em conjunto com da PEC 17/2013, que, sobre a mesma matéria, encontrava-se em processamento na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Durante a processo legislativo no Senado Federal, a PEC 10/2017 recebeu três emendas, com o intuito de fixar, no próprio texto constitucional, parâmetros objetivos de relevância presumida.

Em 03 de novembro de 2021, foi lido, no Plenário do Senado, o Parecer 266/2021 – PLEN/SF, com indicação de

aprovação, mediante o acolhimento parcial da Emenda 3-PLEN, com texto substitutivo pelo relator.

Naquela ocasião deliberativa, reafirmou-se⁹⁴⁸ a ideia central de que:

A exemplo da bem-sucedida experiência da repercussão geral como filtro recursal para a análise do recurso extraordinário no STF, a sistemática da relevância permitirá ao STJ superar a atuação como mero tribunal de revisão para assumir as feições de uma verdadeira corte de precedentes. Em vez de revisar decisões, estabelecerá o precedente vinculante, cabendo aos demais tribunais adequar suas decisões ao entendimento do tribunal de cúpula. Além disso, temas considerados sem relevância jurídica, econômica ou social deixarão de ser analisados pelo STJ, devendo ser definitivamente resolvidos pelas instâncias inferiores, com benefícios para a duração razoável dos processos.

No mesmo dia, a proposta com a emenda substitutiva⁹⁴⁹ foi aprovada na sessão deliberativa ordinária daquela Casa Legislativa, tendo sido, em 08 de novembro de 2021, remetida à Câmara dos Deputados.

Finalmente, em 15 de julho de 2022, foi promulgada a Emenda Constitucional 125/2022, na Sessão

⁹⁴⁸ Parecer nº 266, de 2021-PLEN/SF - Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9033843&ts=1657887955584&disposition=inline> >. Acesso em: 21 jul. 2022.

⁹⁴⁹ Documento da emenda substitutiva disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9035640&ts=1657887955685&disposition=inline> >. Acesso em: 21 jul. 2022.

Solene do Congresso Nacional, cujo texto final e aprovado se transcreve:

Art. 1º O art. 105 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 105. (...)

§ 1º (...)

§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

§ 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: I – ações penais; II – ações de improbidade administrativa; III – ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; IV – ações que possam gerar inelegibilidade; V – hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; VI – outras hipóteses previstas em lei.”

Art. 2º A relevância de que trata o § 2º do art. 105 da Constituição Federal será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, ocasião em que a parte poderá atualizar o valor da causa para os fins de que trata o inciso III do § 3º do referido artigo.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

3.2. APONTAMENTOS INICIAIS SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL

Com a promulgação do texto final da EC 125/2022, surgem, de pronto, algumas breves reflexões a serem exploradas.

Verifica-se, de pronto, da leitura do texto normativo publicado uma tentativa intempestiva – sem maior preocupação substancial com a dimensão do tema - de fixação de parâmetros objetivos de relevância “presumida”.

A impropriedade legislativa realizada no texto da emenda, em disciplinar os requisitos de seu cabimento, ressoa no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Tema 181 do STF, de que “a questão do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de recursos da competência de outros Tribunais tem natureza infraconstitucional e a ela são atribuídos os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009”.

Ora, como é sabido, no caso da repercussão geral no recurso extraordinário, houve, posteriormente a promulgação da EC 45/2004, a publicação de sua lei de regência (Lei 11.418/2006), que, além de regular o seu procedimento, traçou, por cláusulas

gerais⁹⁵⁰, as hipóteses de cabimento. A escolha foi intencional e acertada, pois a vagueza semântica existente na norma tem a finalidade de que ela permaneça, ao ser aplicada pelo julgador, sempre atual e correspondente à realidade social, não necessitando de edição posterior de outra norma, em razão de sua mobilidade valorativa.

Usando a mesma técnica legislativa, a Lei 13.467/2017 regulou com cláusulas gerais a transcendência no recurso de revista ao Tribunal Superior do Trabalho (art. 896-A, § 1º, da CLT). Permitiu-se, assim, com flexibilização interpretativa⁹⁵¹, a construção axiológica das hipóteses de demonstração da transcendência. Veja que, inclusive, dentro desta elasticidade

conceitual, há, até mesmo, a aceitação da transcendência pelo TST nos casos de negativa de prestação jurisdicional⁹⁵².

O ideal, no caso da questão da relevância, teria sido igualmente permitir ao Superior Tribunal de Justiça a construção qualitativa das hipóteses relevantes, a partir do bem jurídico tutelado, permitindo, assim, que a Corte formasse gradativamente o seu temário, construindo, de forma sistêmica e coerente, a uniformidade de pensamento sobre determinados institutos jurídicos. Ao retirar do Tribunal da Cidadania o exercício de sua função procedimental, percebe-se, pelo Parlamento, a exteriorização de uma nítida e fortuita sanção pública quanto às suas possíveis escolhas. Houve, sem

⁹⁵⁰ Segundo Judith Martins-Costa: “As cláusulas gerais, mais do que um ‘caso’ da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo” (MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. RIL Brasília, ano 35, n. 139, jul./set. 1998, p. 6).

⁹⁵¹ TST: “Não obstante, os indicadores da transcendência perfazem, propositadamente, critérios elásticos, considerando o dinamismo das relações sociais e da necessidade de constante evolução da interpretação concreta a que aludem Friedrich Müller e Konrad Hesse. Ou seja, os *quatro vetores da transcendência são taxativos, mas o rol de indicadores meramente exemplificativo*” (TST, Ag-AIRR-1076-92.2012.5.09.0089, 7ª Turma, Rel. Min. Evandro Pereira Valadão, DEJT 25/10/2019).

⁹⁵² TST: “*In casu*, a discussão gira em torno da nulidade do acórdão regional por *negativa de prestação jurisdicional*, questão dirimida pelo STF, em sede de repercussão geral, na forma do precedente AI 791.292-QO/PE (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13/08/10), exigindo-se que o ‘acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão’. Nesse sentido, resta *reconhecida a transcendência política* da questão trazida a lume” (TST, RR-633-34.2015.5.11.0008, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 26/04/2019).

dúvida, um injustificado tratamento pelo parlamento na questão da relevância, na tentativa de controlá-la, que não se observa na *repercussão geral* para o recurso extraordinário ou na *transcendência* para o recurso de revista.

A previsão das hipóteses de cabimento deveria ter sido reservada à lei ordinária e, complementarmente, ao regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, pois, na estrutura das fontes de direito processual, redesenhada pelo sistema jurídico vigente, os regimentos internos, de acordo com o art. 95, I, “a”, da CF/1988, também são fontes de direito processual⁹⁵³, porquanto a eles foi atribuída constitucionalmente a competência dos tribunais para “elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

Nesse particular, persiste o espaço normativo dos regimentos internos como asseverado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 1.105/DF, de que “*na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei*”, razão pela qual, concluindo, “*em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera*” (STF, ADI 1105 MC, Relator(a): PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/1994, DJ de 27/04/2001).

Além disso, a Constituição Federal não pode ter o seu texto normativo usado como mera lei regulamentar. Não constitui o espaço legislativo adequado para fixação de critérios de procedimentos, tendo, nessa hipótese, usurpado da própria lei ordinária de regência o seu campo deliberativo não apenas quanto à operacionalização, mas também quanto à interlocução da teoria dos diálogos institucionais⁹⁵⁴ entre os Poderes e,

⁹⁵³ Como assevera Paulo Mendes de Oliveira: “(...) é preciso atentar para o poder normativo que a Constituição Federal outorgou aos tribunais, possibilitando a disciplina da competência e do funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, respeitadas as normas de processo e as garantias processuais das partes (art. 96, I, “a”, CF/88). Os regimentos internos dos tribunais, portanto, apresentam-se como relevante fonte do direito, contendo disposições normativas das mais importantes sobre o trâmite processual perante as respectivas cortes” (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *O poder normativo dos tribunais: regimentos internos como fonte normas processuais*. Civil Procedure Review, v. 11, n. 2: mai./ago. 2020, p. 15).

⁹⁵⁴ Para RAVI PEIXOTO: “O fato é que nem o Judiciário e nem o Legislativo, seja por meio de suas capacidades institucionais, seja por meio do seu real funcionamento possuem legitimidade para representar intérpretes ideais da Constituição. A teoria dos diálogos evita exigir grandes demandas normativas dos tipos ideais de juízes ou de legisladores, até porque, muitas vezes, esses tipos são completamente díspares dos reais, fazendo com que a teoria, baseada em um tipo idealizado, seja incapaz de funcionar no mundo real. Pensar em um modelo que permita uma maior interação entre os poderes é um caminho para buscar um equilíbrio e um maior rendimento na interpretação constitucional a partir das características de cada um deles” (PEIXOTO, Ravi. *A teoria dos precedentes e a*

consequentemente, a sua finalidade. Sem contar, também, que para rever e alterar tais critérios, indubitavelmente, será necessária nova e dispendiosa emenda constitucional.

Há uma nítida incoerência na escolha da relevância presumida quanto ao critério econômico, visto que restou atrelada à fixação limitativa de 500 (quinhentos) salários-mínimos. Ora, não é o valor da causa que determina a sua relevância, pois, nesse caso, há a real possibilidade de se excluir situações importantíssimas que não ultrapassem a quantia pecuniária exigida pelo texto constitucional (!).

Existem casos que podem ter expressão pecuniária nenhuma ou irrisória, mas realizam profundo impacto nas relações sociais. Como exemplo, cita-se a “relevante” questão se a gratuidade de justiça para o microempresário individual – MEI ou empresário individual – EI exige apenas declaração formal de falta de recursos financeiros.

Nessa situação, não há dúvidas de que se a Corte utilizar a relevância como filtro obstativo, aplicando a relevância presumida da EC 125/2022, teremos a indesejada situação em que alguns recursos especiais serão admitidos em razão – restritamente – do valor da causa, enquanto outros serão

barrados ainda no Tribunal de origem, o que demonstra o despropósito do texto aprovado.

O valor econômico para o direito, é um conceito complexo, que depende para a sua compreensão e análise de um estudo interdisciplinar com as teorias econômicas e contábeis. Não se conceitua “valor econômico”, enquanto bem juridicamente tutelado, pela simples e rasa quantificação em dinheiro.

A escolha foi equivocada, técnica e pragmaticamente.

Observa-se, ainda, que o tratamento abrupto dado pela emenda constitucional, pode, nesse aspecto, transformá-la em um mero filtro obstativo, em nada contribuindo com a missão constitucional uniformizadora do STJ, pois o escopo da relevância é permitir à Corte que atue com maior profundidade em questões de repercussão econômica, social, política e jurídica, não se tratando, portanto, de critério de justiça (restrita ao dever de julgar o caso individual), mas sim de pressuposto de racionalização de atuação sistêmica do Superior Tribunal de Justiça. A quantificação econômica, com valores pecuniários fixos, no texto constitucional engessa a sua revisão ou correção, em razão de seu tratamento diferenciado de reforma legislativa⁹⁵⁵

doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Civil Procedure Review. v.9, n.2: mai./ago., 2018, p. 48).

⁹⁵⁵ Como leciona Luis Roberto Barroso: “As Constituições não podem ser volúveis. Os textos constitucionais não podem estar ao sabor das circunstâncias, fragilizados diante de qualquer

reação à sua pretensão normativa e disponíveis para apropriados pelas maiorias ocasionais. (...) O estudo do poder de reforma da Constituição é pautado pela tensão permanente que se estabelece, em um Estado democrático de direito, entre permanência e mudança no direito constitucional” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso*

(iniciativa, quórum de aprovação e procedimento), cabendo, por fim, pontuar que, inclusive, percebe-se que não há qualquer menção aos critérios de atualização. Leva-se em conta no processo sincrético brasileiro: o valor do processo de conhecimento ou valor atualizado levado à satisfação no cumprimento de sentença?

A imprecisão do critério econômico é aterradora.

Porém, se descartada, por interpretação pretoriana – o que jurisprudencial ou regimentalmente poderá acontecer –, a fixação taxativa pecuniária no texto constitucional, enquanto hipótese de cabimento, como defende Henrique Mouta⁹⁵⁶, torna-se totalmente desnecessária, reforçando ainda mais a ideia da impropriedade realizada pela emenda constitucional.

de *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 141)

⁹⁵⁶ “Quanto ao valor da causa, a Emenda fixou a Relevância objetivamente ligada a quantificação elevada, que é a mesma que dispensa remessa necessária em condenações dos Estados, Distrito Federal, respectivas autarquias e fundações, além dos Municípios que são capitais dos Estados (art. 496, § 3º, II, do CPC). Contudo, ao invés de valor da causa, deveria ter mencionado condenação, proveito econômico ou valor atualizado da causa, como prevê o CPC em relação aos critérios para fixação de honorários sucumbenciais (art. 85, §2º, do CPC). Com efeito, existem demandas judiciais em que o valor da causa é baixo, mas a condenação ou o proveito econômico pode ultrapassar esses quinhentos salários-mínimos e, em interpretação literal do dispositivo constitucional, não teria relevância do ponto de vista objetivo. Nada impede que em causas com valor menor, o recorrente demonstre a presença da Relevância da Questão Federal de forma

Outro ponto de discussão, é a repetição imprecisa do termo “jurisprudência dominante” (art. 105, § 3º, V, da CFRB/1988).

Na transcendência do recurso de revista, a legislação, diferentemente, não adotou esse termo, tendo se referido ao “desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal” (art. 896-A, § 1º, da CLT).

Embora não seja um termo novo, visto que foi introduzido no sistema processual, como instrumento de racionalização de julgamento⁹⁵⁷, na reforma do Código de Processo Civil de 1973, na redação dada ao art. 557, pela Lei 9.756/1998, não há, ainda hoje, uma definição normativa precisa do que seja.

Usualmente, é conceituada pela doutrina⁹⁵⁸ como a linha de julgamentos

subjettiva (transcendência da questão)” (MOUTA, José Henrique de Araújo. *Relevância da questão federal no recurso especial: observações acerca da EC 125*. Ensaio disponível no sítio eletrônico Migalhas:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/370139/rrelevancia-da-questao-federal-no-recurso-especial>. Acesso em: 24 jul. 2022).

⁹⁵⁷ Súmula 568 do STJ: O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

⁹⁵⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso preceitua que a jurisprudência dominante pode ser compreendida como aquela que “se apresenta como o produto otimizado da atividade final dos Tribunais, configurando-se quando uma coleção de acórdãos acerca de uma dada questão jurídica está alinhada sob uma mesmas vertente exegética, cuja reiteração pode agregar à jurisprudência os qualificativos dominante (v.g. art. 926, *caput*, do novo CPC) e pacífica (Lei

significativamente majoritária, em dado tribunal, proferida pelos seus órgãos fracionários. Na falta de sistematização pelo CPC e pelos regimentos internos, como adverte José Rogério Cruz e Tucci⁹⁵⁹ e Humberto Theodoro Júnior⁹⁶⁰, tem sido equivocada e constantemente associada à ideia de que pode se traduzir como produto do precedente qualificado ou de enunciado de súmula.

Mesmo no direito processual comparado, essa associação terminológica entre jurisprudência e precedente é percebida, como bem demonstra, no direito italiano, Luca Passanante:

Nel linguaggio del legislatore si è, così, riprodotto quel dualismo terminológico tra giurisprudenza e

*precedente, su cui la dottrina più attenta si era già in passato soffermata nel tentativo di tenere i due concetti nettamente distinti. Secondo quanto si è osservato poco sopra, tuttavia, non pare che la Corte intenda rispettare questo rigore: essa, infatti, ha già posto le premesse perché di giurisprudenza si possa parlare anche in presenza di una sola sentenza, ossia in presenza si quello che – specie nel linguaggio anglosassone – integra tipicamente un precedente.*⁹⁶¹

Essa confusão semântica, em que pese a reiterada indistinção da doutrina e até mesmo, por vezes, dos Tribunais, é errada, visto que, por exemplo, o Regimento Interno do STJ⁹⁶²,

10.522/2002, inc. II, do art. 19, redação da Lei 12.844/2013)” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 119).

⁹⁵⁹ “É de se observar-se que, sob o ponto de vista técnico, reina, na prática do direito inequívoca imprecisão daquilo que se concebe por jurisprudência, precedente judicial e súmula (e suas respectivas classificações dogmáticas)” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2021, p. 158).

⁹⁶⁰ “Aqui cabe, de plano, apresentar uma distinção interessante: os termos precedente e jurisprudência são normalmente usados como sinônimos, na legislação, nos próprios tribunais e até na doutrina, mas parte da doutrina anota uma distinção entre ambos: precedente envolve uma decisão relativa a um caso concreto, enquanto jurisprudência se refere a uma pluralidade de decisões relativas a um conjunto de casos concretos” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Precedentes no Processo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 9).

⁹⁶¹ PASSANANTE, Luca. *Il precedente impossibile*. Torino: Giappichelli Editore, 2018, p. 39. Em livre tradução: “Assim, na linguagem do legislador, reproduziu-se aquele dualismo terminológico entre jurisprudência e precedente, sobre o qual a doutrina mais atenta já havia no passado se debruçado na tentativa de manter os dois conceitos claramente distintos. De acordo com o que foi observado acima, no entanto, não parece que a Corte pretenda respeitar esse rigor: de fato, já lançou as bases para que se possa falar de jurisprudência mesmo na presença de uma única sentença, ou seja, em a presença do que - especialmente na língua anglo-saxônica - tipicamente integra um precedente”.

⁹⁶² RISTJ: “Art. 34. São atribuições do relator: (...) XVIII - distribuídos os autos: (...) b) negar provimento ao recurso ou pedido que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema; c) dar provimento ao

em seu art. 34, XVIII, “b” e “c”, deixa claro que precedente firmado em recurso especial repetitivo ou em incidente de assunção de competência, enunciado de súmula e jurisprudência dominante são categorias decisórias judiciais diferentes.

Se for assim compreendida, realizará um estreitamento injustificado ao conhecimento do recurso especial.

Espera-se, aqui, que a construção do conceito de “jurisprudência dominante” pelo STJ, na quadra da relevância, respeite a diferenciação norteadora de seu regimento interno, alinhando-se, no ponto, ao tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁶³, no tocante ao disposto igualmente no art. 102, § 3º, da Constituição e art. 323-A do RISTF, vinculando-a à reafirmação da jurisprudência pacificada ou sumulada.

recurso se o acórdão recorrido for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema.”

⁹⁶³ STF: “Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA JULGADO DO TRIBUNAL DE CONTAS PERANTE O QUAL ATUA. ILEGITIMIDADE. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão da legitimidade do Ministério Público de Contas para impetrar mandado de segurança contra julgado do Tribunal de Contas perante o qual atua 2. Reafirma-se a jurisprudência dominante desta Corte nos termos da seguinte tese de repercussão geral: o Ministério Público de Contas não tem legitimidade para impetrar

Por fim, surge a crítica quanto à restrição do acesso à justiça, tendo sido essa a bandeira defendida pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, durante a realização da audiência pública realizada pelo Congresso Nacional, durante a tramitação do projeto de emenda constitucional.

O princípio do acesso à justiça, contido na inafastabilidade da jurisdição, primeiramente, deve ser compreendido e contextualizado à luz do próprio texto constitucional, pois, como observa Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁶⁴, essa garantia tem sido adotada com “ares tão ufanistas como irrealistas”, confundindo-se com “ubiquidade da justiça” e, ao ignorar outros equivalentes jurisdicionais como os métodos consensuais de conflitos⁹⁶⁵ (art. 3º do CPC/2015), traduz-se, ao fim e ao cabo, como “demandismo

mandado de segurança em face de acórdão do Tribunal de Contas perante o qual atua. 3. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. Jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reafirmada, nos termos do art. 323-A do Regimento Interno” (RE 1178617 RG, Tema 1044, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 06-05-2019 PUBLIC 07-05-2019).

⁹⁶⁴ MANCUSO, 2015, p. 205.

⁹⁶⁵ Segundo JEROLD AUERBACH, em livre tradução: “Quando o senso de justiça é inerente e integra o próprio processo de criação e preservação da comunidade, há a garantia do acesso à justiça. No entanto, uma vez que os laços comunitários tornam-se tênues e o significado de justiça restringe-se à aplicação de procedimentos e formalismos legais, os problemas com a justiça tornam-se abundantes” (AUERBACH, Jerold. *Justice*

judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em (...) dever de ação!”.

De fato, atualmente, há uma confusão semântica sobre o que é ou constitui o acesso à justiça, justificando, até mesmo, na cultura do “demandismo judiciário”⁹⁶⁶, violações ao dever de cooperação (art. 6º do CPC), com o ajuizamento de ações e a interposição de recursos sem preocupação com a sua lógica sistêmica⁹⁶⁷ no ordenamento

constitucional e, até mesmo, em face de situações jurídicas que já formam definitivamente solucionadas por precedente⁹⁶⁸ qualitativo e vinculante.

O direito ao acesso à justiça está previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, possuindo a natureza jurídica de princípio político-constitucional⁹⁶⁹, de modo que a sua conceituação pode e deve ser constantemente reconstruída na arena

Without Law? Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 140).

⁹⁶⁶ “Nota-se que a expressão ‘procurar a justiça’ ou ‘procurar os meus/seus direitos’ torna-se cada vez mais um sinônimo de propor uma ação judicial e de estender *sine die* o problema. Não porque a prestação jurisdicional reflita de modo inequívoco o conceito de justiça, mas porque a essência desta está cada vez mais distante da realidade vivida nas grandes cidades brasileiras. É quase uma forma de impor um sofrimento vingativo ao outro ou retribuir o prejuízo sofrido” (BATISTA, Fernando Natal. *O repensar do acesso à justiça: a mediação como instrumento de política pública de resolução de conflitos*. In: DA SILVA, Luciano Loiola (org.). TEIXEIRA, Benigna Araújo. *Métodos adequados de gestão de conflitos: a serviço da pacificação e da humanização da justiça*. Brasília: Editora Ultima Ratio, 2020, p. 45).

⁹⁶⁷ “Sucedem que a manipulação dos requisitos da ‘contrariedade à lei’ e da ‘divergência’ deram ao recurso especial uma amplitude absurda, completamente descomprometida das verdadeiras funções da Corte. Como visto, é muito fácil levar uma decisão à Corte Suprema alegando-se contrariedade à lei e divergência jurisprudencial” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 122).

⁹⁶⁸ STJ: “Em sistemas processuais com modelo de precedentes amadurecido, reconhece-se a exigência não só de que os patronos articulem os fatos conforme a verdade, mas que

exponham à Corte até mesmo precedentes contrários à pretensão do cliente deles. Evidentemente, não precisam concordar com os precedentes adversos, mas devem apresentá-los aos julgadores, desenvolvendo argumentos de distinção e superação. Trata-se do princípio da candura perante a Corte (*candor toward the Court*) e do dever de expor precedente vinculante adverso (*duty to disclose adverse authority*). O presente caso não exige tamanha densidade ética. No entanto, não se pode ter como razoável que a parte sustente a pretensão em precedente manifestamente contrário ao caso em tela, apontando-o como vinculante em hipótese que teve sua incidência patentemente excluída, por força de modulação, omitindo-se sobre a existência da exceção. A invocação do precedente vinculante na hipótese temporal expressamente excluída de sua incidência pelo próprio julgamento controlador configura violação dos deveres de lealdade, de boa-fé e de cooperação processual, ensejando a aplicação da multa do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, ante manifesta inadmissibilidade” (AgInt nos EDcl no RMS n. 34.477/DF, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022).

⁹⁶⁹ “Princípios políticos são aqueles que estabelecem que o Poder Judiciário deve assegurar a efetiva obtenção da Justiça, fundado no Direito e nas leis vigentes, com o máximo de garantia social e o mínimo de sacrifício individual, tanto no plano econômico quanto no da liberdade individual” (CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 32).

político-constitucional, observadas, sobretudo, as necessidades temporais próprias das relações sociais, não podendo, apenas, ser limitado pela legislação infraconstitucional.

Não possui, contudo, contornos absolutos⁹⁷⁰, podendo o próprio texto constitucional equacioná-lo.

Nesse aspecto, deve ser observado que o requisito da “relevância da questão do direito federal” não foi imposto por lei ordinária destinada à restringir o acesso à justiça; foi complementado por emenda constitucional para fechar a escolha constitucional, iniciada pela EC 45/2004, quanto à adoção da teoria dos precedentes como pilar da segurança jurídica de nosso ordenamento, mediante a conformação das Cortes de Vértice, já prometida no texto original de 1988, como uniformizadoras da coerência decisória do sistema justiça.

Não há que se falar, assim, em lesão à garantia da inafastabilidade da jurisdição.

Ademais, o precedente firmado no sistema da objetivação da competência constitucional e recursal da Corte de Vértice garante a igualdade

de tratamento⁹⁷¹ dos cidadãos na democracia participativa, excluindo, assim, a injustiça da diferenciação decisória em casos idênticos ou semelhantes.

Como assevera Mauro Cappelletti:

*A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.*⁹⁷²

A escolha do constituinte originário, quanto ao acesso formal da justiça, foi clara: garantiu-se ao jurisdicionado o duplo grau de jurisdição com as Cortes de Revisão e, complementando-o, a partir da necessidade de se conferir previsibilidade jurídica às situações futuras, com as Cortes de Precedentes,

⁹⁷⁰ “Esse princípio não tem caráter absoluto, porquanto a sua aplicação não se dá de forma incondicional, subordinando-se o direito de ação às exigências que possam ser impostas pela Constituição, que, por vezes, prescreve requisitos bastante rígidos para o acesso à tutela jurisdicional, a exemplo do § 1º, artigo 217, da CF, na previsão de que “[o] Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.” (CAMPBELL, Mauro. ALVIM, Eduardo Arruda. NEVES, Guilherme Pimenta da Veiga.

TESOLIN, Fabiano. *Recurso Especial*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2022, p. 149).

⁹⁷¹ “O fundamento do uso dos precedentes é constituído pelo princípio da universalidade, a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 259).

⁹⁷² CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988, p. 8.

cuja finalidade única se volta à uniformização do sistema jurídico-positivo. Basta rememorar que a Constituição Federal de 1988, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, fracionou a missão institucional anteriormente prevista pelas constituições republicanas pretéritas ao Supremo Tribunal Federal, de modo a assegurar, por meio de uma conformação, a unidade sistêmica do direito e a autoridade da aplicação do direito federal.

Nesse sentido, inclusive, é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Ocorre que a Constituição obviamente não criou duas Cortes revisoras das decisões dos Tribunais, mas duas Cortes voltadas a exercer a função de atribuir sentido e unicidade ao direito, a qual é incondicionalmente atrelada à de instituir precedentes capazes de garantir a sua autoridade.

A definição da interpretação da lei não mais se destina a permitir a correção das decisões dos Tribunais, como um dia se pretendeu. Atualmente, diante da evolução da teoria da interpretação e da transformação do civil law, se há alguma razão para definir a interpretação da lei, essa está na necessidade de se garantir a segurança jurídica e a coerência do direito.

(...)

Uma Corte de precedentes, ao contrário do que se pode imaginar, não é uma simples opção dogmática, como se tanto um Corte de correção (de revisão ou de cassação) quanto uma Corte de Precedentes fossem compatíveis como valores do Estado constitucional. Não há Estado de Direito sem ordem jurídica coerente. A uniformidade das decisões judiciais, aspecto fundamental da coerência do direito, concorre para que o Estado se apresente como garante da unidade do direito. Um Estado que produz decisões variadas para casos que exigem o mesmo tratamento falha diante do seu compromisso de garantir uma ordem jurídica única.⁹⁷³

No atual sistema processual constitucional, as Cortes de Vértice (seja de competência extraordinária e especial), diante da atual objetivação de seus recursos, como ensina Michele Taruffo, assumem na estrutura judicial um função proativa⁹⁷⁴ de conformação do direito positivo, porquanto, o que importa e justifica a apreciação do recurso a elas dirigida, é a possibilidade de, por meio do precedente vinculante, regular futuras e idênticas questões, suplantando, assim, o interesse de resolução do caso individual e

⁹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 498-499.

⁹⁷⁴ “La promoción de la legalidade alude a al función que (con um anglicismo tal vez tolerable) se podría definir como proactiva: ella se manifesta cuando las decisiones de las cortes

supremas están dirigidas (también o sobre todo, o solamente) a obtener efectos futuros, sea em el sentido de prevenir violaciones de la legalidade, sea em el sentido de favorecer la evolución y la transformación del derecho” (TARUFFO, Michele. *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 234).

mantendo a integridade da ordem jurídica como um todo.

Não se ignora, por certo, a existência de vozes contrárias⁹⁷⁵ a esse posicionamento, que defendem, no ambiente democrático do debate, a manutenção de um sistema judicial incoerente⁹⁷⁶ e disfuncional⁹⁷⁷, composto de múltiplas revisões desarmônicas⁹⁷⁸.

Explica-se: a negação de um precedente da Corte de Vértice implica claramente em uma incoerência/contradição interna do sistema justiça, pois se o juiz está

sujeito – na formulação clássica do *Civil Law* – à lei, com muito mais razão está obrigado a respeitar⁹⁷⁹ o entendimento decisório firmado por aquela Corte que tem a autoridade constitucional e final para interpretá-la.

Atualmente, esse modelo de “tejetão” – metáfora mais do que apropriada -, analisado sob o prisma da gestão judiciária, serve apenas para o controle gerencial de recursos, sem preocupação com a construção interpretativa da decisão judicial ou com a sua fiscalização⁹⁸⁰ quanto à observância⁹⁸¹ de seus julgados pelos

⁹⁷⁵ “(...) discordamos das *super* funções que têm sido conferidas ao STF e ao STJ por setores da doutrina, transformando o recrudescimento da vinculação das decisões dos tribunais superiores em uma alternativa para a resolução das mazelas do nosso sistema judicial. Também não coadunamos com a ideia de que o STJ e o STF são tribunais para julgamento de teses e que o caso concreto é mero pretexto” (ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 977).

⁹⁷⁶ “Apesar do STJ, TJ-SP diz que rol da ANS é exemplificativo e mantém tratamento”. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jun-27/apesar-decisao-stj-tj-sp-rol-ans-exemplificativo?> >. Acesso em: 23 jul. 2022.

⁹⁷⁷ “A circunstância de os tribunais ordinários, na atualidade, não darem atenção às decisões do Superior Tribunal de Justiça constitui patologia; grave situação que põe em risco a efetividade do sistema de distribuição de justiça e os princípios fundantes do Estado constitucional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 118).

⁹⁷⁸ “Apesar de decisão do STJ, TJ-SP mantém liminares contra planos de saúde”. Disponível

em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jun-22/apesar-decisao-stj-tj-sp-mantem-liminares-operadoras> >. Acesso em: 23 jul. 2022.

⁹⁷⁹ “O respeito aos precedentes é imprescindível para a atribuição de racionalidade ao sistema, fazendo com que o desenvolvimento do processo imediatamente cesse quando a definição do caso depender da análise de questão de direito definida por tribunal superior. Nessa perspectiva, o respeito aos precedentes constitui elemento garantidor da eficiência e da legitimidade democrática do Poder Judiciário” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 188).

⁹⁸⁰ “Reclamação não é via adequada para controle de aplicação de tese de recurso repetitivo, decide Corte Especial”. Disponível no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Reclamacao-nao-e-via-adequada-para-controle-de-aplicacao-de-tese-de-recurso-repetitivo--decide-Corte-Especial.aspx> >. Acesso em: 23 jul. 2022.

⁹⁸¹ “Observa-se do estudo do acórdão prolatado na Rcl 36.476/SP, que o Superior Tribunal de Justiça definiu, à luz da política judiciária de redução da taxa de congestionamento de processos, uma nova e morosa dinâmica do sistema de julgamentos de precedentes

tribunais inferiores. Todavia, é preciso, no atual cenário de mudança de mentalidade, entender que a estrutura orgânica judicial, agora, com a integração das Cortes de Precedentes, mudou; restando superado o modelo anterior que refletia a opção da litigância irracional fomentada pelo Código de Processo de Civil de 1973.

Procura-se, assim: a) reduzir a carga decisória do Superior Tribunal de Justiça nas lides triviais do cotidiano (redução do *custo* e do *tempo* do processo: faces do acesso à justiça⁹⁸²); b) mitigar a produção em massa de decisões que replicam a jurisprudência obstativa de conhecimento (ausência de manifestação jurisdicional); e, por fim, c) promover peremptoriamente, à luz do novo sistema de processo civil brasileiro, a atuação do Superior Tribunal de Justiça, na missão de uniformização do direito federal (realinhamento da competência recursal constitucional), consolidando-o definitivamente uma Corte de Precedentes.

Por fim, temos a imprecisão da palavra “Tribunal”, contido na redação do § 2º, do art. 105, da Constituição

Federal, se confundida como o seu órgão plenário.

Essa afirmação é importante porque, nos termos do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, “o Tribunal funciona: I – em Plenário e pelo órgão especial (Constituição, art. 93, XI), denominado Corte Especial; II – em Seções especializadas; e, III – em Turmas especializadas” (art. 2º do RISTJ).

O Plenário, no organograma do STJ, não possui competência jurisdicional, mas apenas atribuição administrativa (art. 10 do RISTJ).

O descompasso do texto da emenda constitucional com a realidade que veio integrar e complementar é nítido. Faltou, ao legislador, a devida atenção e o bom uso da técnica legislativa, mormente quanto à compreensão de seu contexto normativo. A tendência é que o Superior Tribunal de Justiça, entendendo que “a relevância da questão federal” é um instrumento de integração do microssistema das demandas repetitivas, adote, por norma regimental, as disposições procedimentais que regulam os recursos especiais repetitivos para a sua

qualificados, qual seja: a definição da tese é dos tribunais de vértice e a aplicação subjetiva, pela via do sistema recursal, é dos tribunais ordinários de revisão, negando vigência ao disposto no artigo 988, § 5º, II, do CPC/2015. Pois, segundo restou asseverado pela relatora, isso seria, em resumo, convolar a reclamação em mero substitutivo recursal, pois os recursos ordinários possuem espaço para o questionamento da incorreta aplicação de precedente obrigatório” (BATISTA, Fernando Natal. *A Reclamação enquanto instrumento de*

estabilização dos precedentes repetitivos e vinculantes: a dicotomia de entendimentos entre o STF e o STJ. Revista Caderno Virtual do IDP, vol. 02, n. 51, 2021, p. 17. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5890>. Acesso em: 23 jul. 2022.

⁹⁸² “(...) a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas, pessoas uma Justiça inacessível” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988, p. 21).

operacionalização e, assim, de forma lógica, coesa e sistêmica, desloque a competência para a Seção de Especialização.

4. O QUE É A “QUESTÃO RELEVANTE”?

A “questão relevante” ou a “relevância da questão de direito federal” é um conceito jurídico fundamental ou lógico-jurídico⁹⁸³, cuja elaboração, como leciona Fredie Didier Júnior⁹⁸⁴, será determinada “pelas contingências do seu tempo: repertório teórico existente, ideologias predominantes, concepções filosóficas prevalecentes, peculiaridades dos objetos investigados”, de modo que, como concluiu, são conceitos “convencionalmente construídos e, exatamente por isso, também por convenção podem ser revistos”.

A construção de seu valor normativo deverá ser realizada gradativamente, a partir da observação empírica de determinada realidade,

conforme assevera Fredie Didier Júnior⁹⁸⁵: “é um produto cultural”, “nasce da observação do Direito como fato” e, portanto, “procede da experiência”; admitindo-se, sempre, o acréscimo de seu conteúdo semântico pelo operador do direito. Reside aqui, sem dúvida, o protagonismo do STJ: a elaboração e a composição axiológica de seu significado, o que será de grande valia para a construção de seu temário de precedentes obrigatórios.

Longe se ser discricionária, será, assim, objeto de investigação crítica do caso, podendo, assim como a repercussão geral, ser constatada a partir de perspectiva *qualitativa*, onde se analisa observa a importância do bem jurídico invocado na causa para a finalidade de unidade e sistematização do direito federal, bem como *quantitativa*, que estuda a profusão do alcance regional ou nacional da matéria⁹⁸⁶.

A validade de sua construção reside na demonstração de seu caráter

⁹⁸³ “O conceito jurídico fundamental (lógico-jurídico, jurídico próprio ou categorial) é aquele construído pela Filosofia do Direito (é uma das tarefas da Epistemologia Jurídica), com a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra. (...) São conceitos formais, lógicos, que nada adiantam sobre o conteúdo concreto das normas jurídicas. Porque formais, são invariáveis; variável será o conteúdo normativo a ser extraído dos enunciados normativos do direito positivo” (DIDIER JR, *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 56-57).

⁹⁸⁴ Idem, p. 60.

⁹⁸⁵ Idem, p. 59.

⁹⁸⁶ No mesmo sentido do que ocorre na repercussão geral: “A transcendência da

controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa, como quantitativa. Na primeira, interesses para a individualização da transcendência o importe da questão de debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis*. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 220).

universal, de sua capacidade de ser replicável para os casos futuros semelhantes. A universalidade da justificativa, segundo Neil MacCormick⁹⁸⁷, pode ser obtida do respeito do intérprete à coesão do sistema jurídico e do uso da interpretação analógica, a partir de experimentação pretérita – no caso, como temos, a repercussão geral.

Sua natureza jurídica, por fim, é de pressuposto específico de admissibilidade, porquanto a inexistência de sua demonstração terá, como consequência, o não conhecimento do recurso. Desse modo, a construção de seu significado caberá apenas ao Superior Tribunal de Justiça, respeitada, assim, a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 181 do STF).

A importância também residirá na conceituação daquilo que não será “relevante”, pois, com sua declaração

temática, a matéria não mais poderá, se discutida em recurso especial, remetida ao Superior Tribunal de Justiça. Caberá, no ponto, a lei ordinária complementar o procedimento nesses casos, sobretudo, na questão da inadmissão dos recursos especiais pelos tribunais ordinários ante a inexistência de relevância da matéria já previamente definida pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.1. A OBJETIVAÇÃO DOS RECURSOS ESPECIAIS NO STJ: DA MIGRAÇÃO DO PRECEDENTE DE PERSUASÃO PARA O VINCULANTE

A objetivação⁹⁸⁸ dos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça atende busca da efetividade⁹⁸⁹ da tutela jurisdicional, núcleo principiológico fundamental do CPC de 2015, assegurando ao jurisdicionado, assim, por meio da estabilidade e uniformidade⁹⁹⁰ da jurisprudência, a

⁹⁸⁷ “(...) podemos deduzir a importância atribuída à coerência de valores no funcionamento de um sistema jurídico. O mesmo vale para o uso bastante interrelacionado de argumentos por analogia. Os dois juntos ajudam-nos a formar alguma compreensão dos limites do que é considerado legítimo na criação de lei por parte do judiciário” (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 252).

⁹⁸⁸ Sobre a mudança de paradigma, cita-se Osmar Mendes Paixão Côrtes: “O procedimento recursal tem ganhado, na atualidade, por força principalmente da jurisprudência dos Tribunais Superiores, características típicas dos processos objetivos. O fenômeno pode ser chamado de objetivação do processo civil. (...). Isso deixa clara a tendência atual de os Tribunais Superiores concentrarem-se mais no

julgamento de teses importantes e, depois, em se ocuparem de fiscalizar a observância do que já decidido, ao invés de continuarem julgando caso a caso, atendendo ao princípio dispositivo (subjativismo)” (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2021, p. 21 e 30).

⁹⁸⁹ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁹⁹⁰ “A finalidade pública da Corte Suprema tem como principal objetivo tutelar a integridade do ordenamento jurídico, ou seja, devolver ao Estado de Direito a prospectividade, estabilidade, cognoscibilidade e generalidade das normas jurídicas que foram objeto de discussão nos processos jurisdicionais. A este argumento objetivo a favor da função pública,

otimização da garantia constitucional do acesso à justiça.

O recurso especial tem a finalidade⁹⁹¹ de levar ao STJ uma questão de direito federal para que uma tese uniformizadora seja determinada. Entretanto, atualmente o que se vê, é a utilização do REsp para apenas rediscutir o interesse da parte, sem maiores reflexos na uniformização da jurisprudência, distorcendo, desse modo, a função constitucional do STJ, no sentido de tratá-lo como *mera* instância revisora, ou seja: um grande “tejetão” ou um terceiro grau de revisão.

Ou seja, nessa nova ordem, para a finalidade traçada na missão constitucional do cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial, o interesse subjetivo do recorrente não é decisivo, motivo pelo qual o acesso à Corte de Vértice, já proporcionado o duplo grau de jurisdição ao jurisdicionado, necessita da presença de um interesse maior (coletivo) que esteja além da aplicação do direito no caso concreto.

podemos adicionar outro, de caráter nitidamente social e ético, à medida que os precedentes influenciam diretamente na vida dos cidadãos. O tratamento uniforme dispensado pela jurisprudência na resolução dos casos concretos (com os olhos voltados para o futuro) tem como consequência a previsibilidade dos resultados das decisões judiciais, de um lado, e a confiança justificada nos cidadãos e atores sociais quanto às consequências jurídicas de suas ações, de outro, consequência esta que se faz imprescindível para a criação de um ambiente econômico favorável” (PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 153).

As Cortes de Precedentes visam outorgar interpretação prospectiva e unidade ao direito. Preocupam-se com a *macrolitigância* e não com a *microlitigância*. Essas Cortes não devem atuar para conhecer de cada um dos casos concretos decididos pelos Tribunais de Revisão, a fim de uniformizar a aplicação do direito – em outras palavras: não devem exercer controle retrospectivo sobre as Cortes de Justiça.

Não há, portanto, nessa ótica, como visto anteriormente, prejuízo substancial ao princípio do acesso à justiça, mormente porque o requisito de seleção da relevância acaba por dar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça. A concretização dessa afirmação, aliás, está consignada expressamente na exposição de motivos da emenda constitucional aprovada pelo Poder Legislativo.

A sua finalidade é acabar com a demora de solução meritórias em questões relevantes à sociedade que

⁹⁹¹ “O STF e o STJ, quando apreciam os recursos extraordinário e especial, não atuam como um terceiro grau de jurisdição. (...). Os recursos especial e extraordinário, diferentemente da apelação e do recurso ordinário constitucional, voltam-se em primeiro lugar a preservar a inteireza do direito federal infraconstitucional (especial) e constitucional (extraordinário). Já aqueles constituem modalidade recursal precipuamente vocacionada a fazer justiça (em sentido amplo)” (CAMPBELL, Mauro. ALVIM, Eduardo Arruda. NEVES, Guilherme Pimenta da Veiga. TESOLIN, Fabiano. *Recurso Especial*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2022, p. 149).

não estão contempladas nas hipóteses do recurso especial repetitivo. Para isso, deve o recorrente demonstrar qual a questão legal que repercute econômica, jurídica, política e socialmente na comunidade, devendo merecer do Superior Tribunal de Justiça, no cumprimento de sua missão constitucional, a atenção e o desfecho meritório efetivo, evitando-se, assim, o retardamento da solução de casos relevantes.

Isso porque, a segurança jurídica almejada pelo jurisdicionado está justamente arraigada na tempestiva atuação do STJ.

O acesso decisório às Cortes de Vértice é uma exigência social que exige uma resposta célere e juridicamente consistente pelo Poder Judiciário, não podendo aguardar os interessados e os jurisdicionados, por anos e anos, pela estabilização de uma jurisprudência dos tribunais federativos cambaleante e esquizofrênica firmada sem o adequado tratamento à luz do novel sistema de precedentes judiciais brasileiro.

A objetivação do recurso especial, com a EC 125/2022, revela-se como a real possibilidade de se permitir ao STJ⁹⁹², cumprindo sua missão constitucional, orientar, com precedentes vinculantes, a atividade jurisdicional das Cortes de Revisão, uniformizando, de fato, o direito federal.

5. A RELEVÂNCIA DA QUESTÃO DE DIREITO FEDERAL NO RECURSO ESPECIAL: FILTRO OBSTATIVO DE CONHECIMENTO OU INSTRUMENTO DE INTEGRAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE DEMANDAS REPETITIVAS?

Somente a interpretação que for adotada pelo Superior Tribunal de Justiça responde à questão se a “relevância” será, mais um, ao lado das súmulas defensivas, um filtro obstativo de conhecimento ou, realizando a sua integração procedimental, o instrumento faltante de integração do microssistema de demandas repetitivas, nos moldes operacionalizado, no âmbito da repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal.

Será um misto dos dois, dependendo do seu emprego pelo STJ.

Se for empregada a interpretação literal, teremos, sim, um filtro obstativo de conhecimento. A simplificada e taxativa fixação de hipóteses de configuração da relevância no texto constitucional reduziu – de forma inesperada – a compreensão do seja o conteúdo normativo de seus pressupostos.

O aspecto *econômico* está reduzido a quantificação do valor da causa; o aspecto *político* restrito às ações de impropriedade e às ações que possam gerar inelegibilidade; o aspecto

⁹⁹² “No sistema brasileiro o Superior Tribunal de Justiça é uma Corte de vértice, nada existindo acima dela o que diz respeito ao direito federal. Assim, a sua posição no sistema lhe confere a última palavra no que pertine à atribuição judicial de sentido ao direito federal”

(MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 153).

jurídico reprimido ao confronto com a jurisprudência dominante que, para aumentar recrudescimento, poderá ser entendida com existência de “precedente vinculante”⁹⁹³. Nesse cenário interpretativo, será um filtro obstativo que, embora seja realizado após a verificação dos pressupostos objetivos de admissibilidade (preparo, tempestividade, representação, etc.) antecederá, na análise de suficiência, a aplicação das súmulas de represamento (Súmulas 07, 126, 211 e 518 do STJ; e, ainda, 282, 283 e 284 do STF, dentre outras).

Assim entendida, o seu exame poderá ser realizado no ato de ingresso

no protocolo da Corte por meio da inteligência artificial – plataforma Athos⁹⁹⁴, destinado à agilidade processual de triagem avançada e análise parametrizada com automação de minutas –, em razão da simplicidade de sua compreensão substancial.

Da mesma forma que, na construção do temário da irrelevância, os feitos serão barrados ainda na origem, tendo sido, assim, utilizada como filtro ou barreira de recursos ao Tribunal.

Por sua vez, será um instrumento de integração do sistema objetivo de precedentes se a interpretação sistêmica for utilizada pelo Superior

⁹⁹³ Nesse sentido: “E, sempre na Itália, o art. 360-*bis*, n. 1, do CPC, fruto da reforma de 2009, atribui à ‘jurisprudência’ da Suprema Corte uma função de ‘barramento’ dos recursos de cassação, dispondo que o recurso é declarado inadmissível quando a decisão impugnada resolveu questões de direito de modo conforme à jurisprudência da Cassação e a irrisignação proposta não oferece elementos para reformar essa jurisprudência. E ainda em tal caso, frequentemente ocorre que a Suprema Corte se, durante o exame preliminar do recurso de cassação, considerar incidir o art. 360-*bis*, n. 1, do CPC, decida no procedimento acelerado e simplificado, previsto no art. 380-*bis*, do CPC, nos casos de ‘manifesta inadmissibilidade’ do recurso. Estamos, portanto, na presença de um ‘filtro de barreira’ da impugnação em último grau – frequentemente usado para “cortar caminho” substancialmente *in limine* sobre as questões (também e, sobretudo, ‘repetitivas’), sobre as quais a Suprema Corte já formou uma orientação (mais ou menos) consolidada – que é semelhante (ainda que menos severa e com operabilidade mais restrita) àquela prevista nos arts. 332, 927 e 932 IV do novo CPC brasileiro), em favor das decisões fixadas em matéria de ‘demandas repetitivas’ ou ‘recursos

extraordinário e especial repetitivos”)” (MARINELLI, Marino. *Os precedentes judiciais entre “obrigatoriedade” e “poder persuasivo”: notas comparativas e reflexões sobre o novo CPC brasileiro e sua “súmula vinculante”*. Civil Procedure Review, v. 12, n. 3: set./dez. 2021, p. 138).

⁹⁹⁴ Segundo a publicação eletrônica do Conselho Nacional de Justiça, sobre inteligência artificial: “Conforme este relatório de pesquisa, o STJ já conta com diversos sistemas de IA como Athos, Sócrates e E-Juris. Ambos implantados desde 2019, a plataforma de IA Athos foi treinada com a leitura de aproximadamente 329 mil ementas de acórdãos do STJ entre 2015 e 2017 e indexou mais de 2 milhões de processos com 8 milhões de peças. Isso possibilitou ao Athos o agrupamento automático por similares, a identificação de processos que têm a mesma controvérsia jurídica e a identificação de matéria de notória relevância” (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/inteligencia-artificial-e-a-aplicabilidade-pratica-web-2022-03-11.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2022).

Tribunal de Justiça, mediante a consolidação de um entendimento que implique mobilidade à inteligência do conteúdo axiológico de suas cláusulas gerais, pois, reconhecida a relevância da questão de direito federal, o STJ apreciará o mérito da controvérsia, seguindo o rito do recurso repetitivo, fixando a tese de direito aplicável na hipótese individual e nos casos futuros. Ou seja, firmado pelo STJ o entendimento qualitativo pela ocorrência ou inoocorrência da demonstração da questão da relevância, a aplicação da tese obrigatória passa a ser imposta aos Tribunais de Revisão e aos juízes de primeiro grau de jurisdição.

Como, exemplificadamente, acontece⁹⁹⁵ com a repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário.

A construção, pelo Superior Tribunal de Justiça, do temário da “irrelevância” - para ser utilizada como filtro - e da “relevância”, deverá ser

realizada de forma pensada e sistêmica para que possa, de fato, alcançar a finalidade destinada ao recurso especial na formação de precedentes obrigatórios e prospectivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a imprecisão da técnica legislativa adotada pelo Congresso Nacional, conclui-se que, mediante a adoção do filtro da relevância, trazida pela EC 125/2022, complementando finalmente o sistema de precedentes brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça se aproximará de seu papel constitucional, como Corte de Precedentes. Seus julgados deixarão de possuir força meramente persuasiva (efeitos entre as partes e orientação facultativa aos demais julgadores), adquirindo força vinculativa, ou seja: serão necessariamente considerados e observados pelas demais instâncias, reforçando, assim, no conceito de

⁹⁹⁵ “Em síntese, hoje, como um conteúdo do rito dos recursos repetitivos, uma vez afetado um recurso para o nível repetitivo, o Supremo Tribunal Federal aplica a técnica de suspensão de outros processos, comunicação de afetação, etc., e, antes de definir o mérito, decide se a questão tem ou não repercussão geral. Se não tem repercussão geral, todos os processos sobrestados são imediatamente indeferidos. Se tem, passa-se à análise do mérito (artigo 1035, §§ 8º e 9º, do CPC). E, após a definição do precedente sobre a repercussão geral, não só os Ministros do Tribunal podem aplicá-lo, mas os órgãos inferiores também. Então, pode-se afirmar com toda a certeza – a repercussão geral mudou: de filtro individual para um instrumento importante no microssistema objetivo de demandas repetitivas. Tudo indica que a relevância da questão infraconstitucional do

Superior Tribunal de Justiça siga o mesmo caminho (e não o da transcendência atualmente), até porque, como filtro meramente individual (caso a caso), o instrumento pode não ajudar tanto a Corte a racionalizar os seus julgamentos. Como um conteúdo do rito repetitivo, inserido no microssistema objetivo de demandas repetitivas, a possibilidade de que uma decisão acerca da relevância alcance de forma imediata um maior número de casos é bem maior, tornando mais útil o novel instrumento” (CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *A relevância da questão de direito federal no recurso especial será um filtro individual?* Inteiro teor do artigo no sítio eletrônico Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/369961/a-relevancia-da-questao-de-direito-federal-no-recurso-especial>. Acesso em: 24/07/2022).

acesso à justiça, a estabilização do entendimento jurisprudencial (consolidação do sistema de precedentes) e a segurança jurídica das relações sociais.

Reforça-se a ideia de que não é possível olvidar que a racionalização do sistema jurídico processual atualmente vigente é imprescindível para o alcance e consolidação da ordem jurídica justa, pois o STJ, enquanto Corte de Vértice, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional, deve dar unidade ao direito federal, a partir de casos que sirvam como precedentes aptos a orientarem os juízes com observância vinculante, nos moldes que aqui se conceituou e defendeu, de modo que os julgadores não repitam, desnecessariamente, por inúmeras vezes, a mesma – ou pior: divergente – solução jurídica a milhares de demandas idênticas, a fim de se evitar, por óbvio, a indesejável dispersão do sistema jurídico.

O filtro da relevância da questão federal será, portanto, a partir do cenário ora apresentado e institucionalizado pela EC 125/2022, precipuamente, um instrumento de integração do microssistema de demandas repetitivas e, quando definido o temário da irrelevância, subsidiariamente, um filtro obstativo de conhecimento; complementando, assim, a atual lógica sistêmica arquitetada pelo legislador constitucional desde a EC 45/2004.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- AUERBACH, Jerold. *Justice Without Law?* Oxford: Oxford University Press, 1983.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- BATISTA, Fernando Natal. *A Reclamação enquanto instrumento de estabilização dos precedentes repetitivos e vinculantes: a dicotomia de entendimentos entre o STF e o STJ*. Revista Caderno Virtual do IDP, vol. 02, n. 51, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5890>. Acesso em: 23 jul. 2022.
- _____. *O repensar do acesso à justiça: a mediação como instrumento de política pública de resolução de conflitos*. In: DA SILVA, Luciano Loiola (org.). TEIXEIRA, Benigna Araújo. *Métodos adequados de gestão de conflitos: a serviço da pacificação e da humanização da justiça*. Brasília: Editora Ultima Ratio, 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/inteligencia-artificial-e-a-aplicabilidade-pratica-web-2022-03-11.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2022.

- CAMINKER, Evan H. *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents*. Stanford Law Review, vol. 46, no. 4, April 1994, p. 817-874. HeinOnline.
- CAMPBELL, Mauro. ALVIM, Eduardo Arruda. NEVES, Guilherme Pimenta da Veiga. TESOLIN, Fabiano. *Recurso Especial*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2022.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área do processo civil, com inovação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *A relevância da questão de direito federal no recurso especial será um filtro individual?* Inteiro teor do artigo no sítio eletrônico Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depes o/369961/a-relevancia-da-questao-de-direito-federal-no-recurso-especial>. Acesso em: 24 jul. 2022.
- _____. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2021.
- CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DIDIER JR, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- _____. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória*. Salvador: Editor JusPodivm, 2021.
- _____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa. Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GIANNINI, Leandro J. *El ‘certiorari’ y la jurisdicción discrecional de los Superiores Tribunais*. 2013. Tese (Doutorado). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 2013. Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/33017>. Acesso em: 18 jul. 2022.
- HAMILTON, Alexander. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza Borges. São Paulo: Faro Editorial, 2021.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. *Sistema Brasileiro de Precedentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINELLI, Marino. *Os precedentes judiciais entre “obrigatoriedade” e “poder persuasivo”: notas comparativas e reflexões sobre o novo CPC brasileiro e sua “súmula vinculante”*. Civil Procedure Review, v. 12, n. 3: set./dez. 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2022.
- _____. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus*

- constitutionis*. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2021.
- _____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a Precedent*. In: MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert S. GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. RIL Brasília, ano 35, n. 139, jul./set. 1998.
- MARTINUZZI, Alessandro. *Talking justice seriously: the problem of courts overload and the new model of judicial processes*. Civil Procedure Review, v.8, n.1: 65-106, jan.-apr., 2017. Disponível em: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/139/130>. Acesso em: 18 jul. 2022.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MORLEY, Michael T. *Vertical Stare Decisis and Three-Judge District Courts*. Georgetown Law Journal, vol. 108, no. 3, February 2020, p. 699-766. HeinOnline.
- MOUTA, José Henrique de Araújo. *Relevância da questão federal no recurso especial: observações acerca da EC 125*. Ensaio disponível no sítio eletrônico Migalhas: <https://www.migalhas.com.br/depes/o/370139/relevancia-da-questao-federal-no-recurso-especial>. Acesso em: 24 jul. 2022.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *O poder normativo dos tribunais: regimentos internos como fonte normas processuais*. Civil Procedure Review, v. 11, n. 2: mai./ago. 2020.
- ORRÚ, Giovanni. *Richterrecht: il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Milão: Giuffrè, 1983.
- PASSANANTE, Luca. *Il precedente impossibile*. Torino: Giappichelli Editore, 2018.
- PEIXOTO, Ravi. *A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário*. Civil Procedure Review. v.9, n.2: mai./ago., 2018.
- PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- SEROTA, Michael. *Stare Decisis and the Brady Doctrine*. Harvard Law & Policy Review, vol. 5, no. 2, Summer 2011, p. 415-432. HeinOnline.
- TARUFFO, Michele. *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- _____. *Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, v. 14, n. 1 (2014a). Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14547>. Acesso em: 18 jul. 2022.
- _____. *Precedente e Jurisprudência* (Tradução de Chiara Antonia

Spadaccini de Teffé). Revista Eletrônica Civilística.com, ano 3, vol. 3, n. 2 (2014b). Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/issue/view/15>. Acesso em: 18 jul. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Precedentes no Processo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.
TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2021.

A EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO DO ASSISTENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015⁹⁹⁶

THE ASSISTANT INTERVENTION EFFICACY ON THE BRAZILIAN 2015 CODE OF CIVIL PROCEDURE

Filipe Ramos Oliveira

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP), servidor público. Brasil, Estado do Espírito Santo, cidade de Vitória. E-mail: filipero@gmail.com.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo comparar e distinguir a eficácia da intervenção do assistente e a coisa julgada que, no CPC/2015, pode se formar sobre a resolução de questões prejudiciais. A partir de uma revisão bibliográfica e mediante o método hipotético dedutivo, concluiu-se que se trata de espécies semelhantes, porém distintas, pertencentes ao gênero das estabilidades processuais, diferenciando-se em seus limites objetivos e na casuística de sua superação.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia da intervenção do assistente; coisa julgada sobre questão; estabilidades processuais; limites objetivos; superação.

ABSTRACT: The present study aims to compare and distinguish the assistant

intervention efficacy and the *res judicata* that, on the CPC/2015, can be formed over issues necessary to the judgment (issue preclusion). From a bibliographic review and through the hypothetical deductive method, it is concluded that these are similar but distinct species, belonging to the genre of preclusions, differing in their limits and the casuistry of their overruling.

KEYWORDS: Assistant intervention efficacy; issue preclusion; preclusions; limits; overruling.

INTRODUÇÃO: A EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO DO ASSISTENTE E SUAS PECULIARIDADES

A assistência é uma forma de intervenção voluntária⁹⁹⁷ de terceiro em processo alheio, do qual passará a ser

⁹⁹⁶ Artigo recebido em 21/09/2022 e aprovado em 01/03/2023.

⁹⁹⁷ Voluntária porque a iniciativa de intervir é única e exclusivamente exercida pelo interveniente, no que se distingue das intervenções coatas, quando a iniciativa é de uma das partes do processo. Para essa classificação e sua aplicação à assistência: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 132-133. Na intervenção voluntária a vontade do interveniente se impõe à vontade das partes, enquanto na coata, dá-se o oposto. A referência, portanto, é

parte ⁹⁹⁸, mesmo sem deduzir uma demanda própria⁹⁹⁹.

É possível sempre que o terceiro for juridicamente interessado ¹⁰⁰⁰ na vitória de uma das partes, de quem será assistente. Funciona, portanto, como uma ferramenta para que o assistente promova a vitória do assistido ¹⁰⁰¹ e,

assim, mediatemente, promova seu próprio interesse.

Como a assistência garante uma forma de participação no processo, é perfeitamente legítimo que o assistente, em alguma medida, sujeite-se à estabilidade da decisão proferida em sua presença¹⁰⁰².

a vontade do interveniente, sendo interessante perceber que, tomando-se por referência a vontade das partes, a qualificação seria perfeitamente oposta. Para essa perspectiva, que não costuma ser salientada, vide: LINO, Daniela Bermudes; OLIVEIRA, Filipe Ramos. Intervenção litisconsorcial voluntária: da intervenção litisconsorcial ao ingresso mediante cumulação ulterior de demandas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22. Rio de Janeiro, 2021, p. 242-244.

⁹⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2021, p. 23-25.

⁹⁹⁹ Essa é uma particularidade da assistência em relação às demais formas tradicionais de intervenção de terceiros fundadas em interesses jurídicos (excluída, pois, a intervenção do *amicus curiae*) e que justifica a possibilidade de que se dê a qualquer tempo, sem atenção às regras de estabilização objetiva: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 446. Essa foi uma premissa adotada e desenvolvida no artigo publicado em coautoria com Daniela B. Lino: LINO, Daniela Bermudes; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Intervenção litisconsorcial voluntária*, p. 229-230. Perspectiva distinta é a de Lia Cintra, que, apoiada na doutrina italiana, vê na assistência a dedução de uma demanda pelo assistente: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 92 e ss. A autora não se aprofunda na configuração objetiva da demanda do assistente, limitando-se a explicar essa possibilidade como uma espécie de legitimidade

extraordinária derivada, o que pressupõe que a demanda é deduzida na defesa da posição do assistido. Essa é uma tese que se acomoda bem quando o assistido é o autor, mas, não parece adequada ao sistema processual brasileiro quando o assistido é réu, já que, majoritariamente, nega-se o caráter de demanda à defesa feita sem dedução de reconvenção. Para este último ponto, vide, do autor deste artigo: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina-PR: Thoth, 2021, p. 167 e ss.

¹⁰⁰⁰ A identificação de quais interesses seriam suficientes a legitimar o ingresso como assistente sempre despertou intensa polêmica no Brasil e no exterior. Para um panorama a respeito, vide: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 60-66. O tema será aprofundado na medida em que seja necessário à compreensão da eficácia da decisão.

¹⁰⁰¹ Por essa razão, é bastante precisa a ideia de que a assistência é uma forma de legitimidade extraordinária subordinada, já que surge apenas após a instauração do processo *inter alios*. Por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 60 e 63.

¹⁰⁰² Seja qual for a espécie, a participação e, com ela, a possibilidade de exercer o contraditório, é condição para a sujeição legítima de qualquer pessoa à estabilidade decisória. O tema será aprofundado adiante, mas, sobre o ponto, tendo em conta a coisa julgada, vide: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 2ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 77-90.

O CPC/2015, de forma idêntica ao que dispunha o CPC/1973, determina, no caput do art. 123, que, “*transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão*”, exceto se configuradas as situações delimitadas em seus incisos, quando, então, não incide aquela vedação. Essa sujeição à “*justiça da decisão*” é a chamada eficácia da intervenção, ou, segundo se prefere, a *estabilidade decisória*¹⁰⁰³ a que se sujeita o assistente.

É a medida dessa sujeição que forma a disciplina da chamada eficácia da intervenção.

As peculiaridades da posição do assistente em relação ao objeto do processo, de seu interesse no resultado e as limitações impostas a sua atuação

resultam em que sua sujeição à estabilidade decisória seja igualmente peculiar, em comparação à estabilidade a que estão sujeitos autor e réu, a coisa julgada¹⁰⁰⁴.

Segundo abordagem bastante tradicional do tema, as peculiaridades da eficácia da intervenção se manifestam em dois planos distintos¹⁰⁰⁵: (i) os limites objetivos da estabilidade, que seriam marcados na motivação da decisão; e (ii) a possibilidade de sua superação, de forma incidental e em hipóteses menos rígidas que a coisa julgada.

Sob o CPC/2015, porém, ambas as particularidades da eficácia da intervenção parecem, em um primeiro olhar, significativamente reduzidas, já que, em qualquer processo sujeito ao procedimento comum, a coisa julgada

¹⁰⁰³ A categoria das estabilidades processuais engloba todas as situações em que um juízo tomado em processo judicial se impõe sobre decisões a serem proferidas no futuro, no mesmo ou em outros processos. Amplamente aceita, notadamente após a paradigmática tese de Antonio do Passo Cabral, a categoria abarca desde a proibição de reanálise de questões no interior do processo à coisa julgada: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 318 e ss. Sobre a utilidade da categoria e com uma interessante comparação de suas espécies, inclusive a eficácia da intervenção, vide: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A estabilidade das decisões judiciais. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; et. al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 163-177.

¹⁰⁰⁴ São pertinentes as críticas à ideia de que a coisa julgada seria a “*estabilidade por*

excelência”, já que essa perspectiva, por muito tempo, dificultou a compreensão de que ela é apenas uma dentre muitas formas de estabilidade decisória (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, p. 308-309). Ainda assim, reconhecendo essa multiplicidade, a comparação de cada forma de estabilidade e a coisa julgada é bastante útil, já que ela é a estabilidade mais resistente a modificações quando se toma por referência o processo civil. Essa comparação pode se dar a partir de variados critérios, como bem percebeu Bruno Lopes (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *A estabilidade das decisões judiciais*, p. 166). Diferentemente do autor, porém, neste artigo, elegeram-se como critérios para a comparação os limites objetivos da estabilidade e amplitude da revisão possível.

¹⁰⁰⁵ Comum se dizer, com referência a esses dois planos, que se trata “*de instituto em certo aspecto mais rígido e, em outro, mais flexível do que a coisa julgada*” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 118).

pode se estender aos motivos da decisão, desde que preenchidos os requisitos do art. 503, §§1º e 2º, dos quais ganha destaque aquele que se refere ao exercício do contraditório prévio e efetivo.

É compreensível, por isso, que haja certa perplexidade na compatibilização do regime da eficácia da intervenção com o regime dos limites objetivos da coisa julgada, notadamente diante da possibilidade de que tanto uma como outra estabilidade deixe de se produzir a depender do que ocorra no processo.

O escopo do presente artigo é oferecer alguma solução para essa perplexidade, com olhos voltados para os processos individuais¹⁰⁰⁶, o que passará pela tomada de posição quanto ao que configura interesse jurídico, uma revisitação das teorias a respeito da eficácia da intervenção, a adesão a uma delas e sua acomodação ao regime dos

limites objetivos da coisa julgada no CPC/2015.

Nos tópicos que seguem, esses dois planos serão analisados em separado. Deve-se esclarecer, porém, que, inicialmente, a análise tomará por objeto a disciplina da assistência de forma isolada, deixando-se para os tópicos subsequentes seu cotejo com o regime especial da coisa julgada. Nesse primeiro momento, portanto, será abstraída a possibilidade de que elementos da motivação adquiram eficácia externa e estabilidade, o que se explica pelo fato de que esse era o regime único de formação da coisa julgada sob o CPC/1973¹⁰⁰⁷ e sob o qual se construíram as teses a respeito da eficácia da intervenção que, salvo raras exceções¹⁰⁰⁸, ainda são repetidas sem maiores reflexões quanto a uma possível interferência das regras de formação da

¹⁰⁰⁶ O corte metodológico se faz necessário em função das particularidades dos processos coletivos, seja no que se refere à própria transindividualidade do direito material, seja com relação ao regime específico da coisa julgada. Para um panorama da assistência no processo coletivo, vide: GIDI, Antonio. Assistência em ações coletivas. In: *Revista de Processo*, vol. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 269-271.

¹⁰⁰⁷ Por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 90-96. Para uma análise do estado da arte sob o CPC/1973 e mais referências: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 88-89.

¹⁰⁰⁸ Há quem afirme que a eficácia da intervenção é o mesmo fenômeno que se

observa na formação de coisa julgada sobre questão incidental, como se vê em: BENEDUZZI, Renato Resende. *Comentários ao código de processo civil, vol. II: artigos 70 ao 187*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, comentário ao art. 123, n. 1. E há aqueles que afirmam que os fenômenos são inconfundíveis: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil, vol. III: da intervenção de terceiros até da defensoria pública: arts. 119 a 187*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 48-49. A dúvida quanto à interferência entre esses fenômenos foi levantada por Lia Cintra em artigo que analisava a intervenção de terceiros em geral, razão pela qual, infelizmente, o tema não foi aprofundado pela autora: CINTRA, Lia Carolina Batista. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. In: *Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia*, v. 8, 2016, p. 197-198.

coisa julgada sobre questões incidentais¹⁰⁰⁹.

Ainda a título de esclarecimento metodológico, adianta-se que a análise de ambos os planos se dará apenas a partir da assistência simples. Isso se deve ao fato de que, segundo a doutrina majoritária, a eficácia da intervenção diz respeito apenas ao assistente simples, ficando o assistente litisconsorcial sujeito à coisa julgada *tout court*¹⁰¹⁰, o que não impedirá a problematização dessa conclusão, ainda que em breves linhas.

2. EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO: LIMITES OBJETIVOS

Como se adiantou, uma primeira dimensão em que a eficácia da intervenção se distinguiria da coisa julgada (em seu regime comum) é em seus limites objetivos. Isso porque, embora haja significativas diferenças na forma de descrever o fenômeno em seus detalhes, parcela majoritária da doutrina defende que, para o assistente, essa é uma estabilidade que se produz sobre os motivos da decisão (de fato de direito)¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁹ Vide, por exemplo: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários aos arts. 119 a 132. In: CABRAL, Antonio do Passo; et. al.. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, coment. ao art. 123; SAMPAIO, Marcos Vinícius de Abreu. Comentários aos arts. 119 a 124. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; et. al.. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. ao art. 123, n. 1; RODRIGUES, Daniel Colnago. *Intervenção de terceiros*. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, cap. II, n. 2.

¹⁰¹⁰ Sob o CPC/1973, por exemplo: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 118-119; CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 118. Sob o CPC/2015, por exemplo: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Comentários aos arts. 119 a 132*, coment. ao art. 124; Daniel Colnago. *Intervenção de terceiros*, cap. II, n. 2. Essa concepção recebeu significativo reforço do legislador, que inseriu o dispositivo relativo à eficácia da intervenção (art. 123, CPC/2015) na seção dedicada à disciplina da assistência simples. Há, ainda, a posição daqueles que afirmam que o assistente litisconsorcial se sujeita à coisa julgada e, também, à eficácia da intervenção: BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163-165. Diferentemente, negando a

sujeição à coisa julgada e, pois, sustentando a sujeição apenas à eficácia da intervenção: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. III, p. 52; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 58.

¹⁰¹¹ Sob o CPC/1939, porém expressando sua opinião a respeito do anteprojeto de Buzaid: COSTA, Moacyr Lôbo da. *Assistência (processo civil brasileiro)*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 197. Sob o CPC/1973, vê-se, por exemplo: MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 82; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*, vol. I, t. I. São Paulo: Forense, 1975, p. 305-307; MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 131-132; BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 166-167; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 153-154; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 118-119; DIAS, Handel Martins. Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à justiça da decisão. In: *Revista de Processo*, vol. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, n. 5; LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 272-274. Sob o CPC/2015, vide, p. ex: SAMPAIO, Marcos Vinicius de Abreu.

¹⁰¹² enquanto, para parcela minoritária, é apenas o dispositivo que se torna estável¹⁰¹³.

Em apertada síntese, a tese majoritária (a) se funda em dois argumentos principais ¹⁰¹⁴ : (i) o assistente não se poderia vincular ao dispositivo, pois nada pede ou tem

pedido contra si, não participando, nem em tese, da situação jurídica a que o dispositivo se refere ¹⁰¹⁵ ; (ii) apenas a vinculação aos motivos garantiria alguma utilidade à eficácia da intervenção, pois, em muitos casos, somente esses elementos teriam relevância em processos futuros¹⁰¹⁶.

Comentários aos arts. 119 a 124, coment. art. 123, n. 1; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários aos arts. 119 a 132, coment. ao art. 123; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 17ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 645; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil - vol. I: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 22ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020, p. 607; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao código de processo civil, vol. III, p. 45-48; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. II, p. 446-447.

¹⁰¹² Afirma-se que essa teoria descende da forma como o tema é tratado na Alemanha (vide, p. ex: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil, vol. I, t. I., p. 305*). Como exemplo da doutrina tradicional alemã, pode-se ver a tese com muita clareza no manual de Goldschmidt: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Editorial Labor: Barcelona, 1936, p. 449. Embora sem a mesma clareza, essa era a opinião de Rosenberg, que fica mais evidente diante dos exemplos apresentados: ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil, t. I*, Buenos Aires: EJE, 1955, p. 273-276. Mais recentemente, no mesmo sentido: HESS, Burkhard; JAUERING, Othmar. *Manual de derecho procesal civil*. 30ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 483.

¹⁰¹³ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35; CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 119-120. Lia Cintra, em sua dissertação, afirma que seria essa a perspectiva na Itália, fazendo referência a Chizzini, cuja obra

não se pôde consultar para este artigo. É fácil de compreender a posição da doutrina italiana quando se percebe que, naquele país, o *intervento adesivo*, figura mais semelhante à assistência, é explicado exclusivamente a partir da eficácia que as decisões (por seus dispositivos) podem produzir sobre terceiros, fenômeno intrinsecamente ligado à prejudicialidade, como se verá adiante. Para esse ponto, vide: LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile, vol. I*. 10ª ed., Milano: Giuffrè, 2019, p. 171.

¹⁰¹⁴ Há outros argumentos, certamente. Costuma-se aludir à própria expressão "justiça da decisão", que não é usada em nenhuma outra passagem do CPC/2015, como se ela denotasse, necessariamente, a estabilidade dos fundamentos: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil, vol. III*, p. 45. O argumento, porém, prova demais. A partir da própria "literalidade" da expressão seria possível sustentar bem o contrário, para concluir que, se a decisão, para as partes é (usualmente) dada no dispositivo, não poder "discutir a justiça da decisão" seria, exatamente, ficar desprovido de meios para subverter o dispositivo se ele se inserir prejudicialmente em um processo em que o assistente seja parte porque demandado ou demandante.

¹⁰¹⁵ Sempre referido, o argumento se vê em Agrícola Barbi, ainda na década de 1970 (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil, vol. I, t. I., p. 305*) e Scarpinella Bueno, já na década de 2000 (BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 161).

¹⁰¹⁶ O argumento se vê, de forma expressa, no texto de Talamini: "No mais das vezes, se a

O primeiro argumento não parece decisivo, pois pressupõe que apenas quem postula ou tem contra si postulada a tutela jurisdicional possa se sujeitar à estabilidade do dispositivo decisório, sem apontar outras razões para esse pressuposto, além do fato de que o terceiro interveniente é também terceiro em relação à situação jurídica de direito material sobre a qual a decisão é programada para atuar. Vista, porém, a assistência como uma forma de legitimidade extraordinária, ainda que subordinada¹⁰¹⁷, percebe-se que isso já pressupõe a aquisição da condição de parte independentemente do pertencimento à situação jurídica de direito material sobre a qual a decisão de mérito atuará de forma imediata. Antes de uma contradição, a sujeição do terceiro interveniente à estabilidade do

dispositivo deflui como uma consequência perfeitamente lógica do fato de que lhe foi assegurada a participação no processo¹⁰¹⁸.

O segundo argumento, diferentemente, oferece reflexões mais ricas, pois parte de uma consideração bastante pertinente a respeito da intervenção de terceiros em geral e da assistência em particular: se o assistente intervém para fazer valer, mediamente, um interesse seu, é bastante justo que (1) diante da vitória do assistido, fiquem as partes "principais", notadamente o adversário do assistido, vinculados a algo na decisão que seja útil ao assistente em um processo futuro; e (2) diante da derrota do assistido, fique o assistente vinculado a algo na decisão que seja útil às partes "principais"¹⁰¹⁹.

imutabilidade se restringisse ao objeto do decisum, não haveria nenhuma concreta e útil vinculação do assistente" (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 119).

¹⁰¹⁷ Já se acenou a essa concepção, que se vê em: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 60 e 63. Vide, adicionalmente, a defesa de tese bastante semelhante na Itália: FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 234 e ss.

¹⁰¹⁸ Embora não tratasse especificamente desse tema, há uma passagem em que Chiovenda exprime ideia bastante adequada a este argumento: "A coisa julgada, como resultado da definição da relação processual, é obrigatória para os sujeitos desta. [...] Mas, como todo ato jurídico relativamente entre às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos; assim como o contrato entre A e B vale com respeito a todos, como contrato entre A e B, assim também a sentença entre A e B vale com relação a todos, enquanto sentença

entre A e B." (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil - vol. 1*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965, p. 414). Tratava Chiovenda do fato de que os terceiros indiferentes sempre devem respeitar a decisão, mas, se assim é para quem não participou do processo, com muito mais razão será para quem, não se afirmando titular do próprio direito disputado, tenha participado plenamente do processo. Dizer que o assistente C se sujeita à imutabilidade do dispositivo do processo instaurado originariamente entre A e B significa, apenas, que ele não poderá controverter a respeito da declaração ou constituição da situação jurídica entre A e B.

¹⁰¹⁹ A preocupação é muito bem evidenciada por Clarisse Leite e Scarpinella Bueno: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 273; BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 165. Ainda que não a expresse do mesmo modo, faz-se presente no exemplo construído por Agrícola Barbi a respeito de processos envolvendo o segurado e a seguradora: BARBI, Celso Agrícola.

A partir dessas ideias, o argumento se desenvolve com exemplos (explorados adiante), buscando demonstrar que, em muitos casos, a simples sujeição ao dispositivo decisório, que declara ou constitui a situação jurídica disputada, não seria útil às partes ou ao assistente em um processo futuro.

Mesmo sem maior aprofundamento, é possível erigir algumas críticas a essa concepção, não

para a rejeitar em absoluto, mas para que se lhe confirmem contornos mais adequados.

A primeira delas é que, em grande medida, ela se apoia em uma ampliação da concepção de interesse jurídico para além da afirmação da titularidade de uma situação jurídica dependente¹⁰²⁰, para abarcar, também, situações jurídicas conexas pela comunhão de elementos de seus suportes fáticos¹⁰²¹. No campo dessas, sem dúvida, o

*Comentários ao código de processo civil, vol. I, t. I., p. 305. Embora o ponto não seja destacado pela doutrina brasileira, a doutrina alemã que inspira essa noção de eficácia da intervenção destaca que apenas o assistente e o assistido ficariam vinculados aos motivos, razão pela qual será apenas sob essa ótica que o tema será tratado. Para o ponto, vide, respectivamente, o comentário de Clarisse Leite e a lição de Rosenberg: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 268; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil, vol I*, p. 274. Mais recentemente, na Alemanha: HESS, Burkhard; JAUERING, Othmar. *Manual de derecho procesal civil*, p. 483.*

¹⁰²⁰ Os laços de prejudicialidade-dependência substancial se dão quando a existência ou a inexistência de uma situação jurídica (prejudicial) é elemento do suporte fático de outra situação jurídica (prejudicada ou dependente). É essa, em suma, a concepção que se tornou dominante a respeito do tema e ponto de partida para a compreensão dos reflexos de uma decisão judicial sobre situações jurídicas de terceiros: ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935, p. 68-71. Recentemente, o tema foi objeto de profundas reflexões por parte de Thiago Siqueira, na perspectiva de que as relações de prejudicialidade processual, muitas vezes, decorrem da prejudicialidade material: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 249 e ss.

¹⁰²¹ A referência, neste parágrafo, é à conexão em sentido substancial e mais estrito, para significar apenas a comunhão de elementos dos suportes fáticos de situações jurídicas distintas (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 272). A própria prejudicialidade, em sentido processual ou substancial, pode ser vista como uma espécie do gênero conexão, mas, como se disse, a referência aqui é a conexão em sentido mais restrito, ou, como também é comum, à mera conexão. Para preciosas definições a respeito da conexão em sentido processual, como relação entre os elementos concretos de duas demandas, bem como, para a visão da prejudicialidade como uma sua espécie, vide: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 72-85 e p. 114-122; LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade: critérios para aplicação dos artigos 55, §3º, e 69, §2º, II e IV, do CPC/2015*, Salvador: Juspodivm, 2021, p. 137-146 e p. 156-161. Para interessantes considerações a respeito da conexão entre demandas e sua explicação a partir da conexão entre situações jurídicas substanciais: FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, p. 60-66. Admitindo, nesse caso, a existência do interesse que autoriza a assistência: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 272; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 55. Outros doutrinadores, mesmo após restringirem a noção de interesse jurídico a relações de dependência ou prejudicialidade, traem-se na apresentação de exemplos em que,

dispositivo da decisão proferida *inter alios* jamais seria relevante, já que os elementos comuns seriam sempre tratados na motivação.

Há boas razões, porém, para restringir a noção de interesse jurídico às relações de dependência. A principal delas - e que se pode formular como uma segunda crítica à concepção ora imaginada - é que, em regra, os fundamentos das decisões de mérito não produzem nenhum efeito fora do processo¹⁰²², de modo que um terceiro jamais se poderia dizer juridicamente beneficiado ou prejudicado por esses elementos incidentais.

no máximo, pode-se ver alguma conexidade em sentido estrito. É o caso, por exemplo, de Didier Jr., que, após justificar a assistência simples a partir dos efeitos reflexos, vale-se do conhecido caso do tabelião que intervém para evitar um juízo desfavorável sobre sua culpa ou dolo, elementos que integram o suporte fático de sua responsabilidade civil: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil - vol. I*, p. 601 e 607.

¹⁰²² Recorde-se que, por ora, optou-se por abstrair a hipótese do art. 503, §§1º e 2º, do CPC/2015. A conclusão, porém, que era bastante tranquila sob o CPC/1973 (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149-156), ainda é verdadeira sob o CPC/2015, quando não preenchidos os requisitos do regime especial de formação da coisa julgada.

¹⁰²³ A contradição é apontada, com precisão, por Clarisse Leite: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 268-269. Embora perceba essa contradição, Lia Cintra direciona sua crítica à adoção da eficácia reflexa para explicar o interesse jurídico (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 68) o que acaba tornando pouco compreensível sua opinião quanto aos limites objetivos da eficácia da intervenção (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 119-

Parte dos defensores da corrente ora examinada, na tentativa de demonstrar seu acerto, acaba por cair em uma contradição que, com raras exceções, passa despercebida: explica-se o interesse jurídico a partir dos efeitos reflexos da decisão de mérito, que alcançam apenas quem titulariza situações jurídicas dependentes, para, em seguida: (i) admitir a assistência em casos de mera conexidade, ou seja, fora do esquema da conexidade-dependência; e (ii) explicar essa possibilidade à luz de uma eficácia e estabilidade de elementos que jamais atingiriam um terceiro para o beneficiar ou prejudicar em sentido jurídico^{1023_1024}.

120): uma vez que admita o interesse de quem, nem em tese, seja prejudicado ou beneficiado pelo dispositivo, parece imperativa a defesa de que a eficácia da intervenção recaia sobre elementos da motivação.

¹⁰²⁴ A contradição é ainda mais fricante quando o cabimento da assistência é ampliado a ponto de abarcar terceiros que possam se sujeitar ao precedente judicial formado em processo do qual não é parte. Sob o CPC/1973, essa ampliação, por mais inconsistente que fosse, encontrava justificativa pragmática na ausência de uma figura interventiva que assegurasse essa participação em casos nos quais não cabia a intervenção do *amicus curiae*. É bastante conhecido o parecer de Dinamarco em que, embora não tenha tratado especificamente do cabimento dessa forma de assistência, tomou-o por pressuposto para discorrer sobre quais seriam as consequências da intervenção do ente coletivo em processo que poderia gerar precedente do interesse de seus associados: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Coisa julgada, assistência e eficácia da intervenção*. In: *Processo civil empresarial*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 354-368. A ideia chegou a vigorar no próprio STF, que, em conhecido acórdão, admitiu a assistência do ente coletivo: RE 550769 QO, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA,

A essa crítica, é certo, pode-se contra-argumentar que, uma vez intervindo, os assistentes passam a ser vinculados à motivação, sendo seu interesse, justamente, intervir para que isso ocorra. A assistência, nesse cenário, seria uma forma de atribuir eficácia externa e estabilidade a elementos que, sem a intervenção, não teriam essa aptidão¹⁰²⁵.

Essa explicação, porém, acaba por minar a grande justificativa para que se imponha às partes o ingresso de um terceiro.

Não se pretende ingressar no tema do interesse jurídico além do necessário

para a compreensão da eficácia da intervenção. Deve-se destacar, no entanto, que a exigência desse interesse é feita como um contrapeso à imposição da vontade do assistente sobre as partes: não é a simples vontade do terceiro que legitima sua intervenção, mas a vontade qualificada pela afirmação de um interesse protegido pelo sistema, daí se dizer um interesse jurídico.

É bem evidente que a certificação dos fatos afirmados em um processo *inter alios* pode ser útil a um terceiro. A utilidade seria bastante semelhante¹⁰²⁶ à que há na certificação de uma qualquer

Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2008, DJe 26-02-2013. Didier Jr., escrevendo à época do acórdão, aplaudiu a iniciativa, destacando, porém que a assistência só deveria ser admitida quando o assistente fosse um legitimado às vias coletivas, pois, do contrário, corria-se risco de tumulto diante da possibilidade de que qualquer indivíduo interessado no precedente pudesse intervir: DIDIER JR, Fredie. Revisão do interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. In: *Revista de processo*, vol. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 279-281. A leitura atenta do acórdão do STF, porém, indica que a posição do ente coletivo, naquele caso, era muito mais semelhante à que hoje se reconhece ao *amicus curiae* e não é exagero pressupor que, atualmente, seria tratada à luz do art. 138, do CPC. Para um panorama da posição do *amicus curiae* sob o CPC/2015, e a comparação de seus interesses com os que permitem a assistência, vide: EID, Elie Pierre. *Amicus curiae* no novo código de processo civil: interesses e poderes. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; et. al. (Coord). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 245-257, especialmente, p. 249-251. Embora a assistência ligada a processos coletivos se situe fora dos limites deste artigo, é possível admitir a assistência por

parte de entes legitimados à tutela coletiva quando um de seus representados for autor de demanda cujo escopo pudesse ser buscado pelo próprio ente coletivo, cenário que mais se assemelha à assistência justificada pela interação entre legitimado ordinário e extraordinário (uma aplicação analógica do art. 18, do CPC/2015) do que pela dependência.

¹⁰²⁵ Essa foi, em suma, a explicação dada por Ubiratan de Couto Maurício para hipóteses em que não há dependência substancial, mas mera conexão a partir da identidade de elementos do suporte fático. O exemplo dado pelo autor é, justamente, o do interesse do tabelião no processo a respeito da validade da escritura: MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*, p. 43.

¹⁰²⁶ A semelhança se dá porque, também quando se olha para o dispositivo decisório, é bastante difícil explicar o interesse jurídico apenas a partir do prejuízo que pode gerar para o terceiro. Lia Cintra atentou para esse fato e erigiu a crítica que, neste estudo, reflete-se na tentativa de explicar o interesse jurídico a partir de outros elementos (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 67-70). Em suma, para não desbordar demasiadamente do escopo do artigo, é fácil perceber que, excetuada a hipótese de substituição processual, o terceiro não

necessita de intervir para tutelar sua posição na situação jurídica prejudicada, já que o poderá fazer em separado, sem o embaraço da coisa julgada. A intervenção, sem dúvida, pode lhe ser útil, já que, em caso de vitória do assistido, muito provavelmente evitará uma demanda contra si ou, mesmo que esta venha a ser ajuizada por uma das partes, poderá lhes opor a estabilidade da decisão (art. 506, CPC). Para um exame dos limites subjetivos da coisa julgada, com mais referências, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 71-80. Registre-se que, mesmo a extensão ao substituído é desafiada pela doutrina brasileira, que, com bons argumentos, impõe-lhe algumas condições: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 113-116. Pelo prisma da necessidade, portanto, a posição do terceiro diante de um dispositivo decisório desfavorável não é tão diferente da que se coloca diante a um juízo incidental: o juízo anterior não pode ser simplesmente ignorado, como se inexistisse, mas pode ser livremente controvertido. A situação é bem distinta no sistema processual italiano, já que, em maior ou menor medida, mesmo hoje, a doutrina daquele país admite, fora das hipóteses de substituição processual, a sujeição de terceiros aos efeitos e à própria estabilidade da decisão proferida entre as partes legítimas, a depender, justamente, do nexo existente entre as situações de direito material. Há teses mais permissivas, inspiradas em Allorio (ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, p. 78-79), que reconhecem a extensão em todos os casos de prejudicialidade/dependência substancial, como a de Fabbrini (FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, 163-164) e a de Pisani (resumidas em: PISANI, Andrea Proto. *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza*. In: *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile: una parabola di studi*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 204-209); e outras menos permissivas, que restringem a extensão a hipóteses específicas de prejudicialidade dependência, chamadas por Luiso, defensor dessa tese, de "prejudicialidade permanente" (LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. I, p. 177-182); e, finalmente, a que muito inspira a doutrina brasileira, capitaneada

por Liebman (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, §5º, *passim*, especialmente, p. 103-109 e 125), negando, quase em absoluto, a extensão da coisa julgada a terceiros fora dos casos de substituição processual ou sucessão. Diz-se "quase" porque o próprio Liebman concluiu que, quando em jogo determinadas situações jurídicas, como os *status* familiares, haveria para os terceiros sujeitos de situações jurídicas dependentes, algo que, na prática, funciona como uma extensão da coisa julgada: concluiu o autor que, nesses casos, esses terceiros, por serem legitimados secundários, acabariam desprovidos de vias de ataque à decisão dada entre os legítimos contraditores (LIEBMAN, Enrico Tullio. *A coisa julgada nas questões de estado*. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 188-196). O que se quer ressaltar, neste ponto, é que a utilidade e a própria explicação da intervenção adesiva, no direito italiano, varia conforme se adira a um desses três grupos. Para quem admite a extensão da coisa julgada a todos os casos de prejudicialidade-dependência, a intervenção adesiva (*intervento adesivo*) ganha importância muito maior, já que seria uma forma de o terceiro intervir para participar da formação de uma decisão que, mesmo sem sua participação, tornar-se-ia estável perante si. Seria, pois, um mecanismo preventivo à disposição desses terceiros, sem excluir mecanismos repressivos, como a *revocatoria* (PISANI, Andrea Proto. *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza*, p. 198-199). Se, porém, apenas algumas formas de prejudicialidade-dependência resultam na extensão da coisa julgada, a intervenção adesiva varia de função conforme o terceiro seja ou não sujeito à estabilidade da decisão. Para Luiso, por exemplo, no primeiro caso a intervenção (a que chama adesiva dependente) seria uma forma de afastar um prejuízo, enquanto no segundo (a que chama adesiva autônoma), de assegurar um benefício (LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, vol. I, p. 324-327). Já para Liebman, as formas de intervenção voluntária em geral - e a adesiva, em particular - não se

situação jurídica prejudicial: se o fato certificado no processo *inter alios* se insere de alguma forma no suporte fático de uma situação jurídica de que o terceiro se entende titular, o juízo feito a respeito dele é logicamente prejudicial à certificação dessa situação jurídica¹⁰²⁷. Fosse adicionada a essa prejudicialidade lógica uma vinculação jurídica externa¹⁰²⁸ (como pressupõe a tese ora examinada), a utilidade seria, justamente, a imposição desses juízos a processos futuros, de forma análoga ao mecanismo conhecido por função positiva da coisa julgada¹⁰²⁹.

Não se pode ignorar, porém, a distinção que há entre um caso e outro: diferentemente do que se passa com o juízo sobre a existência de uma situação

jurídica prejudicial, o interesse na certificação de um fato ou de sua qualificação jurídica isolada¹⁰³⁰, ordinariamente, não pode ser tutelado pela via principal de um processo judicial. Não se poderia imaginar, portanto, uma demanda do terceiro (ou contra ele) que tivesse por objeto apenas a certificação da ocorrência do fato que é comum à situação jurídica disputada pelas partes e aquela titularizada pelo terceiro.

Deixar de proteger esse interesse com a promessa de tutela jurisdicional significa que, para o sistema, ele não é

explicariam por alguma sujeição à coisa julgada, mas, pelo contrário, pela exposição de todos à eficácia natural da sentença (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, p. 126-127).

¹⁰²⁷ Para a definição de prejudicialidade lógica, vide: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44-51; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 257-259.

¹⁰²⁸ É a existência de uma vinculação jurídica para além do vínculo lógico que torna a prejudicialidade lógica em jurídica: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124-127 e p. 171-177. Os juízos incidentais são vinculantes no interior do processo e, por isso, juridicamente prejudiciais. Como não possuem, em regra, essa eficácia para fora, não podem ser considerados, nessa condição, juridicamente prejudiciais. No interior de uma decisão, a vinculação jurídica entre juízos incidentais, bem como, entre estes e o dispositivo se dá a partir do dever de motivar com coerência: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões*

prejudiciais, p. 258, nota n. 714, e, especialmente, p. 267-268.

¹⁰²⁹ É correta a ideia de que o que se chama de função positiva da coisa julgada é, na verdade, a soma entre a eficácia externa de um elemento decisório e sua estabilidade (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*, p. 146; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 68-70). A partir dessa explicação, pode-se ver que outras estabilidades decisórias também terão função positiva, desde que referidas a elementos decisórios com eficácia fora do processo. Nesses casos, segundo sugere uma primeira e superficial investigação, as maiores distinções se darão em duas direções distintas, que coincidem com os critérios que, neste artigo, guiam o exame da eficácia da intervenção: (i) uma distinção a partir dos elementos decisórios que adquirem eficácia extraprocessual; e (b) uma distinção a partir da resistência desses elementos à superação.

¹⁰³⁰ Postular uma declaração que certifique que determinada conduta é qualificada como culposa, por exemplo, sem exigir uma indenização por responsabilidade civil.

jurídico¹⁰³¹ e esse é o dado que se quer ressaltar.

Para que, de alguma forma, mereçam a atenção do Estado-juiz, é necessário que esses juízos de fato

estejam ligados a uma situação jurídica que necessite e possa ser tutelada pela via jurisdicional¹⁰³². Compreende-se, segundo esse raciocínio, a razão pela qual o assistente pode aderir à posição

¹⁰³¹ Em geral, quando a doutrina fala em interesse de fato, faz-o para denotar interesses outros que não o jurídico. Vide, por exemplo, a conhecida lição de Chiovenda e, mais recentemente, de Luiso: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil* - vol. 1, p. 415; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, v. I, p. 324. O que se cogita aqui, porém, é um tanto distinto, pois é a própria inexistência de interesse jurídico na certificação da existência de um fato e que pode ser afirmada a partir da impossibilidade de obtenção de uma declaração com esse conteúdo pela via principal, exceto, como se sabe, se o fato a se declarar for a (in)autenticidade de um documento. O tema, portanto, tangencia a ideia de que, no processo civil, o objeto da declaração deve ser, no mínimo, a existência, inexistência ou modo de ser de uma situação jurídica. Para essa ideia, sua justificativa e mais referências bibliográficas, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 184-189. Embora não se adira à tese de que a assistência se explica pela dedução de uma demanda por parte do assistente, ela, mais do que adequada ao que ora se sustenta, seria uma boa forma de explicar a razão pela qual a mera conexão pela identidade de elementos do suporte fático não permite a assistência: uma demanda pela certificação de um fato (excetuada a autenticidade de documento) seria inadmissível.

¹⁰³² Mesmo a admissão da produção antecipada de provas sem urgência (art. 381, II e III, CPC/2015) exige que a prova que se quer produzir seja relacionada a fatos que interessem a um litígio, ainda que potencial. Nesses casos, a possibilidade de “viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou “evitar o ajuizamento de uma ação” é o que confere juridicidade ao interesse na produção da prova: TALAMINI, Eduardo. *Comentários aos*

arts. 381 a 384. In: CABRAL, Antonio do Passo; *et. al.. Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, coment. ao art. 381, n. 5, e ao art. 382, n. 11. Cumpre observar, que há, nesse procedimento em específico (art. 382, §1º, CPC), uma abertura à participação de terceiros que, essa sim, pode se dizer interessada unicamente na prova (YARSHELL, Fávio Luiz. *Comentários aos arts. 381 a 383*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; *et. al.. Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, coment. ao art. 382, n. 13). Cuida-se, porém, de uma disposição especial, justificada ante a própria especialidade do procedimento: como a finalidade deste é exclusivamente a produção da prova, pode-se admitir terceiros com interesse semelhante sem que isso signifique um desvio na própria finalidade do processo. Um bom sinal de que o desvio é repudiado pode se ver no art. 382, §3º, do CPC/2015, que, ao tempo em que autoriza aos interessados o requerimento de quaisquer provas, limita estas aos mesmos fatos já delineados pelo autor ou, no mínimo, a outros que sejam sujeitos a alguma forma de conexão (TALAMINI, Eduardo. *Comentários aos arts. 381 a 384*, coment. ao art. 382, n. 11; YARSHELL, Fávio Luiz. *Comentários aos arts. 381 a 383*, coment. ao art. 382, n. 16). Registre-se, por fim, que dada a especialidade desse procedimento e a relação ora demonstrada entre seus fins e os limites à intervenção, não se pode, a partir dessa autorização específica, derivar uma autorização genérica que alcance qualquer processo pelo procedimento comum. Discorda-se, portanto, da leitura que Sofia Temer faz dessas hipóteses, como se, de claras exceções, pudessem ser construídas regras aplicáveis à generalidade dos casos: TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 278-280.

do assistido: a tutela da situação jurídica do assistido, mediatamente, permite a tutela da situação jurídica do assistente.

Isso não se dá nos casos de conexidade pelo suporte fático, já que a existência, inexistência ou modo de ser da situação jurídica de que faz parte o assistido é completamente indiferente para o assistente, para quem apenas um ou alguns juízos de fato poderiam ser relevantes. No caso de simples conexidade pelo suporte fático, portanto, a assistência se converteria em uma forma de o assistente promover apenas o seu interesse na certificação de um fato, sem, com isso, promover necessariamente a tutela da situação jurídica do assistido.

Essa constatação não significa que a conexão entre situações jurídicas substanciais pela identidade de

elementos do suporte fático seja irrelevante para o sistema. Muito pelo contrário, se o terceiro ajuizar uma demanda para promover sua situação jurídica conexa ou, em função dela, for réu em algum processo, aquela conexão substancial se reverterá em conexão processual¹⁰³³ e, preenchidos determinados pressupostos, poderá resultar, por exemplo, na reunião de processos (art. 55, §1º, do CPC/2015). Também aqui, é certo, a reunião se impõe à vontade das partes de ambos os processos e, em alguma medida, pode gerar muitos embaraços. Esses, porém, são justificáveis ante o fato de que já há dois processos, cada um voltado à tutela de uma situação jurídica, e não a simples possibilidade de que surja um processo subsequente¹⁰³⁴.

¹⁰³³ A conexão em sentido processual pode se dar pela identidade de questões incidentais (relacionadas à causa de pedir e à defesa) ou questões principais: LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade*, p. 143. Os argumentos ora desenvolvidos, porém, levam em conta apenas a conexão que se dá pela identidade de questões incidentais, pois esse é o campo em que a conexidade se revela a partir da identidade de elementos do suporte fático de distintas situações jurídicas e que, no processo, reverte-se em conexão por elementos da causa de pedir (MENCHINI, Sergio. *Il processo litisconsortile: struttura e potere delle parti*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 111-115). Quando a conexão se dá pela identidade de uma questão que é principal em um processo e incidental em outro, fala-se em prejudicialidade externa, que, reitere-se, é uma espécie de conexão (LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade*, p. 156-161). Quando se cuida de conexidade pela identidade de questões principais, manifesta-se, com mais clareza o risco de decisões em incompatibilidade prática, que o sistema tanto

repudia. Exemplo desta última forma de conexidade é a que existe entre a demanda que envolve as partes originárias e a que lhes dirige o oponente (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*, p. 96 e ss., especialmente, p. 101-102). Com o regime especial de formação da coisa julgada no CPC/2015, a permitir que a resolução de questões incidentais produzam a mesma eficácia e estabilidade da resolução de questões principais, multiplicam-se os casos que podem gerar prejudicialidade externa e, com isso, o risco de decisões em incompatibilidade prática (LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade*, p. 161 e 234-236; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 355-359). Esses aspectos, porém, escapam aos limites deste trabalho.

¹⁰³⁴ Há, portanto, risco concreto de incompatibilidade lógica entre decisões e não uma possibilidade em tese, o que resulta em uma resposta sistêmica proporcional à gravidade dessa incompatibilidade. Sobre o

A simples conexão, portanto, por não resultar em uma intervenção calcada na promoção da tutela de uma situação jurídica titularizada pelo assistido, não legitima o ingresso do terceiro como assistente. O interesse na certificação de um fato, nesse contexto, ainda que esse juízo incidental possa se impor a um processo futuro, não justifica a sobreposição da vontade do terceiro à vontade das partes¹⁰³⁵.

Excluída a admissibilidade da assistência a partir da simples conexão, resta bastante reduzido o peso do argumento da utilidade para se defender que a estabilidade produzida para o assistente se dê a partir dos

motivos. Ora, se o que anima o terceiro a ingressar como assistente é a relação de prejudicialidade entre sua situação jurídica e aquela das partes e sobre a qual o dispositivo produzirá efeitos, é a possibilidade de se sujeitar à estabilidade de um dispositivo desfavorável que deve pesar sobre o assistente como a contrapartida à permissão de que participe do processo alheio¹⁰³⁶.

Assim, por exemplo, se o fiador assiste ao afiançado em uma demanda de cobrança movida pelo credor, o risco que lhe é imposto pelo sistema é o de ficar vinculado ao dispositivo da decisão de procedência: se for, posteriormente,

tema, comparando diferentes formas de incompatibilidade e escalando a resposta do sistema a partir de sua gravidade, vide: LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade*, p. 233-240 e cap. 5, *passim*.

¹⁰³⁵ Há, ainda, um argumento de conveniência. Admitir a assistência com fundamento na simples conexão seria permitir que situações hoje identificadas como uma autorização para o litisconsórcio voluntário inicial se convertessem em autorização para assistência. Vítimas de um mesmo acidente, por exemplo, poderiam assistir umas às outras, com o único intuito de certificar um fato favorável. Não se quer, simplesmente, afirmar que isso seria absolutamente prejudicial ao sistema, mas, apenas, alertar que, pela linha argumentativa da doutrina que defende a assistência com fundamento na utilidade dos juízos incidentais, esses sujeitos poderiam funcionar como assistentes, algo que não parece ser levado em conta. Há boas razões para crer que, nesses casos, deva haver alguma forma de evitar juízos de fato incompatíveis, mas, segundo parece mais correto, na linha dos argumentos ora desenvolvidos, a interferência sobre processos *inter alios* apenas se legitima com fundamento em juízos de fato no caso em que o terceiro já for parte de outro processo. Esse é o campo, certamente, dos efeitos processuais

da conexão e que, mais recentemente, vão além da simples reunião de demandas, para permitir, por exemplo, a produção conjunta da prova. Sobre o ponto, além da dissertação de mestrado, já referida em sua versão comercial, vide, de Daniela Bermudes Lino: LINO, Daniela Bermudes. *Centralização da questão de fato para produção conjunta da prova e graus de vinculatividade fática entre demandas*. In: DIDIER JR., Fredie. *et. al. Grandes temas do novo CPC*, vol. 16: *Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 585-605, *passim*.

¹⁰³⁶ Com argumentos distintos: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 120; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. 35. O último autor destaca quão irracional seria o sistema sujeitar o assistente aos motivos e não o fazer em relação às partes de qualquer processo. De fato, para aqueles que realçam a capacidade da assistência para prevenir contradições lógicas e, assim, promover economia processual (p. ex: BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*, vol. I, t. I., p. 306), seria um imperativo lógico usar os mesmos argumentos para sustentar a imutabilidade dos motivos para as próprias partes.

demandado pelo credor, não poderá controverter a respeito da existência do crédito principal, mas, apenas, quanto aos demais elementos do suporte fático de sua suposta obrigação acessória¹⁰³⁷.

Essa conclusão, porém, não encerra o problema. Há situações em que, embora exista relação de dependência substancial, a forma como é deduzida a pretensão processual e peculiaridades do direito material resultam em que, para que o assistente possa ser minimamente responsabilizado perante o assistido por sua intrusão no processo, faz-se necessária a estabilização de algo além do dispositivo.

¹⁰³⁷ Sobre a acessoriedade da fiança: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fiança e processo*, in: *Memórias de um processualista*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 226. A rigor, é possível a fiança por dívida futura, no entanto, o fiador apenas responde por ela quando e se a obrigação principal se constituir, ou, segundo o art. 821, do CC, tornar-se líquida e certa, o que confirma a acessoriedade: TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, n. 10.4.2.

¹⁰³⁸ A evicção (o fato da evicção) é a "privação de uma utilidade (ou benefício) do direito que se pretendeu adquirir, em razão da falha na atribuição translativa que enseja a postulação vitoriosa do terceiro" (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 67). A consequência desse fato é a incidência de uma série de sanções (art. 450, do CC) que vão além daquelas que, em geral, são atribuídas ao inadimplemento, residindo nesse *plus* a especialidade da garantia por evicção (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 97). Nos limites deste artigo, não é necessário ir além dessas noções mais gerais. O que importa destacar, no entanto, é que os deveres relacionados à garantia da evicção nascem em razão da privação da uma utilidade ou benefício

É o caso da relação de dependência que há entre a situação jurídica do adquirente de um bem diante de alguém que se afirma titular de direito incompatível com a propriedade, de um lado, e, de outro, a situação jurídica de garantia do alienante diante do adquirente (arts. 447 e 450, do CC). Se o adquirente ajuíza uma reivindicatória em face do agressor, afirma, contra este, seu direito à posse que decorre da propriedade (art. 1.228, do CC). A improcedência de sua demanda ao fundamento de que não é dono da coisa se reverte em uma declaração de inexistência de seu direito à posse, consolidando a evicção¹⁰³⁸.

do direito que se pretendeu alienar, algo que pode ocorrer antes ou independentemente de uma decisão judicial. Admite-se, sem maiores dúvidas, a evicção em caso de privação decorrente de atos administrativos, como se vê, por exemplo, do seguinte acórdão: REsp n. 1.342.145/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 17/12/2014. Mas, para os limites deste estudo, adotar-se-á a premissa de que mesmo atos privados podem causar a evicção e seus efeitos jurídicos. Para se ficar em apenas um exemplo, configura evicção, em tese, a hipótese em que um adquirente, extrajudicialmente, reconheça a ineficácia do ato pelo qual julgara haver adquirido o domínio e, ato contínuo, ceda a posse do bem a quem se afirma legítimo proprietário. Nesse caso, evidentemente, a concreta ocorrência da evicção depende de que, de fato, tenha havido falha na transmissão da propriedade, de modo que, caso demande o garante pelo pagamento das indenizações, este poderá opor ao adquirente a perfeição do ato translativo e, com isso, a inexistência do direito incompatível reconhecido extrajudicialmente. Para essas premissas, vide: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 70-74. Há outras hipóteses menos claras, como, por exemplo, a remição do bem dado em garantia por algum dos

Nesse caso, o interesse do alienante em funcionar como assistente do adquirente no polo ativo desse processo decorre, diretamente, do fato de que a declaração de que o adquirente não faz jus à posse é uma das formas pelas quais o "fato da evicção" se manifesta e que se soma a outros elementos para fazer operar a garantia contra a evicção, tornando-o devedor de uma indenização. Um desses outros elementos é a transmissão defeituosa da propriedade, de modo que não basta que o adquirente perca a propriedade ou

deixe de gozar de algum direito que lhe é inerente, sendo necessário que isso decorra da transmissão defeituosa imputável ao alienante.

No exemplo imaginado, porém, a estabilidade do dispositivo decisório, por si só e mesmo reforçada por um mecanismo semelhante à eficácia preclusiva¹⁰³⁹, não impediria que, em uma subsequente demanda pelo valor da garantia da evicção, o alienante afirmasse inexistir defeito na transmissão da propriedade¹⁰⁴⁰, sustentando, por exemplo, que a perda

integrantes da cadeia de alienações ou constrito em execução movida contra um destes. Nestes casos, a jurisprudência se inclina no sentido de reconhecer que a conduta do adquirente evita a evicção, de modo que sua proteção se dá segundo as garantias ordinárias contra o inadimplemento, como se vê, por exemplo, no seguinte aresto: REsp 1907398/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 16/04/2021. Por essa razão, os exemplos trabalhados neste artigo serão construídos em torno do reconhecimento de direitos incompatíveis, notadamente, aqueles relacionados ao direito de sequela (art. 1.228, CC). Além da tese de Clarisse Leite, consultou-se, para esta nota: TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*, n. 5.4.

¹⁰³⁹ A eficácia preclusiva da coisa julgada é a técnica processual pela qual o sistema confere estabilidade à decisão transitada em julgado, tornando irrelevantes quaisquer argumentos que lhe poderiam ter sido opostos. Sua função, em outras palavras, é impedir uma segunda decisão que seja incompatível (em sentido prático) com a primeira. É essa, em suma, a tese de Bruno Lopes (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. 110).

¹⁰⁴⁰ É a conclusão de Clarisse Leite, que inspira a posição adotada nesta parte: LEITE, Clarisse

Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 273. Discorda-se de sua construção apenas na parte em que a autora nega, nesse exemplo, a existência de prejudicialidade processual entre o dispositivo da decisão a respeito da reivindicatória e o processo em que o evicto busca a reparação pela evicção. A autora chega a essa conclusão porque entende que, nesse caso, não há a declaração *principaliter* a respeito do direito incompatível do evictor. Ocorre que, se o domínio assegura ao dono a posse da coisa, a declaração de que o pretendo dono não tem direito à posse funciona como uma "*redução da utilidade*" esperada da transmissão da propriedade, fato da evicção, portanto (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 67). Veja-se, *ad argumentandum*, que nem mesmo na reivindicatória movida pelo evictor haverá declaração *principaliter* a respeito da propriedade, pois o direito que está em jogo, aquele que é objeto da declaração da sentença de procedência da reivindicatória, é o direito à posse e não a propriedade em si. Em ambos os casos, portanto, a propriedade é objeto de juízo incidental, enquanto, na via principal, haverá declaração sobre o direito à posse. Sobre o objeto do processo na ação reivindicatória: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*, p. 284-295.

da propriedade se deu em razão de usucapião posterior à alienação. Em suma, ainda que, no primeiro processo, tenha havido intensa controvérsia a respeito da causa da inexistência da propriedade e sua relação com a inexistência do direito à posse, a restrição da eficácia da intervenção ao dispositivo, resultaria em que o assistente não fosse devidamente responsabilizado por sua participação.

O mesmo se passa no caso em que o sublocatário assiste ao sublocador/locatário na ação de despejo movida pelo locador¹⁰⁴¹, por exemplo, em razão do inadimplemento (art. 59, IX, da Lei 8.245/1991). O dispositivo da sentença de procedência, fundado na certificação do inadimplemento, terá, usualmente, dois

elementos: a desconstituição do contrato de locação (ou a declaração de sua inexistência, se houver cláusula resolutiva unilateral expressa¹⁰⁴²) e a declaração de que o locador tem direito à posse¹⁰⁴³. Também aqui, a estabilidade e a projeção externa desses elementos do dispositivo, não impediria que o sublocador, demandado pelo sublocatário a indenizar o prejuízo provocado pela extinção antecipada do contrato de sublocação¹⁰⁴⁴, voltasse a controverter a respeito do inadimplemento, de modo a afastar sua culpa pela extinção antecipada.

É, ainda, o que pode se dar no caso de responsabilidade civil da Administração por ato de seus agentes. Mesmo que se exclua a culpa do agente do suporte fático do dever de indenizar

¹⁰⁴¹ Nesses casos, a lei determina (art. 59, §2º, da Lei 8.245/1991) que o sublocatário seja cientificado da pendência do processo para, querendo, intervir como assistente. Há boas razões para se sustentar que, nesse caso, a cientificação faz as vezes de uma citação e que o sublocatário é um litisconsorte necessário. Vide, nesse sentido: Heitor Sica: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 200. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 5; CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 69-71. O interessante é notar que, mesmo na condição de litisconsorte necessário, algo que se admite aqui apenas para efeito de argumentação, o problema exposto neste parágrafo ainda se faria sentir: o juízo incidental a respeito do inadimplemento do locatário/sublocador não poderia ser oposto a este em uma segunda demanda.

¹⁰⁴² Parece possível que, nesse caso, não haja verdadeiro pedido declaratório quanto à inexistência do contrato, subsequente à sua resolução unilateral. Nessa condição, essa seria

uma questão incidental e não comporia o dispositivo. Não se faz necessário exame mais aprofundado, nos limites do exemplo.

¹⁰⁴³ Diz-se no mínimo porque a lei permite a cumulação de pedido condenatório relativo às prestações vencidas (art. 62, I, da Lei 8.245/1991). Deve-se observar, também, que a declaração de que o locador tem direito à posse é provida de eficácia executiva, de modo que, a depender da concepção adotada a respeito da definição analítica da condenação, pode-se desdobrar esse elemento em dois: a declaração do direito do locador à posse e a condenação do locatário ao desapossamento. Desnecessária a tomada de posição quanto a esse tema para os limites deste artigo, faz-se apenas referência ao conhecido e provocador ensaio de Barbosa Moreira a respeito da condenação: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 125-142.

¹⁰⁴⁴ É o que resta para o sublocatário, nos termos do art. 15, da Lei 8.245/1991.

da Administração, este ainda depende da existência da conduta, da imputabilidade desta ao agente público, da própria condição de agente público, do nexo causal e da existência de prejuízo. Uma vez que pague ao particular a indenização correspondente, surge para a Administração o direito de exigir o ressarcimento do próprio agente¹⁰⁴⁵. Por essa razão, pode-se ver uma relação de dependência entre o dever de o agente ressarcir o Estado e o dever de o Estado indenizar o particular lesado. Nesse cenário, portanto, deve-se admitir que o agente público funcione como assistente da Administração no processo ajuizado pelo particular que postula a indenização¹⁰⁴⁶.

Se a estabilidade decorrente da intervenção se limitar ao dispositivo, porém, nada poderá impedir o agente público, quando demandado pela Administração, de controverter a respeito da existência de uma conduta sua, do prejuízo suportado pelo particular ou do nexo causal entre este e aquela.

Casos como esses revelam uma grande injustiça, já que o assistente teria duas chances para fazer valer suas

razões, tornando-o praticamente irresponsável por sua decisão de intervir.

Essa injustiça pode ser evitada se, na linha do que propõe Clarisse Leite, enxergar-se na eficácia da intervenção a estabilidade do dispositivo e dos elementos da motivação que, relevantes para a decisão proferida no processo *inter alios*, sejam igualmente componentes do suporte fático que faz nascer a situação jurídica que o assistente buscou tutelar (mediatamente) ao intervir¹⁰⁴⁷ e, adicione-se, apenas quando esta situação jurídica estiver em jogo num processo do futuro.

Com isso, reduz-se a estabilidade dos elementos incidentais ao mínimo necessário para fazer o assistente responsável por sua intervenção, evitando-se, de um lado, a injustiça ora imaginada e, de outro, que se estabilizem elementos da motivação estranhos ao suporte fático da situação jurídica que legitimou a assistência, algo importante para evitar que o assistente seja compelido a controverter a respeito desses outros elementos apenas para evitar o risco de que, estabilizados, prejudiquem-no em processos futuros, quando já não estiver em disputa aquela situação jurídica dependente¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁵ Para a desnecessidade de culpa para efeito de responsabilização do Estado e sua necessidade para que este possa exigir a reparação do agente público, vide o que se decidiu no RE 1.027.633, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 05/12/2019.

¹⁰⁴⁶ Reconhecendo a possibilidade de assistência simples, expressamente: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*, p. 638.

¹⁰⁴⁷ LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 274-275.

¹⁰⁴⁸ Um dos argumentos apontados pela doutrina para demonstrar a inconveniência da formação de estabilidades fortes (como a coisa julgada) sobre juízos de fato é que, sem a referência a uma situação jurídica concreta, jamais se pode saber ao certo as consequências dessa estabilização, o que, de um lado, geraria insegurança jurídica e, de outro, incentivaria as partes (mesmo o assistente) a controverter

Voltando ao exemplo da evicção, no processo do adquirente/evicto contra o alienante/garante, este não poderia controverter a respeito da alienação defeituosa, já que essa era uma questão necessária para a decisão proferida no processo em que houve a assistência e é igualmente necessária para este segundo processo. Não se tornariam estáveis, porém, outros elementos da motivação da primeira decisão, como, por exemplo, se o réu estava mesmo na posse do imóvel. Do mesmo modo, ainda que seja um elemento da responsabilidade da Administração perante o particular e do agente público perante a aquela, o juízo quanto à existência da conduta tida por ilícita não seria estável se, após ser sancionado em um PAD em razão desse mesmo ato, o agente público buscasse, em demanda anulatória, a exclusão da sanção pela inexistência da conduta¹⁰⁴⁹.

Em conclusão, portanto, os limites objetivos da estabilidade decisória conhecida por eficácia da intervenção são dados pelo dispositivo e pela resolução de questões incidentais que digam respeito a fatos que integrem o

suporte fático da situação jurídica dependente afirmada pelo assistente para legitimar sua intervenção, ganhando estabilidade apenas nos processos em que esta situação jurídica esteja em disputa.

3. EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO: CASUÍSTICA DE SUA "SUPERAÇÃO"

Como se adiantou, dois são os planos em que a eficácia da intervenção se distingue da estabilidade alcançada pela decisão judicial de mérito entre as partes: seus limites objetivos e a casuística de sua superação.

Nesse segundo plano, portanto, a distinção que se coloca é entre a resistência da eficácia da intervenção e a da coisa julgada à superação.

Antes de prosseguir, deve-se afastar uma confusão que pode decorrer da forma como a doutrina costuma tratar do tema. Fala-se, usualmente, que, diante das exceções enumeradas no art. 123, o assistente poderia, em um segundo processo, afastar a eficácia da intervenção¹⁰⁵⁰, dando a entender que a estabilidade se produziria em um

intensamente a respeito de cada elemento de fato. Para um panorama mais amplo, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 187-189. Em específico, afirmando que a insegurança ora ressaltada importaria em injustificado sacrifício do contraditório: PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6ª ed., Nápoles: Jovene Editore, 2014, p. 137.

¹⁰⁴⁹ Não se quer, evidentemente, afirmar que o juízo do processo do passado seja absolutamente irrelevante, mas, apenas, que não existiria estabilidade a ponto de excluir a possibilidade de o servidor controverter sobre a

ocorrência do fato. Não se pode excluir, por exemplo, que a decisão anterior tenha valor probatório e, com isso, interfira na formação da convicção do juiz nesse outro processo. Para a possibilidade de a decisão servir de prova dos fatos que tomou por ocorridos, veja-se, com proveito: PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Sobre a eficácia probatória da sentença. In: *Revista de processo*, vol. 299. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2020, p. 93-121.

¹⁰⁵⁰ Vide, por exemplo: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. III, p. 49. Em sentido distinto e com alguma razão, Agrícola Barbi afirmava que há

primeiro momento, sendo desconstituída ¹⁰⁵¹, por iniciativa do assistente.

O que se passa, porém, é que, diante dos fatos enumerados nos incisos do art. 123, do CPC/2015, a estabilidade decorrente da assistência não se produz. A inocorrência daqueles fatos, portanto, integra o suporte fático que faz surgir a situação jurídica processual ¹⁰⁵² a que denominamos de eficácia da intervenção. Por essa razão, grafou-se a expressão "superação" entre aspas no título deste tópico.

Como nesses casos - que serão examinados a seguir - não há nenhuma estabilidade para o assistente, é fácil de aceitar que este não necessita de ajuizar uma demanda para desconstituir o que quer que seja, de modo que, em um segundo processo em que demande ou seja demandado por alguma das partes do processo em que interveio, a (in)existência dessa situação jurídica processual de estabilidade será uma questão incidental a ser resolvida como forma de se estabelecer se o dispositivo

e os motivos da decisão anterior podem ser controvertidos livremente.

O perigo de não se enxergar o fenômeno como ora se propõe é ver, nessa possibilidade de "afastamento" incidental, algo formalmente distinto do que se passa com a coisa julgada. Há, é claro, uma diferença bastante evidente, mas ela não está na "forma" da superação. Também a coisa julgada, diante da objeção levantada pelas partes ou suscitada de ofício pelo juiz, pode ser "afastada" incidentalmente, sempre que isso se dê ante a consideração de que ela não se formou (porque não houve trânsito em julgado, por exemplo), não abarca os elementos sob exame (porque situados fora dos limites objetivos) ou os sujeitos envolvidos no processo (porque afirmada contra alguém que não foi parte no processo).

O que se nota, portanto, é que, no plano ora examinado, a distinção que há entre a coisa julgada e a eficácia da intervenção se dá apenas porque são

uma presunção relativa de imutabilidade, que seria "desconstituída" se o assistente alegar e provar um dos fatos enumerados nos incisos do art. 55, do CPC/1973, em tudo idênticos aos do art. 123, do CPC/2015. De fato, faz sentido que o ônus de demonstrar que não se produziu a estabilidade seja do antigo assistente, sendo a isso que se prestaria essa afirmada presunção relativa: fazer pesar sobre o assistente o ônus de provar a ocorrência desses fatos.

¹⁰⁵¹ "[...] uma vez demandado em outro processo, poderá o assistente simples alegar uma dessas duas hipóteses, com o objetivo de desconstituir a eficácia da intervenção." (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil - vol. I*, p. 608).

¹⁰⁵² A coisa julgada é uma situação jurídica processual que se produz diante de determinados fatos processuais. No regime comum, o suporte fático é bastante simplificado, formado apenas pela condição de parte do processo e pelo trânsito em julgado de uma decisão de mérito. No regime especial, esse suporte fático é mais complexo e integra os requisitos enumerados no art. 503, §§1º e 2º, do CPC/2015. Para essas ideias, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 393-397. A afirmação que se fez a respeito da eficácia da intervenção é, portanto, apenas uma adaptação dessas considerações a respeito da coisa julgada.

distintos os suportes fáticos que condicionam sua formação.

Isso é importante para que se perceba que a distinção não se dá a partir da necessidade de ajuizamento de uma demanda típica para desconstituir a decisão - a ação rescisória - algo que pode se fazer necessário também para o assistente¹⁰⁵³. Nesse caso, porém, os fundamentos serão aqueles típicos da ação rescisória, e não os fatos enumerados nos incisos I e II, do art. 123, do CPC/2015: afirmados estes, o antigo assistente carece de interesse processual na demanda rescisória¹⁰⁵⁴.

Ainda assim, porém, é inegável que a complexificação do suporte fático da estabilidade típica da assistência se reverte em uma menor (ou mais fraca) eficácia preclusiva¹⁰⁵⁵ se comparada com a coisa julgada, afinal, ao fim e ao cabo, permite-se ao assistente contornar a decisão proferida no passado com argumentos que poderiam ter sido apresentados no processo anterior, ou mesmo argumentos que foram apresentados pelo assistido e rejeitados pelo juiz¹⁰⁵⁶.

Feitas estas considerações, nota-se que os incisos em si, não chegam a

¹⁰⁵³ Sobre a legitimidade do assistente para a ação rescisória, vide: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V: arts. 476 a 565. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 168-169; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 144-146.

¹⁰⁵⁴ Quem não está sujeito a nenhuma forma de estabilidade decisória, carece de interesse processual na rescisão, ante a evidente falta de necessidade e utilidade. É comum se dizer, por isso, que não há interesse na rescisão de uma decisão que não transitou em julgado (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, p. 132), ou em decisões de mérito que, por qualquer motivo, não fazem coisa julgada, como as de improcedência nos processos coletivos (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V, p. 111). Sob o CPC/2015, o mesmo pode se dizer da resolução de questões incidentais que não preencham os requisitos do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC, situação análoga à ora cogitada. Para essas considerações e referências: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*, p. 451-452.

¹⁰⁵⁵ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. 35; CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência*

no processo civil brasileiro, p. 120-121; BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 167-168.

¹⁰⁵⁶ Contornar a decisão do passado, em suma, significa a possibilidade de obter nova decisão sobre a mesma situação jurídica (do assistido e seu adversário), ainda que, cuidando-se de assistência simples, esse novo exame se faça sempre incidentalmente. Em termos mais precisos, o que o assistente evita, nesses casos, é a manifestação da função positiva da estabilidade decisória aqui chamada de eficácia da intervenção, de forma bastante semelhante à função positiva da coisa julgada. Por essa razão, não parece correta a perspectiva de Dinamarco, no sentido de que, nesse cenário, a atuação do assistente se dá sem "*infirmar a res judicata formada no primeiro processo*" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litiscônsorcio*, p. 58, nota n. 26). De certo, a rediscussão da decisão anterior, nesse segundo processo, não tem caráter revogatório ou substitutivo daquela. Por outro lado, uma das dimensões da eficácia da intervenção e da coisa julgada é, justamente, a aptidão para fazer a decisão do passado se impor às partes quando o elemento estabilizado surja incidentalmente em processos do futuro. Por isso, sempre que, por qualquer razão, permite-se essa rediscussão e, frise-se, entre sujeitos que foram partes no processo em que proferida a decisão, infirma-se a estabilidade

despertar maiores divergências doutrinárias¹⁰⁵⁷, refletindo a percepção de que a vinculação à decisão deve ser relacionada ao grau de participação que, concretamente, permitiu-se ao assistente¹⁰⁵⁸.

O inciso I, do art. 123, do CPC/2015, reflete duas situações distintas, mas unidas pelo fato de que resultam, em alguma medida, na impossibilidade de o assistente deduzir livremente suas razões. Na primeira parte, o empecilho decorre da preclusão, já que, “*recebendo o assistente processo no estado em que se encontre*” (art. 119, par. único), sujeitar-se-à às preclusões já operadas, regra que tem a nítida finalidade de impedir o retrocesso do procedimento¹⁰⁵⁹. Na segunda parte, o empecilho decorre das limitações impostas à sua atuação pela vontade do assistido.

O inciso II, diferentemente, cuida da hipótese que, mais propriamente, pode-se identificar com o brocardo latino *exceptio male gesti processus*¹⁰⁶⁰, excluindo a estabilidade para o

assistente quando desconhecia provas ou alegações de que o assistido não se valeu por dolo ou culpa.

Embora o estudo da doutrina brasileira indique não haver maiores divergências quanto à interpretação desses dispositivos, há circunstâncias que podem gerar alguma dúvida, embora se deva reconhecer a dificuldade de ocorrerem na prática. Não é objetivo deste artigo analisar em pormenores essa casuística, mas, como se passará a seguir, comparar a disciplina da eficácia da intervenção com a do regime especial de formação da coisa julgada. Ainda assim, levantam-se algumas indagações, apenas para demonstrar que a concordância doutrinária não pode ser imputada a uma suposta facilidade na interpretação desses dispositivos.

O primeiro ponto que gera alguma perplexidade é o fato de o inc. I, ao menos numa primeira aproximação, condicionar a relevância do momento do ingresso e do comportamento do assistido à consequência de impedirem a produção de provas pelo assistente¹⁰⁶¹.

decisória, ainda que de forma autorizada pelo sistema.

¹⁰⁵⁷ CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 120-121.

¹⁰⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. III, p. 49; BENEDUZZI, Renato Resende. *Comentários ao código de processo civil*, vol. II, coment. ao art. 123, n. 2.

¹⁰⁵⁹ MAURICIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*, p. 90-91.

¹⁰⁶⁰ Embora a doutrina se utilize do brocardo para denotar todas as hipóteses em que a eficácia da intervenção é afastada (p. ex.: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 279; DIAS,

Handel Martins. *Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à justiça da decisão*, n. 6), parece bem evidente que não se pode associar as hipóteses do inc. I a alguma “*má gestão*” do processo. Para ficar em apenas um exemplo, basta pensar na hipótese em que há atos dispositivos do direito material, quando não seria preciso falar de “*gestão do processo*” e, muito menos, de “*má gestão*”. A exceção ao que ora se afirma está, justamente, em hipóteses nas quais os atos de disposição têm intuito fraudatório, o que, porém, reconduz-se ao inciso II.

¹⁰⁶¹ A relação fica clara, por exemplo, no exame que fez Ubiratan do Couto Maurício, ou, mais

Nesse cenário, em certo sentido, mais literal, esses mesmos fatos não excluiriam a estabilidade para o assistente quando, prejudicando sua atuação de outra forma, não impedissem a produção de prova.

Assim, por exemplo, em um caso no qual o assistente tenha ingressado prematuramente no processo e o assistido em nada tenha embaraçado suas iniciativas probatórias, a eficácia da intervenção se produziria normalmente mesmo que o assistido renunciasse ao direito de apelar, impedindo, com isso, a admissão do recurso do assistente¹⁰⁶².

Se, de um lado, é questionada a identificação do duplo grau de jurisdição como um requisito ineliminável do

devido processo legal, de outro, afirma-se que a recorribilidade o é¹⁰⁶³. Nesse cenário, mesmo que não impeça a produção de prova por parte do assistente, no caso ora imaginado, o comportamento do assistido suprime a possibilidade de recurso, o que parece ser um excelente motivo para excluir a formação da estabilidade para o assistente.

Outro ponto que pode despertar dúvidas é o que se refere à extensão da capacidade do assistido de obstar, com sua vontade, as iniciativas probatórias do assistente. Há boas razões para se sustentar que, no campo da prova e da formulação de alegações de fato e de direito, não possa o assistido impedir eficazmente a atuação do assistente¹⁰⁶⁴.

recentemente, Handel Martins Dias: MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. *Assistência simples no direito processual civil*, p. 133-134; DIAS, Handel Martins. *Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à justiça da decisão*, n. 6.

¹⁰⁶² Embora tenha havido, no passado, alguma divergência, pode-se afirmar, com arrimo na jurisprudência do STJ, que a omissão do assistido não obsta o recurso do assistente, o que ocorre apenas na hipótese em que tenha renunciado ao direito de recorrer: EREsp n. 1.068.391/PR, relator Ministro Humberto Martins, relatora p/ o acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe de 7/8/2013.

¹⁰⁶³ Sem a pretensão de esgotar o tema, parece correta a perspectiva de que são inconstitucionais restrições injustificadas à recorribilidade, ainda que a um órgão do mesmo escalão hierárquico. Para um cotejo das diferentes posições e defendendo a posição ora adotada: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Duplo grau de jurisdição e "teoria da causa madura" no novo código de processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buril; et. al. (Org.). *Novo CPC - doutrina selecionada*, v. 6: *processos nos tribunais e*

meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 589-592; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 51-58.

¹⁰⁶⁴ Para o ponto, vide: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 115-116. Essa a perspectiva de Fabbrini, que, conclui que o interveniente adesivo, por ser legitimado extraordinário, detém os mesmos poderes processuais do assistido, que é o legitimado ordinário. A situação, pois, é semelhante ao litisconsórcio unitário, com o detalhe de que, por não ser titular do direito substancial, o interveniente adesivo nada pode fazer contra os atos de disposição material, únicos em que a vontade do assistido seria capaz de se sobrepor à do interveniente: FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, p. 292 e ss. Com isso, não se quer, simplesmente, aderir à tese do italiano, sujeita a uma série de exceções justificadas ante a peculiaridades daquele sistema. A intenção é, apenas, ressaltar sua consistência e demonstrar que este é um campo pouco explorado, à exceção, evidentemente, de

A principal delas é que, permitindo o sistema a assistência simples, não faria sentido conferir ao assistido a absoluta capacidade de obstar a atuação do assistente. Fosse assim, melhor seria, simplesmente, condicionar a assistência à aceitação do assistido.

Por esse caminho, pode-se sustentar que os únicos atos que o assistido pode praticar de modo a tolher posições processuais do assistente, são aqueles que dizem respeito à própria disposição do direito material, a transação, por exemplo, e, no campo processual, aqueles que sejam causativos ou determinantes¹⁰⁶⁵, como o reconhecimento do pedido, a renúncia à pretensão ou a desistência da demanda, únicos ¹⁰⁶⁶, inclusive, que são expressamente enumerados no art. 122, que nada diz, por exemplo, da contrariedade que se dê a respeito de

um requerimento probatório. Só nessas hipóteses, portanto, atos do assistido bloqueariam, de forma mediata, iniciativas probatórias do assistente.

O que se deve ressaltar, porém, é que a interpretação do alcance da segunda parte do inciso I, do art. 123, é estritamente relacionada ao grau de subordinação que se impõe à atuação do assistente, de modo que, a prevalecer a posição mais tradicional com relação aos poderes do assistente (simples) muito maiores são as chances de que, ao fim, não se submeta à estabilidade da decisão, já que maiores serão as oportunidades para que o assistido impeça suas iniciativas.

Embora o exame, até aqui, tenha recaído apenas sobre a assistência simples, mesmo sem adentrar ao espinhoso tema da assistência litisconsorcial¹⁰⁶⁷, parece perfeitamente

Lia Cintra. A adoção de uma posição definitiva desborda dos limites deste trabalho. A perspectiva, reconhece-se, é oposta à posição majoritária da doutrina brasileira, que, dando excessivo valor à condição de parte "não principal", costuma negar ao assistente simples a possibilidade de praticar atos processuais contrários à vontade expressa do assistido em qualquer caso. Nesse sentido, por exemplo: MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. *Assistência simples no direito processual civil*, p. 133-134; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, p. 146-147; BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, p. 149-151; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil*, vol. III, p. 38; SAMPAIO, Marcos Vinícius de Abreu. *Comentários aos arts. 119 a 124. coment. ao art. 123, n. 2*; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 451; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 604-605.

¹⁰⁶⁵ Causativos (ou determinantes) são os atos das partes que "operam seu efeito na situação processual de imediato e por si próprios", enquanto os indutivos "são destinados a obter do juiz um provimento favorável e, pois, influir sobre sua convicção a respeito da procedência das razões da parte que realiza o ato" (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, vol. I. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 324). A inspiração para essa abordagem é a utilidade da categoria no estudo de Barbosa Moreira a respeito do litisconsórcio unitário: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 161-175.

¹⁰⁶⁶ Embora a própria renúncia ao recurso não conste do rol, pode ser ali inserido mediante interpretação analógica, já que é um ato causativo, como reconheceu Barbosa Moreira em seu estudo do regime litisconsorcial: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*, p. 161.

¹⁰⁶⁷ Não se dedicando este trabalho a estabelecer uma distinção entre essas espécies,

possível e, mais que isso, necessário, estender a essa espécie a aplicação do art. 123, do CPC/2015.

Isso porque, se, de um lado, o assistente litisconsorcial, diferentemente do simples (art. 122, CPC/2015), tem a capacidade de impedir a eficácia dos atos de disposição material e processual (a ele se aplica, *tout court*, o regime do litisconsórcio unitário ¹⁰⁶⁸), é perfeitamente possível que seja incapaz de exercer influência sobre a decisão a depender do momento em que ingresse no processo e, da mesma forma, de atos dolosos ou culposos do assistido.

Nesse sentido, se a justificativa para os incisos do art. 123 é impedir a formação da estabilidade para o assistente que não teve plenas oportunidades de influenciar a decisão, não há razão para que deixem de ser

aplicados ao assistente litisconsorcial ¹⁰⁶⁹, já que este também pode se encontrar nessas situações.

4. ASSISTÊNCIA, EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO E O REGIME ESPECIAL DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

4.1. REGIME ESPECIAL E INTERESSE JURÍDICO NA RESOLUÇÃO DE QUESTÃO INCIDENTAL

O primeiro ponto a ser tratado diz respeito a uma possível ampliação das hipóteses em que a assistência é cabível, a partir da percepção de que, no regime especial de formação da coisa julgada, a resolução da questão prejudicial, quando preenchidos os requisitos pertinentes, produz a mesma eficácia e se sujeita à mesma estabilidade do dispositivo decisório ¹⁰⁷⁰.

basta que se exponha a adoção da ideia de que o assistente litisconsorcial é o sujeito que intervêm por ser, de alguma forma, cotitular do direito disputado entre as partes, substituído processual (i.e., titular exclusivo daquele direito), ou colegitimado extraordinário. Para o ponto, vide o artigo escrito em coautoria com Daniela Bermudes Lino, já referido: LINO, Daniela Bermudes; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Intervenção litisconsorcial voluntária: da intervenção litisconsorcial ao ingresso mediante cumulação ulterior de demandas*, p. 226-229, para referência a outros entendimentos, p. 226, notas n. 18 e 19.

¹⁰⁶⁸ LINO, Daniela Bermudes; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Intervenção litisconsorcial voluntária: da intervenção litisconsorcial ao ingresso mediante cumulação ulterior de demandas*, p. 228.

¹⁰⁶⁹ Não se compreende, por isso, a conclusão de Lia Cintra: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 118. Boa parte dos autores consultados não chega a refletir a respeito da aplicação dos incisos I e II,

do art. 123, do CPC/2015, ao assistente litisconsorcial, limitando-se a debater se este fica sujeito apenas ao dispositivo, a elementos da motivação, ou a ambos. Vejam-se, para essa discussão, as referências supra. No mesmo sentido ora exposto, vide, Pontes de Miranda (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, t. II, p. 82) e Ubiratan Maurício, este último, inclusive, para referência a outros autores, que não foi possível consultar diretamente, vide: MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. *Assistência simples no direito processual civil*, p. 130.

¹⁰⁷⁰ É a posição adotada na maior parte dos trabalhos a respeito do tema, incluindo o autor deste artigo. Para mais referências, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 117-118 e 230-233. Exceção, nessa parte, é a posição de Clarisse Leite, para quem a resolução de questões incidentais, preenchidos os requisitos, não produz eficácia substancial, mas apenas processual (LEITE, Clarisse Frechiani Lara.

A questão pode ser posta nos seguintes termos: se elementos da motivação podem adquirir eficácia extraprocessual, é possível que gerem interesse jurídico a ponto de permitir a assistência?

A resposta, embora possa parecer paradoxal, é que sim, a eficácia produzida nesses casos, por ser a mesma que se desprende do dispositivo, pode configurar interesse jurídico idêntico ao que se exige do assistente; porém, não deve autorizar a assistência.

Deve-se ter em conta, em primeiro lugar, que, embora haja bons motivos de

ordem constitucional para que exista uma espécie interventiva (como a assistência) para que terceiros possam fazer valer seus interesses jurídicos em processos *inter alios*, esse não é um imperativo¹⁰⁷¹, o que fica evidente da simples constatação de que a proibição à intervenção de terceiros é uma das formas de especializar procedimentos em relação ao procedimento comum¹⁰⁷². Da simples existência de interesse jurídico, portanto, não decorre, automaticamente, o direito de intervir.

Em segundo lugar, é de se considerar que toda a intervenção

Eficácia e estabilidade da solução de questão prejudicial incidental. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 281-282). Segundo a autora, esses juízos teriam a aptidão de se impor sobre processos do futuro - ainda que sujeitos a uma eficácia preclusiva mais tênue (LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Eficácia e estabilidade da solução de questão prejudicial incidental*, p. 290-292) - mas jamais teriam a mesma eficácia substancial de dispositivo. Não há espaço, neste trabalho, para aprofundamento ou crítica a essa tese. Cumpre observar, porém, que, mesmo no grupo majoritário, há grandes diferenças na forma como descrevem como opera o regime especial do art. 503, §§1º e 2º, do CPC. Não havendo espaço para aprofundamento, adota-se a perspectiva de que a extensão da coisa julgada aos motivos não passa por uma ampliação do objeto do processo ou da decisão, mas, simplesmente, pela atribuição de eficácia e estabilidade à juízos incidentais, que não perdem a natureza incidental, como se vê em: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 215-219; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 111-119 e p. 275-279.

¹⁰⁷¹ A única hipótese que seria verdadeiramente uma imposição constitucional é a do substituído processual, justamente porque, sujeitando-se à

coisa julgada, seria a única categoria a quem não socorreriam as vias processuais ordinárias.

¹⁰⁷² É o caso do procedimento a que se submetem as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, nos termos dos arts. 7º e 18, da Lei 9.868/1999, e do procedimento perante os juizados especiais, consoante o art. 10, da Lei 9.099/1995. Este último o que permite reflexões mais ricas, porque, em princípio, os direitos tutelados são substancialmente idênticos aos que o seriam pela via ordinária. Justamente por isso, parece claro que essa vedação, em uma interpretação conforme a Constituição, jamais poderia ser oposta a um substituído processual. Lia Cintra cogita de inconstitucionalidade inclusive com relação à vedação à assistência simples: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 111. Segundo a autora, isso se justificaria porque, mesmo nesses casos, poderia haver situações em que assistência simples seria a única via para a defesa dos interesses do assistente. Admitindo-se, porém, que nos casos de dependência substancial nunca há extensão da coisa julgada a terceiro, não haveria hipótese como a imaginada pela autora, razão pela qual a interpretação conforme à Constituição ora proposta seria necessária apenas para permitir o ingresso dos substituídos processuais.

voluntária - de que a assistência é uma espécie - faz-se independentemente e mesmo contra a vontade das partes, que devem suportar a complexificação subjetiva do processo e, notadamente, a prática de atos processuais no interesse do assistente.

Permitir a assistência - em grau abstrato -, portanto, é ponderar esses interesses em conflito para fazer a decisão política pender em favor do terceiro, autorizado a intervir. Nessa ponderação, um dado decisivo - ainda que não o principal¹⁰⁷³ - é a utilidade da intervenção do terceiro na prevenção de decisões em incompatibilidade lógica e na promoção de economia processual¹⁰⁷⁴. Se é certo que o ingresso do terceiro pode resultar em um processo menos célere, de outro, é possível que previna litígios futuros ou, ao menos, reduza-lhes a complexidade.

Voltando às questões resolvidas na motivação, deve-se ter sempre em mente que sua função é, antes de tudo, a produção de eficácia interna ao processo e à decisão, tornando devida uma determinada conclusão. Apenas quando preenchidos determinados

requisitos especiais é que adquirem, como um efeito anexo, aquela eficácia e estabilidade extraprocessual típicas de dispositivo. Se, quanto a este, sempre se sabe que produzirá efeitos para fora do processo, com relação às questões incidentais isso é sempre incerto, não só porque incerto é o preenchimento dos requisitos, mas, especialmente, porque sua própria resolução pode deixar de ocorrer sem que isso signifique alguma invalidade processual¹⁰⁷⁵. Em circunstâncias não patológicas, portanto, deduzido um pedido, este será respondido e essa resposta produzirá eficácia externa; algo que não se pode afirmar diante de uma questão incidental.

Por essa razão, partindo do pressuposto de que a atribuição de eficácia externa e formação de coisa julgada sobre elementos da motivação é apenas eventual, jamais se podendo antecipar se, concretamente, serão cumpridos os requisitos, não parece justificável a prevalência dos interesses dos terceiros sobre os interesses das partes a ponto de se autorizar a intervenção voluntária: nem mesmo o

¹⁰⁷³ É correta, por isso, a crítica de Lia Cintra aqueles que atribuem à assistência o "papel missionário" de evitar contradições lógicas (CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 96-97). O que ora se propõe é que essa aptidão (que parece acima de quaisquer dúvidas) seja enfocada não como uma razão que animaria o próprio terceiro a intervir, mas, mais propriamente, um elemento a ser levado em conta pelo legislador ao instituir figuras interventivas, e, pois, para a doutrina na interpretação dos dispositivos que tratem do tema.

¹⁰⁷⁴ Sobre a economia processual e sua relação com a intervenção de terceiros, veja-se: BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18-20.

¹⁰⁷⁵ É o que se passa, por exemplo, quando a resolução de uma questão incidental torna desnecessário o exame das demais. Nesses casos o que importa para a validade da decisão é que se cumpra o dever de motivar: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 321-325; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 285-288.

interesse público na prevenção a incompatibilidades lógicas parece justificar essa intervenção¹⁰⁷⁶, já que o processo se tornaria mais complexo sem que se soubesse ao certo se, ao fim, a questão incidental seria resolvida e, mesmo que fosse, se adquiriria eficácia externa e estabilidade.

A conclusão, portanto, em resposta à pergunta formulada no início do tópico, é que a instituição do regime especial não resulta, necessariamente, na admissão de assistência fundada exclusivamente no interesse jurídico que pode existir na solução de uma questão incidental no processo pendente *inter alios*.

4.2. LIMITES OBJETIVOS DA EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO E DA COISA JULGADA NO REGIME ESPECIAL: UMA COMPARAÇÃO

Como se concluiu no tópico 3, a estabilidade da decisão perante o assistente recai sobre o dispositivo, mas pode se estender a elementos da

motivação, quando estes forem comuns à situação jurídica disputada no primeiro processo e aquela afirmada pelo assistente para justificar sua intervenção.

Essa distinção quanto aos limites objetivos era uma particularidade muito clara da eficácia da intervenção em comparação à coisa julgada, que, até o advento do CPC/2015, era restrita ao dispositivo decisório. A pergunta que se pode fazer é: a possibilidade de extensão da coisa julgada a elementos da motivação, pela via do regime especial, eliminou completamente a distinção entre coisa julgada e eficácia da intervenção a partir dos limites objetivos?

A resposta há de ser negativa e a razão para tanto está na diversidade de elementos que podem ser alcançados: se o regime especial apenas alcança elementos que possam ser objeto de uma demanda autônoma (art. 503, §1º, III, do CPC/2015)¹⁰⁷⁷, a eficácia da intervenção quando se estende a

¹⁰⁷⁶ Essas considerações se somam às apresentadas no trabalho a respeito do regime especial da coisa julgada, para concluir que questões incidentais não tornam necessária a formação de litisconsórcio, mesmo quando recaiam sobre a existência de uma situação jurídica plurissubjetiva que, se fosse uma questão principal, tornaria o litisconsórcio necessário. Naquele estudo, cuidou-se de afastar a ideia de que a violação à necessidade do litisconsórcio resulta em alguma consequência para a coisa julgada no regime comum, para, a partir disso, afirmar que, no regime especial, além de não haver necessidade expressa, sempre se poderiam contornar os problemas relacionados à sujeição dos terceiros à eficácia produzida por esses elementos incidentais: OLIVEIRA, Filipe Ramos.

Coisa julgada sobre questões prejudiciais, p. 366-382. O que faltou, naquela oportunidade, foi alguma reflexão sobre a razão pela qual seria inconveniente a imposição do litisconsórcio necessário, o que se pode fazer pelo caminho ora exposto em relação à assistência. Em sentido contrário, sustentando que, nesse caso, a resolução da questão incidental não produz efeitos ou adquire estabilidade fora do processo, vide, p. ex.: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, p. 124-125.

¹⁰⁷⁷ Para o ponto: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 229-221; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 297-300. Em sentido contrário, aplicando o regime especial a elementos que não correspondem à estrutura mínima do objeto do processo: MARINONI, Luiz

elementos da motivação, alcança primordialmente elementos que não preenchem esse requisito.

Admitidos os argumentos expostos no tópico 3, a redução da eficácia da intervenção a uma simples manifestação do regime especial de formação da coisa julgada retiraria a aptidão daquela estabilidade para fazer o assistente responsável perante o assistido nos casos da evicção, da sublocação e da responsabilidade civil do estado: a certificação do defeito do negócio em operar a transmissão¹⁰⁷⁸, do inadimplemento do sublocador e da existência de nexos causal não preencheriam o requisito do art. 503, §1º, III, do CPC/2015.

O que se nota, portanto, é que, no plano dos limites objetivos, ainda que ambos os mecanismos resultem na estabilização de elementos da motivação, o alcance da coisa julgada é significativamente mais restrito.

Ainda no que se refere aos limites objetivos, há outra importante distinção a se destacar.

É que os requisitos do regime especial (tratados, superficialmente, a seguir) condicionam apenas a extensão da coisa julgada a elementos da motivação, sem nada impactar sobre a própria formação de coisa julgada sobre o dispositivo¹⁰⁷⁹. Ausente qualquer desses requisitos, não se forma coisa julgada sobre a resolução de questões prejudiciais (ou alguma em específico), formando-se coisa julgada normalmente sobre o dispositivo.

Diferentemente, quando se veem os incisos I e II do art. 123 como uma enumeração dos requisitos para que se produza a eficácia da intervenção e adotada a perspectiva que se propôs no tópico 2, nota-se que a ocorrência de qualquer dos fatos enumerados naquele rol impede que se estabilizem, para o assistente, tanto o dispositivo quanto alguns elementos da motivação.

Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 234-237.

¹⁰⁷⁸ Em princípio, a própria invalidade ou ineficácia do negócio jurídico frente ao evictor é um elemento que preenche o requisito do art. 503, §1º, III, do CPC/2015. Mas, para que o alienante responda pela evicção, não basta que o negócio seja inválido, mas que essa invalidade seja a ele imputável e funcione como causa da redução da utilidade do direito transmitido. Assim, mesmo que a própria invalidade ou ineficácia do negócio translativo se estabilize, pela via do regime especial, não se estabilizariam os juízos sobre o nexos desse elemento e o fato da evicção, ou, o que é o mesmo, entre a conduta do alienante e o prejuízo causado ao adquirente.

¹⁰⁷⁹ Para um bom exemplo, a inobservância do contraditório prévio à solução de uma questão prejudicial - imagine-se o reconhecimento de ofício da nulidade de um contrato, sem prévia oportunidade para manifestação das partes - impede que, sobre esse elemento incidental, forme-se coisa julgada. Impede-o o art. 503, §1º, II, do CPC/2015. Ainda assim, transitando em julgado a sentença de improcedência, sobre esse dispositivo se formará coisa julgada, mesmo que, a toda evidência, cuide-se de uma decisão inválida, por violação ao contraditório. Para o ponto e o exemplo, vide: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 531; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 297-300.

Essa constatação, por si só, é suficiente para que se chegue a uma importante conclusão: se, para o assistente, a estabilidade de toda a decisão (dispositivo e motivos) não se forma nos casos do art. 123, do CPC/2015 e, se a resistência à superação é um requisito diferenciador das estabilidades decisórias entre si¹⁰⁸⁰, é imperioso concluir que a eficácia da intervenção é uma espécie distinta da coisa julgada em seus dois regimes.

Quanto ao dispositivo, isso seria verdade ainda que os requisitos da eficácia da intervenção e do regime especial da coisa julgada fossem os mesmos: como neste último os requisitos só se referem à extensão da coisa julgada a elementos da motivação, para o assistente, haveria sempre a possibilidade, que não existe para as partes, de escapar à estabilidade do próprio dispositivo.

Resta, porém, verificar se os requisitos (o suporte fático) de uma e outra espécie de estabilidade decisória são os mesmos.

4.3. REQUISITOS PARA PRODUÇÃO DA EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO E PARA A EXTENSÃO DA COISA JULGADA NO REGIME ESPECIAL: UMA COMPARAÇÃO

Outra peculiaridade da eficácia da intervenção que é apontada em distinção à coisa julgada é sua resistência à superação.

Segundo se argumentou no tópico 3, essa é uma distinção que se dá pela diferença dos suportes fáticos que fazem nascer, de um lado, a coisa julgada e, de outro, a eficácia da intervenção. Afastou-se, por isso, a ideia de que essa seja uma peculiaridade relacionada à própria forma de "superação", já que, tanto a existência de coisa julgada quanto da eficácia da intervenção são examinadas incidentalmente. O que exige uma decisão pela via principal e sob um procedimento especial é a rescisão da decisão, possibilidade que se abre ao assistente ou ao assistido.

O mesmo se pode dizer em uma comparação entre a "superação" da eficácia da intervenção e a coisa julgada sobre questão: a distinção se dá pelos distintos elementos dos suportes fáticos que produzem uma e outra estabilidade.

Ocorre que, quando se olha para os requisitos para que se forme a coisa julgada no regime especial e para os que condicionam a produção da eficácia da intervenção, pode-se notar que ambos os conjuntos são significativamente mais complexos e casuísticos que o conjunto que produz a coisa julgada sobre o dispositivo.

Nesse sentido, portanto, quando se tem em conta essa maior complexidade, é inegável que há uma semelhança entre os suportes fáticos da eficácia da intervenção e da coisa julgada no regime especial: ambos exigem algo a mais que a simples

¹⁰⁸⁰ É um dos critérios propostos por Bruno Lopes: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *A estabilidade das decisões judiciais*, p. 166.

existência de uma decisão de mérito transitada em julgado¹⁰⁸¹.

Não interessa ao presente trabalho dissecar os requisitos do regime especial¹⁰⁸², mas, apenas, compará-los com os requisitos da eficácia da intervenção. Nessa comparação, deve-se ter em mente o que se ressaltou ao fim do tópico antecedente: os requisitos do regime especial cuidam, apenas, da extensão da coisa julgada a elementos da motivação, enquanto os da eficácia da intervenção dizem respeito ao dispositivo e, eventualmente, aos elementos da motivação.

Pensando-se nos requisitos do regime especial que excedem os da eficácia da intervenção, há dois, que decorrem do mesmo dispositivo (art. 503, §1º, III, do CPC/2015). Um deles já foi mencionado e é desnecessário novo exame: a exigência de que o elemento

incidental de que se cogita a estabilização corresponda à estrutura mínima do objeto de um processo. O outro é a exigência de que o juízo perante o qual corre o processo seja competente para resolver, como se fosse principal, a questão examinada incidentalmente¹⁰⁸³. Não se exige nada parecido em relação à eficácia da intervenção e, recaiando essa possibilidade, especialmente, sobre elementos fáticos (como o inadimplemento, o defeito de um negócio e a culpa), não faria sentido se cogitar de alguma competência especial.

Também excedente é o requisito negativo relacionado à revelia. Embora haja alguma divergência a respeito de seu real significado (se referido à revelia como fato¹⁰⁸⁴ ou a seus chamados

¹⁰⁸¹ Armado esse conjunto de ideias de outra forma, pode-se dizer que os suportes fáticos da coisa julgada no regime comum, da coisa julgada no regime especial e a eficácia da intervenção tem dois elementos em comum: (i) o trânsito em julgado (ii) de uma decisão de mérito. O que particulariza, sob esta ótica, essas diferentes estabilidades é o que se exige além desses elementos em comum para que se formem: a coisa julgada no regime comum não exige mais nada; a coisa julgada no regime especial exige o preenchimento dos requisitos do art. 503, §§1º e 2º (alguns positivos e outros negativos); e a eficácia da intervenção exige os requisitos negativos do art. 123, I e II.

¹⁰⁸² Uma boa forma de os organizar é os dividindo em intrínsecos, quando se refiram ao próprio elemento de que se cogita a estabilização, e extrínsecos, quando digam respeito a fatos ocorridos no curso do processo ou de regras do próprio procedimento em si (OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 248-249). Segundo esse sistema,

os requisitos intrínsecos podem ser armados da seguinte forma: a questão deve ser (a) prejudicial, (b) incidental, (c) resolvida expressamente, (d) dela deve depender o sentido em que resolvido o mérito e (e) capaz de constituir objeto de um processo autônomo. Já os extrínsecos são: (i) deve ter havido contraditório prévio e efetivo, em processo sem revelia; (ii) o juízo deve ser competente para o processo em que a questão incidental fosse principal; (iii) ausência de restrições probatórias e limitações à cognição. Para essa enumeração, vide: OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 256-257 e p. 311.

¹⁰⁸³ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 542-543; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 336-338.

¹⁰⁸⁴ Por razões diferentes: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 532; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 331-335.

efeitos materiais¹⁰⁸⁵), é certo que, em algum sentido, quando há revelia, não há coisa julgada sobre elementos da motivação. Diferentemente, para a eficácia da intervenção, a revelia em si é irrelevante, desde que, por si só, não impeça o assistente de alegar e provar (art. 123, I, segunda parte, do CPC/2015)¹⁰⁸⁶.

Se esses são requisitos nitidamente distintos, há outros que, quando se pensa na possibilidade aventada anteriormente, de que a eficácia da intervenção se estenda para elementos da motivação, são bastante semelhantes.

É o caso de dois requisitos que se constroem a partir do §1º, do art. 503: a

questão deve ser expressamente resolvida¹⁰⁸⁷ e deve ser prejudicial ao mérito¹⁰⁸⁸. A aplicação desses mesmos requisitos à extensão da eficácia da intervenção a elementos da motivação é intuitiva, já que, primeiro, seria absurdo imaginar a estabilização de elementos da motivação que não existem e, segundo, o pertencimento desses elementos ao suporte fático tanto da situação jurídica disputada pelas partes quanto da situação jurídica afirmada pelo assistente faz com que sempre se erijam em questões prejudiciais¹⁰⁸⁹.

Há, por fim, dois requisitos do regime especial que, embora semelhantes aos da eficácia da

¹⁰⁸⁵ Por exemplo: SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 247-248.

¹⁰⁸⁶ No caso de revelia do assistido, diz o art. 122, que o assistente é considerado seu “substituto processual”. Esse dispositivo substitui o art. 52, par. único, que dizia funcionar o assistente como “gestor de negócios”. De fato, a menção à gestão de negócios era equívoca e transplantada sem muita reflexão do direito civil. Por isso, mereceu justas críticas de Lia Cintra: CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*, p. 116-117. As críticas da autora se estendem à ideia de que se trate de “substituição processual”, já que, ainda que se possa sustentar, com razão, que o assistente é um legitimado extraordinário subordinado, essa subordinação significa, justamente, que ele não é propriamente um substituto. Mais que isso, a autora demonstra a desnecessidade dessas figuras, já que a revelia do assistido não impediria a prática de quaisquer atos pelo assistente, percepção que é reforçada pela consagração do entendimento de que mesmo o revel que sofra os efeitos da revelia pode postular a produção de provas, o que reduz à “presunção de veracidade” a uma regra de ônus

probatório (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019 p. 618-619 e 620-621). Questão interessante é saber se a intervenção tempestiva do assistente, a ponto de praticamente contestar, como se réu fosse, afastaria a vedação à formação de coisa julgada no regime especial para o réu revel. Pensa-se que não, justamente por não se poder erigir o assistente a um substituto do réu. O tema, porém, desborda dos limites deste estudo.

¹⁰⁸⁷ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 518-519; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 279.

¹⁰⁸⁸ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 216-217; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 273. Em sentido contrário, por exemplo: SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*, p. 204.

¹⁰⁸⁹ Embora não afirme a prejudicialidade, em certo sentido, pressuposta, Clarisse Leite ressalta que não devem se estabilizar para o assistente os *obiter dicta*: LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*, p. 274.

intervenção, são distintos em sua aplicação.

O primeiro deles é a exigência de prévio e efetivo contraditório (art. 503, §1º, II, do CPC/2015). Também aqui, há grande divergência a respeito do alcance do dispositivo. A perspectiva que se entende correta, porém, permite diferenciar essa exigência em relação à correlata na disciplina da eficácia da intervenção.

Cuida-se da ideia de que, para o preenchimento do requisito, não basta que se oportunize o contraditório prévio, mas que ele seja efetivamente exercido, com alguma forma de resistência à afirmação do elemento prejudicial¹⁰⁹⁰.

Passando-se à eficácia da intervenção, parece claro que a simples possibilidade de se manifestar, porque ingressou a tempo de o fazer e porque não houve ato impeditivo do assistido, é o que basta para se afastar a configuração da hipótese do art. 123, I, do CPC/2015. O que importa, portanto, é que o assistente possa se manifestar e requerer provas, pouco importando se o

fez. Nesse cenário, estará sujeito à estabilidade do dispositivo e, se necessário, de elementos da motivação.

Outro requisito do regime especial que pode gerar alguma confusão é o do art. 503, §2º, do CPC/2015, que exclui a formação de coisa julgada sobre elementos da motivação quando “*houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial*”.

Como não poderia deixar de ser, a doutrina diverge sobre a interpretação desse dispositivo, havendo quem sustente que o exame desse requisito se faz em concreto¹⁰⁹¹, a partir do que efetivamente ocorrer no processo, enquanto outros sustentam que a análise se faz em abstrato, à luz da estrutura do procedimento¹⁰⁹². Assim, por exemplo, para o primeiro grupo não se formaria coisa julgada sobre questão sempre que fossem indeferidas provas necessárias para o deslinde da questão¹⁰⁹³. Diferentemente, para o segundo, a coisa julgada deixa de se

¹⁰⁹⁰ Sobre a necessidade de efetiva reação e resistência, mas com alguma distinção quanto a este último ponto: SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 532-533; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 313-314. Sustentando que a simples oportunidade é o que basta, vide, por exemplo: LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil. In: *Revista de processo*, vol. 252, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. 4.5. Sustentando que não se faz necessária a resistência, bastando qualquer manifestação e, até mesmo, a confissão: SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*, p. 235.

¹⁰⁹¹ É o que sustenta, por exemplo: SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*, p. 252. Para mais referências, vide: Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 347, nota n. 976.

¹⁰⁹² SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada*, p. 550-551; OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 348-350.

¹⁰⁹³ Expressamente, com esse exemplo, veja-se: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 427-428.

estender à motivação apenas quando as limitações de que ora se cogita sejam impostas pelas regras que conformam o procedimento, como se dá, por exemplo, no mandado de segurança¹⁰⁹⁴.

Caso se adote a primeira corrente exemplificada, há, de fato, uma grande aproximação entre esse requisito e a disciplina da eficácia da intervenção, já que, nesta, deixa de se produzir a estabilidade sempre que, concretamente, houver restrição às iniciativas probatórias do assistente, seja por interferência do assistido, seja em razão do momento em que se dá o ingresso.

Adotada, porém, a segunda corrente, à qual o autor deste artigo se filia, a semelhança se reduz significativamente, já que o exame do art. 503, §2º, do CPC/2015, passa a ser feito em abstrato, à luz das regras do procedimento, pouco importando, para este requisito em específico, o que se passou concretamente no processo.

A partir de todas essas considerações, há de se concluir que, embora haja semelhanças, são distintos os requisitos que compõem o suporte fático da coisa julgada que se forma sobre elementos da motivação e os que compõem o suporte fático da eficácia da intervenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficácia da intervenção, sob o CPC/1973, distinguia-se da coisa julgada em dois planos: (i) quanto aos

limites objetivos, podia alcançar, em determinadas circunstâncias, elementos da motivação; (ii) quanto à possibilidade de superação, sujeitava-se a um suporte fático mais complexo.

Sob o CPC/2015, as distinções foram suavizadas, pois, com o regime especial, a coisa julgada: (i') também pode alcançar elementos da motivação; (ii') nesse regime, sujeita-se a um suporte fático mais complexo que o do regime comum.

Ainda assim, há distinções nos dois planos, o que basta para que se sustente que se trata de duas espécies de estabilidade decisória diferentes.

No que se refere aos limites objetivos: (i.a) os requisitos do regime especial se referem apenas à extensão da coisa julgada aos motivos, nada significando para o dispositivo, enquanto os requisitos da eficácia da intervenção condicionam a estabilidade do dispositivo e dos motivos para o assistente; (i.b) os motivos alcançados pelo regime especial são apenas os que preencham a estrutura mínima de um processo autônomo, enquanto os alcançados pela eficácia da intervenção não se sujeitam a essa limitação.

No que se refere aos requisitos que formam o suporte fático de cada uma dessas estabilidades decisórias e, pois, se relacionam com o juízo futuro a respeito de sua formação, há semelhanças e distinções claras de um lado e, de outro, uma zona mais duvidosa.

¹⁰⁹⁴ Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais*, p. 347.

As distinções claras são, no regime especial, a exigência de que o elemento tenha a estrutura mínima capaz de ser objeto de um processo autônomo, de que o juízo seja competente para dela conhecer se fosse principal e de que não haja revelia. Nenhum desses requisitos é sequer análogo a algum erigido à formação da eficácia da intervenção.

As semelhanças claras, por sua vez, são as que se relacionam à necessidade de resolução expressa de uma questão principal, que é requisito do regime especial e, na seara da eficácia da intervenção, também condicionam sua formação sobre elementos da motivação.

A zona duvidosa é a que diz respeito à exigência de contraditório prévio e efetivo, além da inexistência de restrições probatórias e limites cognitivos para que se forme coisa julgada no regime especial. Apesar da semelhança, concluiu-se que ambos não se confundem com os requisitos da eficácia da intervenção, pois: (a) para que esta se forme, basta que o assistente tenha a oportunidade de se manifestar e requerer provas, pouco importando se efetivamente o fez; e (b) enquanto no regime especial o exame das restrições probatórias e cognitivas se faz em abstrato, com vistas às regras do procedimento, na eficácia da intervenção, o exame é concreto, importando se, de fato, houve algum embaraço à atuação do assistente.

REFERÊNCIAS

- ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1935
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil, vol. I, t. I*. São Paulo: Forense, 1975
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil, vol. V: arts. 476 a 565*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao código de processo civil, vol. III: da intervenção de terceiros até da defensoria pública: arts. 119 a 187*. São Paulo: Saraiva, 2019
- BENEDUZZI, Renato Resende. *Comentários ao código de*

- processo civil, vol. II: artigos 70 ao 187*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários aos arts. 119 a 132. In: CABRAL, Antonio do Passo; et. al.. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa julgada & questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil - vol. 1*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965
- CINTRA, Lia Carolina Batista. *Assistência no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012
- CINTRA, Lia Carolina Batista. Análise crítica do vigente sistema brasileiro de intervenção de terceiros. In: *Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia*, v. 8, 2016
- CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017
- COSTA, Moacyr Lôbo da. *Assistência (processo civil brasileiro)*. São Paulo: Saraiva, 1968
- DIAS, Handel Martins. Eficácia da assistência: a vinculação do assistente à justiça da decisão. In: *Revista de Processo*, vol. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013
- DIDIER JR, Fredie. Revisão do interesse jurídico que autoriza a assistência simples: intervenção para colaborar com a criação de precedente judicial. Análise de recente decisão do STF. In: *Revista de processo*, vol. 158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 279-281
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil - vol. I: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 22ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Coisa julgada, assistência e eficácia da intervenção. In: *Processo civil empresarial*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, 354-368
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2021
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fiança e processo. in: *Memórias de um processualista*. São Paulo: Malheiros, 2021
- EID, Elie Pierre. *Amicus curiae no novo código de processo civil*:

- interesses e poderes. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; et. al. (Coord). *Processo em jornadas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 245-257
- FABBRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*. Milano: Giuffrè, 1964
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Editorial Labor: Barcelona, 1936
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Prejudicialidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. *Evicção e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013
- LEITE, Clarisse Frechiani Lara. Eficácia e estabilidade da solução de questão prejudicial incidental. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil, vol. I*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016
- LIEBMAN, Enrico Tullio. A coisa julgada nas questões de estado. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016
- LINO, Daniela Bermudes. *Conexão e afinidade: critérios para aplicação dos artigos 55, §3º, e 69, §2º, II e IV, do CPC/2015*, Salvador: Juspodivm, 2021
- LINO, Daniela Bermudes. Centralização da questão de fato para produção conjunta da prova e graus de vinculatividade fática entre demandas. In: DIDIER JR., Fredie. et. al.. *Grandes temas do novo CPC, vol. 16: Cooperação judiciária nacional*. Salvador: Juspodivm, 2021
- LINO, Daniela Bermudes; OLIVEIRA, Filipe Ramos. Intervenção litisconsorcial voluntária: da intervenção litisconsorcial ao ingresso mediante cumulação ulterior de demandas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22. Rio de Janeiro, 2021
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. A estabilidade das decisões judiciais. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; et. al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2022
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo código de processo civil. In: *Revista de processo*, vol. 252, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 79-110
- LUIISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile, vol I*. 10ª ed., Milano: Giuffrè, 2019

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018
- MAURÍCIO, Ubiratan de Couto. *Assistência simples no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985
- MENCHINI, Sergio. *Il processo litisconsortile: struttura e potere delle parti*. Milano: Giuffrè, 1993
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, t. II*. Rio de Janeiro: Forense, 1973
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- OLIVEIRA, Filipe Ramos. *Coisa julgada sobre questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Londrina-PR: Thoth, 2021
- PISANI, Andrea Proto. I limiti soggettivi di efficacia della sentenza. In: *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile: una parabola di studi*. Milano: Giuffrè, 2015
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6ª ed., Nápoles: Jovene Editore, 2014
- RODRIGUES, Daniel Colnago. *Intervenção de terceiros*. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil, t. I*, Buenos Aires: EJE, 1955
- SAMPAIO, Marcos Vinícius de Abreu. Comentários aos arts. 119 a 124. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; et. al.. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 200. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011
- SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. Duplo grau de jurisdição e "teoria da causa madura" no novo código de processo civil. In: MACEDO, Lucas Buri; et. al. (Org.). *Novo CPC - doutrina selecionada, v. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 583-610
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *Limites objetivos da coisa julgada: objeto do processo e questões prejudiciais*. Salvador: Juspodivm, 2020
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- TALAMINI, Eduardo. Comentários aos arts. 381 a 384. In: CABRAL, Antonio do Passo; et. al.. *Comentários ao novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. 2ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005

YARSHELL, Fávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; et. al.. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DA FALTA DE CRITÉRIO NO USO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS PARA A OBTENÇÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL: POSSÍVEIS PROBLEMAS¹⁰⁹⁵

THE USE WITHOUT CRITERION OF THE PROVISIONAL INJUNCTION AND ITS PROBLEMS: A STUDY ABOUT THE WAY TO BE LAWFUL WITH REVENUE SERVICE

Gabriela Luna Santana Gomes Tenório

Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Mestre em Odontologia pela UPE. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela ESMAPE. Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela UFPE. Analista Judiciário. Assessora de Magistrado. Recife, Pernambuco, Brasil. E-mail: gabrielalunasgomes@hotmail.com.

José Mário Wanderley Gomes Neto

Doutor em Ciência Política e Mestre em Direito Público pela UFPE. Professor da disciplina de Metodologia da Pesquisa Aplicada ao Direito no PPGD/UNICAP. Professor de Direito Processual Civil na graduação em Direito da UNICAP. Pesquisador Líder do U.DATA - Laboratório de Pesquisas Empíricas em Direito (UNICAP). Recife, Pernambuco, Brasil. E-mail: jose.gomes@unicap.br.

Rodrigo Tenório Tavares de Melo

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito pela UFPE e Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Graduando em Ciência Política pela UFPE. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado. Recife, Pernambuco, Brasil. E-mail: rodrigottmelo92@gmail.com.br.

RESUMO: O objetivo do trabalho é analisar se o uso sem critério das espécies de tutela provisória, com o intuito de obter certidão de regularidade fiscal, traz algum tipo de problema processual/material para o contribuinte e/ou para a Fazenda Pública. O debate é importante no âmbito do processo tributário, já que diversas ações com tal fim são propostas com regularidade. Para responder a essa questão, discute-se o estado da arte antes e depois do CPC/2015, com enfoque na doutrina e

na prática dos tribunais. Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa de natureza dogmática sobre a interpretação de institutos/normas do processo civil brasileiro, combinada com método qualitativo por estudo de caso, no qual são analisados processos específicos em trâmite no Tribunal de Justiça de Pernambuco. Ao final, pode-se observar que o instrumento que se mostra mais apto hoje para a obtenção da regularidade do contribuinte perante o Fisco é a tutela da evidência. Mais

¹⁰⁹⁵ Artigo recebido em 27/06/2022 e aprovado em 15/08/2022.

especificamente, a propositura de uma ação declaratória do direito de estar regular perante o Fisco cumulado com um pedido de tutela de evidência.

PALAVRAS-CHAVE: Certidão de regularidade fiscal; tutelas provisórias; CPC/2015; uso sem critério; problemas.

ABSTRACT: The article aims to analyse whether the use without criterion of the provisional injunction, with the goal of be lawful with revenue service, has procedural and material problems. The discussion matters, because regularly tax lawsuits are started. To answer that question, it is discussed how was the state of art before the new brazilian code of civil procedure and how it is nowadays, focusing on the scholars and practice of the Courts. In regard to methodology, it is adopted a dogmatic approach about the interpretation of some brazilian civil procedure institutes and norms, matched with a case study qualitative method. About the data, it was collected some lawsuits of the Pernambuco Justice Court. Finally, it is verified that the better provisional injunction today to be lawful with revenue service is a injunction called *tutela de evidência*.

KEYWORDS: Lawful with revenue service; provisional injunction; brazilian code of civil procedure; the use without criterion; problems.

INTRODUÇÃO

A questão-problema deste trabalho é: o uso sem critérios das espécies de

tutelas provisórias para a obtenção da certidão de regularidade fiscal ocasiona algum tipo de problema processual/material para o contribuinte e/ou, até mesmo, para a Fazenda Pública?

Tal questão surgiu por dois fatos. O primeiro, a inexistência hoje de um processo cautelar próprio, uma vez que, antes do CPC/2015, a certidão era obtida por meio da chamada ação cautelar de caução. O segundo, decorrente da observação da prática do processo tributário, em que se constata a ampla utilização, sem qualquer critério, das mais diversas espécies hoje existentes de tutela provisória (tutela antecipada antecedente, tutela cautelar antecedente, tutela de evidência, assim como as formas incidentais das duas primeiras tutelas) a fim de antecipar a garantia.

Tudo no direito necessita de critérios, não sendo diferente no processo civil e no uso das espécies de tutela provisória. Assim, acredita-se ser essencial que tais tipos de tutela provisória sejam utilizadas de forma criteriosa, ou seja, de acordo com a função de cada uma delas.

Portanto, o objetivo principal desse trabalho é enumerar os possíveis problemas decorrentes do uso sem critérios e, por fim, caso eles existam, procurar desenvolver critérios específicos para o uso das espécies de tutela provisória, quando o objetivo for o oferecimento de garantia prévia à execução fiscal.

Para atingir tal desiderato, procurar-se-á: a) analisar de que forma era efetivada a antecipação de garantia antes da

vigência do CPC/2015; b) descrever como a doutrina tem tratado desse tema pós-CPC/2015 e como a antecipação tem sido efetivada na prática dos tribunais brasileiros; c) estudar de que forma podem ocorrer problemas decorrentes do uso sem critérios das espécies de tutela provisória no caso da antecipação de garantia; e, por fim, d) apresentar possíveis sugestões para o uso correto das espécies de tutela provisória quando da necessidade de obtenção de certidão de regularidade fiscal.

O presente debate tem suma relevância no âmbito do processo tributário, tendo em vista que a todo momento são propostas ações com o objetivo de oferecer uma garantia prévia à propositura da execução fiscal. No dia a dia dos contribuintes, principalmente das grandes sociedades empresárias, é quase impossível não ter algum débito tributário em aberto perante os Fiscos e, da mesma forma, não necessitar de certidões negativas de débitos. Assim, diante dessa necessidade da certidão e diante da existência de um débito fiscal (e ante a possível demora na propositura da execução fiscal), não resta outra solução aos contribuintes que não seja o oferecimento prévio de garantia.

Contudo, esse oferecimento, diante da modificação no sistema processual civil brasileiro, não pode ocorrer de qualquer forma, sendo necessário a existência de critérios definidos pelo próprio ordenamento jurídico para disciplinar a oferta dessas garantias prévias. Daí o porquê do presente trabalho.

Quanto à metodologia, trata-se de pesquisa qualitativa, referente ao

processo tributário brasileiro, baseada na análise de material bibliográfico (análise da doutrina brasileira quanto ao tema em questão) e de material documental (processos específicos em trâmite no Judiciário brasileiro). Será analisada também a legislação pertinente ao tema (CPC, CTN, LEF etc.). No que concerne à coleta de dados, foram pinçados processos específicos em trâmite no Judiciário brasileiro. Mais especificamente, em trâmite no Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). A escolha desse tribunal em específico decorre da necessidade de se proceder a um corte no universo de amostras existentes de modo a facilitar a colheita de dados para análise.

1. DO OFERECIMENTO DE GARANTIA PRÉVIA À EXECUÇÃO FISCAL PARA OBTENÇÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL: INSTRUMENTO PROCESSUAL UTILIZADO ATÉ O CPC/2015

Constituído o crédito tributário, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária em formação será notificado para, em termos gerais, a) pagar o débito ou b) oferecer impugnação administrativa. Caso não pague logo ou não proceda ao pagamento ao fim do processo administrativo decorrente da impugnação apresentada, o crédito tributário estará em aberto e terá, como consequência, a sua inscrição em dívida ativa (art. 201, do Código Tributário Nacional – CTN).

Após a constituição definitiva do crédito tributário e a sua inscrição em dívida ativa, a Fazenda Pública terá o

prazo de 05 (cinco) anos para a cobrança judicial desse débito (art. 174, CTN), por meio da denominada ação de execução fiscal, regulada pela Lei n.º 6.830/80.

Com base nisso, vê-se que pode ocorrer de, no caso de a execução fiscal apenas vir a ser proposta ao fim do prazo prescricional, o contribuinte ficar por 05 (cinco) anos negativado perante determinada Fazenda Pública em razão de crédito tributário não pago. Isso faz com que esse mesmo contribuinte tenha alguns problemas, dentre os quais a impossibilidade de ter para ele emitida a denominada Certidão Negativa de Débitos - CND (art. 205, CTN).

A não obtenção da CND pode prejudicar o contribuinte em suas atividades do dia a dia, principalmente as econômicas. Isso porque em várias atividades em que pode participar necessitará demonstrar a inexistência de débitos em aberto perante as Fazendas Públicas (nacional, distrital, estaduais e municipais). O próprio art. 205, CTN, dispõe que “a lei poderá exigir que a prova de quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa”.

Assim, considerando que o contribuinte com crédito tributário em aberto não tem direito à CND e que a Fazenda Pública tem um prazo de 05 (cinco) anos para propor a execução fiscal, esse mesmo contribuinte acaba por se encontrar em uma verdadeira

encruzilhada. Ou paga o débito e participa das atividades que requerem a apresentação de CND ou não paga e não terá como obter a CND, não podendo participar, por conseguinte, das atividades que demandam a apresentação da certidão negativa. Ao que parece, nenhuma das opções é razoável (salvo se o contribuinte concordar com o crédito tributário exigido). Por conta disso, o próprio CTN dispõe acerca da figura da chamada Certidão Positiva com efeitos de Negativa (art. 206)¹⁰⁹⁶.

Assim, uma vez existentes débitos em aberto perante a Fazenda Pública, não há como o contribuinte obter Certidão Negativa, mas é possível a obtenção de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (CPEN). Na verdade, “havendo crédito tributário devidamente documentado, somente Certidão Positiva poderá ser expedida”¹⁰⁹⁷.

Contudo, para a obtenção da CPEN é necessário que o contribuinte preencha alguns requisitos dispostos na lei (art. 206, CTN acima). Portanto, é preciso que se trate a) ou de crédito vincendo; b) com a exigibilidade suspensa, nas hipóteses específicas do art. 151, CTN; e, finalmente, c) que na execução fiscal já proposta pela Fazenda Pública tenha sido efetivada penhora suficiente para garantia do crédito tributário cobrado.

Não obstante isso, pode acontecer de o crédito já estar vencido, de não haver a existência, no caso, de quaisquer das

¹⁰⁹⁶ Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido

efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

¹⁰⁹⁷ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 302-304. E-book.

hipóteses de suspensão da exigibilidade e de a execução fiscal não ter sido ainda proposta. Diante de tal quadro fático, não haveria também como o contribuinte obter qualquer certidão, nem a CPEN.

Diante de uma situação como a descrita no parágrafo anterior é que os contribuintes começaram a se utilizar do que se passou a denominar de Ação Cautelar de Caução¹⁰⁹⁸, que tinha como claro objetivo a antecipação de garantia que viria a ser apresentada no bojo do processo executivo fiscal¹⁰⁹⁹. Tudo isso com o intuito claro de se obter a CPEN.

Com base nos arts. 796 a 812, do Código de Processo Civil de 1973 – CPC/1973, que dispunha acerca de um processo cautelar próprio, os contribuintes, durante a vigência desse código processual, propunham um tipo de ação cautelar autônoma, claramente satisfativa, que não exigia a propositura posterior de um processo no qual seria debatida uma lide principal¹¹⁰⁰.

Assim, o objetivo dessa cautelar de caução era exclusivamente a antecipação de penhora concernente à execução fiscal ainda não ajuizada¹¹⁰¹, com o único objetivo de se enquadrar no disposto no art. 206, do CTN, obtendo-se, assim, a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

Apesar de polêmica, já que a ação cautelar em regra tem função conservativa, ou seja, de assegurar o resultado útil de um processo futuro¹¹⁰², no qual será debatida a lide principal e, por isso mesmo, soar estranho concebê-la de forma autônoma, a Cautelar de Caução se tornou uma praxe e acabou sendo consagrada na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Assim sendo, por meio de julgamento sob a sistemática do recurso repetitivo, o STJ, por intermédio de sua Primeira Seção, no RESP 1.123.669/RS, entendeu pela possibilidade de antecipação de garantia, prévia à execução fiscal, mediante a utilização da ação cautelar de caução, sem a necessidade de propositura da ação principal pelo contribuinte.

Diante dessa decisão do STJ e sendo esse o Órgão jurisdicional de maior hierarquia para a uniformização da legislação federal, inclusive no que concerne às questões tributárias e processuais, consagrou-se a propositura da ação cautelar de caução como maneira de obtenção da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

Portanto, até o fim da vigência do CPC/1973, o contribuinte não se viu em grandes apuros para conseguir obter a

¹⁰⁹⁸PAULSEN, *op. cit.*, p. 491-493.

¹⁰⁹⁹SANTANA, Eduardo Augusto Coelho de. Antecipação de garantia e suspensão da exigibilidade de créditos tributários por decisão judicial. *Revista da PGFN*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 91, jul./dez. 2017.

¹¹⁰⁰COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Certidão de regularidade fiscal e tutela de urgência

satisfativa autônoma. In: COSTA, E. J. Da F.; PEREIRA, M. C.; GOUVEIA FILHO, R. P. C (Coord.). *Tutela Provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 42-44.

¹¹⁰¹PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 491-493. E-book.

¹¹⁰²THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 2006.

CPEN. Contudo, revogado esse código e com o início da vigência do CPC/2015, instaurou-se na doutrina e na prática processual uma discussão acalorada quanto a qual instrumento o contribuinte teria que se socorrer para atingir o mesmo objetivo de antes. Isso porque o processo cautelar não vinha mais previsto no novo código. É dessa celeuma que se tratará no próximo item.

2. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS UTILIZADOS APÓS O CPC/2015: INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO. UMA ANÁLISE A PARTIR DA DOCTRINA E DA PRÁTICA PROCESSUAL

Uma vez observado no item anterior de que forma os contribuintes ofereciam a garantia prévia à propositura da execução fiscal e diante da vigência atual do CPC de 2015 (vigente desde 18/03/2016), a partir do qual foi criado um novo sistema processual civil, com a extirpação desse mesmo sistema de um processo cautelar próprio, faz-se necessário debater de que forma a antecipação de garantia para obtenção de certidão de regularidade fiscal tem sido buscada processualmente pelas partes interessadas.

Para esse debate, entende-se necessário trazer à lume o que tem a doutrina pós-CPC/2015 tecido acerca

do tema e, mais ainda, o que na prática tem sido efetivado pelos contribuintes para obtenção de sua certidão positiva com efeitos de negativa. Ressalte-se que a ideia de serem observados ambos esses aspectos decorre da necessidade de a teoria e a prática estarem sempre em diálogo, principalmente quando estão envolvidos 02 (dois) ramos do Direito eminentemente práticos. No caso, o Direito Tributário e o Direito Processual Civil.

Dos poucos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema, pode-se destacar, de logo, que não existe um entendimento uniforme. Há conclusões para todos os gostos. Pensa-se ser algo normal para uma questão que ainda está em construção, considerando as grandes mudanças trazidas pela nova codificação processual.

Há quem entenda que a tutela decorrente da antecipação de garantia para obtenção da certidão de regularidade fiscal possa ser alcançada por meio da denominada “tutela antecipada requerida em caráter antecedente” - arts. 303 e 304, do CPC/2015¹¹⁰³.

Outros entendem, porém, que é plenamente possível a utilização da tutela cautelar antecedente – arts. 305 a 310, CPC/2015¹¹⁰⁴. E ela seria assim utilizada da mesma forma que vinha

¹¹⁰³ ALVES, Vinicius Jucá; ALVARENGA, Christiane Alves. Novo CPC e a antiga medida cautelar de antecipação de garantia. *Migalhas*, 13 jun. 2016. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240636,71043-> Novo+CPC+e+a+antiga+medida+cautelar+de+a+ntecipacao+de+garantia. Acesso em: 31 mar.

2019; FERRAZ, Beatriz Biaggi. A (ainda existente) cautelar de caução para obtenção de certidão de regularidade fiscal. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, SP, v. 03, n. 03, p. 125-146, jul./set. 2018.

¹¹⁰⁴ SANTOS, Cláudio Carfaro dos. A ação cautelar de antecipação dos efeitos da penhora utilizada no âmbito do processo judicial

sendo admitida sob a vigência do CPC/1973, principalmente com base no que decidido no Recurso Especial n.º 1.123.669/RS, que tramitou sob a sistemática do recurso repetitivo.

Por fim, há na doutrina quem defenda ser possível o uso de qualquer das espécies de tutela provisória. Assim, o contribuinte poderia se socorrer da tutela antecipada antecedente – arts. 303 a 304, CPC/2015, da tutela cautelar antecedente – arts. 305-310, CPC/2015 e da ação ordinária com pedido de tutela de evidência – art. 311, CPC/2015¹¹⁰⁵.

Como se observa, existem basicamente 03 (três) vertentes na doutrina, a saber: a) a que defende o uso da tutela antecipada antecedente; b) a que defende o uso da tutela cautelar antecedente; e c) a que defende o uso da tutela de evidência.

Ferraz¹¹⁰⁶ entende que a tutela antecipada antecedente teria a mesma função da ação cautelar (de caução) autônoma do código anterior. Seriam, na verdade, segundo ela, semelhantes.

Tal semelhança decorreria do que ela denomina de “mesmo parâmetro de acontecimentos processuais”. Com isso, ela quer dizer que tanto na cautelar de caução da sistemática anterior como na tutela antecipada antecedente do CPC/2015 a parte não teria a intenção de iniciar uma lide principal, de molde a não adiantar a discussão de mérito e a

análise seria concentrada na constatação ou não dos requisitos legais (*periculum in mora* e *fumus boni juris*). Por fim, a principal semelhança decorreria do fato de que “[...] na estabilização da tutela o contribuinte sabe que a parte contrária, Fazenda Pública, não irá recorrer ou sequer apresentar contestação.”¹¹⁰⁷

Já Alves e Alvarenga defendem também que a tutela antecipada antecedente é o equivalente à “Medida Cautelar de Antecipação de Garantia”. Assim entendem porque como essa cautelar era satisfativa, das espécies de tutela provisória hoje vigorantes a que seria “plenamente satisfativa” seria exatamente a tutela antecipada antecedente. Como, segundo os autores, “o contribuinte não busca questionar o mérito (se o tributo é devido ou não), mas apenas apresentar garantia para efeitos do artigo 206 do CTN (especialmente obter CPEN)”¹¹⁰⁸, a tutela antecipada antecedente seria a mais adequada.

Por sua vez, a doutrina que defende o uso da tutela cautelar antecedente trabalha com a ideia de plena satisfatividade dos procedimentos de cognição sumária, não havendo para tanto a necessidade de um processo principal de cognição exauriente. Na verdade, a própria discussão ocorrida na cautelar seria satisfativa.

tributário e o advento do novo código de processo civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 174-195, jul./ago. 2016; COSTA; GOUVEIA FILHO, *op. cit.*, p. 41-47.

¹¹⁰⁵FERNANDES, Andrei Furtado; ABRANTES, Gabriel. A antecipação de garantia fiscal e a

substituição da ação cautelar atípica na sistemática do novo CPC. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 77-86, jul./ago. 2016.

¹¹⁰⁶*Ibidem*, p. 125-146.

¹¹⁰⁷FERRAZ, *op. cit.*, p. 125-146.

¹¹⁰⁸ALVES; ALVARENGA, *op. cit.*

Quanto a isso, Costa e Gouveia Filho¹¹⁰⁹ dissertam que se existem pretensões em que o perigo da demora não se compatibiliza com o tempo de trâmite previsto para o procedimento comum, deve-se “criar” no sistema um procedimento adequado. Assim, destacam os autores que a melhor opção é se utilizar da tutela cautelar requerida em caráter antecedente (arts. 305 a 307, do CPC).

Nesse mesmo sentido, Santos entende que “[...] a orientação jurisprudencial¹¹¹⁰ firmada na vigência do CPC/1973 continua sendo aplicável aos pedidos cautelares de natureza satisfativa” e, uma vez proposta a ação com pedido de tutela cautelar antecedente o autor já explicaria que “o pedido principal não seria necessário em vista da natureza satisfativa do pedido antecedente”. Esse autor ainda questiona se não seria possível fazer-se um “raciocínio processual extensivo ao disposto no art. 304 do CPC/2015”, estabilizando-se a “[...] decisão judicial que deferisse a antecipação dos efeitos da penhora em sede de tutela cautelar antecedente”¹¹¹¹.

Esse mesmo doutrinador ainda vai defender que a antecipação de garantia tem por um de seus objetivos garantir o resultado final do processo executivo. Assim, “[...] na hipótese de a Fazenda Pública tardar no exercício de sua

obrigação no ajuizamento da execução fiscal, o contribuinte possui interesse de agir quanto ao pedido cautelar antecedente objetivando a antecipação dos efeitos da penhora.”¹¹¹²

Além dessa doutrina que defende, de forma mais ostensiva, o uso de apenas uma das espécies de tutela provisória, há aquela que entende ser possível a utilização de mais de uma espécie para efetivar a antecipação de garantia.

Adotando essa orientação, Fernandes e Abrantes entendem que as modalidades que melhor se amoldariam para substituir a ação cautelar de antecipação de garantia seriam a tutela antecipada antecedente, a tutela cautelar antecedente e a tutela de evidência requerida em sede de ação ordinária. No entanto, segundo os autores, haveria uma gradação de qual seria a tutela provisória mais adequada¹¹¹³.

A mais adequada (“eficaz, célere e técnica”), segundo eles, seria a tutela de evidência requerida em ação ordinária, já que “(i) o provimento que se busca é satisfativo e (ii) os elementos intrínsecos e extrínsecos para a concessão da medida estão presentes.” Não haveria a necessidade de comprovar *periculum in mora* e já haveria um precedente firmado em sede de recurso repetitivo – RESP 1.123.669/RS¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁹COSTA; GOUVEIA FILHO, *op. cit.*, p. 46.

¹¹¹⁰O autor se refere ao RESP 1.123.669/RS, já acima mencionado.

¹¹¹¹SANTOS, Cláudio Carfaro dos. A ação cautelar de antecipação dos efeitos da penhora utilizada no âmbito do processo judicial tributário e o advento do novo código de

processo civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 190-191, jul./ago. 2016.

¹¹¹²SANTOS, *op. cit.*, p. 189.

¹¹¹³FERNANDES; ABRANTES, *op. cit.*, p. 83.

¹¹¹⁴FERNANDES; ABRANTES, *op. cit.*, p. 83-84.

As outras espécies de tutela provisória seriam possíveis de serem empregadas, mas não tão eficazes como a tutela de evidência. Na visão desses doutrinadores, o contribuinte pode tanto se utilizar da tutela antecipada antecedente como da cautelar antecedente, sendo, segundo eles, a antecipada um pouco mais adequada que a cautelar, por ter um matiz de satisfatividade¹¹¹⁵.

Há ainda na doutrina hipóteses de solução que não ficam muito claras, como, por exemplo, as indicadas por Lima¹¹¹⁶ e por Gonçalves e Ávila¹¹¹⁷.

A primeira doutrinadora destaca que, para ela, o meio mais adequado seria a tutela de urgência antecedente, mas não destaca qual delas seria (se a antecipada ou a cautelar)¹¹¹⁸. Gonçalves e Ávila seguem no mesmo sentido, sem especificar que tipo de tutela eles estariam se referindo especificamente¹¹¹⁹.

Por outro lado, Lima deixa claro apenas que no caso de impedimento de renovação da CND, a tutela mais adequada seria a de evidência, já que haveria para o contribuinte uma facilidade maior para demonstrar documentalmente o empecilho posto

pela Fazenda para a renovação da certidão¹¹²⁰. Já Gonçalves e Ávila defendem a possibilidade de ajuizamento de anulatória com oferecimento de garantia, sem necessariamente ser um depósito integral como exigido pela Lei n.º 6.830/80¹¹²¹.

Como pôde ser observado, não existe, como destacado acima, uma uniformidade no tratamento do tema. No cotidiano do fórum, tal constatação não tem sido muito diferente¹¹²².

Como ressaltado na introdução, diante da amplitude numérica dos órgãos judiciais brasileiros e do exíguo espaço para desenvolvimento do presente texto, procurou-se restringir ao máximo o ambiente de coleta de dados referentes à prática forense. Com base nisso, restringiu-se o universo de pesquisa a apenas 01 (um) dos Tribunais existentes em território brasileiro. Mais precisamente, a amostra será colhida do universo de dados pinçados de processos em trâmite (todos PJe), nos quais foram oferecidas garantias anteriores à propositura da execução fiscal, no TJPE.

Dos vários processos em trâmite no TJPE, todos de acesso público, foram

¹¹¹⁵FERNANDES; ABRANTES, *op. cit.*, p. 85.

¹¹¹⁶LIMA, Phernanda Cirino de. Tutela provisória e o processo tributário frente ao novo CPC. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 547-559, jul./ago. 2016.

¹¹¹⁷GONÇALVES, Antônio Carlos Guimarães; ÁVILA, Carlos Alberto Rosal. O oferecimento de garantia previamente ao ajuizamento de execução fiscal sob a égide do Código de Processo Civil de 2015. *Migalhas*, 28 jun. 2018. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI28>

2645,71043-

O+oferecimento+de+garantia+previamente+ao+ajuizamento+de+execucao. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹¹¹⁸LIMA, *op. cit.*, p. 557-558.

¹¹¹⁹GONÇALVES; ÁVILA, *op. cit.*

¹¹²⁰LIMA, *op. cit.*, p. 557-558.

¹¹²¹GONÇALVES; ÁVILA, *op. cit.*

¹¹²²No STJ, a falta de uniformidade também não é diferente. Cf., por todos, AgInt no RESP 1974452 e AgInt no RESP 1976220, ambos com decisões no ano de 2022 e da mesma Turma.

coletados 10 (dez) bastante representativos. Tal representatividade decorre de sua *variedade processual*, como será demonstrado a partir de agora. Os processos colhidos foram os seguintes:

a)	0138805-66.2018.8.17.2001;
b)	0051971-60.2018.8.17.2001;
c)	0102394-24.2018.8.17.2001;
d)	0002018-30.2018.8.17.2001;
e)	0002609-89.2018.8.17.2001;
f)	0000514-33.2018.8.17.2730;
g)	0071610-98.2017.8.17.2001;
h)	0026890-44.2017.8.17.2810;
i)	0120678-80.2018.8.17.2001
e; j)	0114161-59.2018.8.17.2001 ¹¹²³ .

No processo *a*¹¹²⁴, o contribuinte propôs o que ele denominou de “ação de antecipação de garantia com pedido de tutela provisória”. No caso, a pretensão da parte é exclusivamente a antecipação da garantia (seguro-garantia) de futura execução fiscal, com o pedido de deferimento liminar de tutela de evidência (ante a existência do RESP 1.123.669/RS). Não menciona qualquer ação principal.

No processo *b*, foi proposta “ação declaratória com pedido de tutela de evidência”. A pretensão da contribuinte consiste na declaração do seu direito de garantir/caucionar determinados débitos fazendários, também com o pedido de deferimento liminar de tutela de evidência (ante a existência do RESP

1.123.669/RS). Não menciona qualquer ação principal.

Nos processos *c*, *d* e *e*, os contribuintes apresentaram o que eles denominaram, respectivamente, de “pedido de tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente” e de “ação de tutela cautelar em caráter antecedente”. Liminarmente, requereram, em termos gerais, a concessão de tutela de urgência cautelar, consistente na antecipação de garantia, e, ao final, após a efetivação da medida cautelar, que fosse a eles concedido prazo para aditamento da inicial para formulação de seu pedido principal (consistente numa ação anulatória).

No processo *f*, o contribuinte propôs “ação anulatória de débito fiscal com pedido de tutela provisória da evidência”. Requereu liminarmente e de forma incidental a concessão de tutela de evidência, consistente na obtenção da CPEN e, ao final, a procedência do pedido com a decretação de nulidade do auto de infração. Pode-se acreditar que o caso do processo *f* não venha a ser uma típica antecipação de garantia, já que se trata de um pedido incidental a uma anulatória. Contudo, entende-se tratar sim de antecipação de garantia, considerando que a execução fiscal ainda não fora proposta¹¹²⁵. Isto porque a antecipação de garantia sempre tem

¹¹²³Todos esses processos podem ser consultados no sistema PJe do TJPE (<https://pje.tjpe.jus.br/1g/Processo/ConsultaProcesso/listView.seam>).

¹¹²⁴A partir deste ponto os processos serão referidos de acordo com as respectivas letras em que foram elencados.

¹¹²⁵Essa conclusão da não propositura da execução fiscal decorre da leitura das razões constantes da inicial, as quais foram construídas, inclusive, como clara hipótese de antecipação de garantia. Para maiores detalhes, conferir os processos mencionados em

por referência o processo de execução fiscal. Se esse ainda não foi proposto, então a garantia a ele oferecida é sim uma antecipação.

Diferentemente do que aconteceu nos processos *c*, *d* e *e*, no processo *g*, o contribuinte ofereceu “ação com pedido de tutela cautelar requerida em caráter antecedente” com o único objetivo de garantir antecipadamente o débito tributário e obter a CPEN, sem qualquer menção a aditamento da inicial para formulação da lide dita principal.

No processo *h*, o contribuinte ofereceu “pedido de tutela provisória de evidência”, apenas com o intuito de ofertar garantia antecipada, sem qualquer menção a pedido principal. Trata-se de verdadeira tutela de evidência em caráter antecedente. Apesar de o CPC não prever essa hipótese, trata-se de um caso a ser analisado¹¹²⁶, tendo em vista exatamente a não observância da técnica.

Por fim, nos processos *i* e *j*, os contribuintes ofereceram “ação anulatória de débito fiscal com pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente”, com o objetivo inicial de obter CPEN ante o oferecimento de garantia prévia e a sua posterior intimação para aditamento da inicial quanto ao pedido de anulação do auto de infração. Não houve pedido de estabilização da tutela. Faz-se aqui a mesma ressalva realizada acima para o processo *f*, ou seja, de que se a

execução fiscal não havia sido proposta, trata-se, então, de antecipação de garantia.

Como pode ser observado da descrição sucinta desses processos, a variedade de espécies de tutela provisória utilizadas mostra-se bastante grande. Verifica-se que os contribuintes têm utilizado na prática forense os mais diversos meios de antecipar a garantia à futura execução fiscal e obter a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

Assim, com base nessa não uniformidade observada tanto na doutrina como no cotidiano forense, que se mostra interessante analisar se, dessa miscelânea de meios processuais utilizados, surgem problemas. E, caso surjam, se há a necessidade de se estabelecer critérios para cada uma das espécies de tutelas provisórias.

3. PROBLEMAS DECORRENTES DO USO SEM CRITÉRIOS DA TUTELA PROVISÓRIA PARA A OBTENÇÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL

Considerando as espécies de tutelas provisórias existentes, é necessário ressaltar que elas não podem ser utilizadas da forma como bem se entenda. Elas são um tipo de técnica processual que depende de sua adequação ao objetivo pretendido, a obtenção de uma tutela, mesmo que provisória, que atinja uma relação jurídico-material. Diante disso, é necessário que se descreva, de forma

<https://pje.tje.jus.br/1g/Processo/ConsultaProcesso/listView.seam>.

¹¹²⁶Esse caso, assim como todos os outros processos descritos, serão devidamente analisados no Item 4 adiante.

sucinta, as características de cada uma dessas tutelas.

As tutelas provisórias são da espécie de técnica processual diferenciada¹¹²⁷, tendo em vista que elas têm um objetivo bem específico, qual seja, acelerar o exercício da jurisdição e produzir resultados úteis e efetivos¹¹²⁸. Em que pese todas as espécies de tutela provisória tenham essa função, mas cada uma delas serve ainda a um propósito mais específico, que é delineado pelo próprio Código de Processo Civil.

A denominada tutela antecipada, seja ela antecedente seja incidental, tem por função antecipar os efeitos de tutela definitiva final, ou seja, trata-se de adiantamento do bem da vida desejado. Ela “atua diretamente sobre a situação jurídica das partes em suas relações recíprocas ou com os bens da vida.”¹¹²⁹

Já a tutela cautelar tem por objetivo principal a preservação da efetividade de uma futura tutela definitiva final e, por conseguinte, do próprio bem da vida que se persegue. Assim, a tutela cautelar não é um mero instrumento do processo, mas também da relação jurídica material a ser tutelada por meio do processo. Ela “caracteriza-se pela instrumentalidade que a vincula ao

processo principal, cuja eficácia prática visa a assegurar”¹¹³⁰.

Apesar da imensa e antiga discussão processual quanto à verdadeira função da cautelar, se ela poderia ou não ser satisfativa ou se a antecipada seria uma mera espécie de cautelar¹¹³¹ etc., pensa-se que não há por que se ater a isso.

Em primeiro lugar, porque esse debate não tem hoje muito efeito prático, tendo em vista que os requisitos para a obtenção de ambas as tutelas são os mesmos (*fumus boni juris* e *periculum in mora*). Em segundo lugar, é necessário observar o que dispõe o texto legal e, da forma como essas tutelas estão dispostas, existe sim uma diferença, eleita pelo legislador e desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência, entre as funções da tutela cautelar e as da tutela antecipada.

Por fim, a tutela da evidência tem uma função próxima da cumprida pela tutela antecipada. A diferença é que ela não tem a urgência por requisito e tem um, poder-se-ia dizer, *fumus boni juris* qualificado, ou seja, mais que uma “fumaça do bom direito” tem-se uma “superlativa probabilidade”¹¹³².

Posto isso, passa-se a cotejar o destacado acerca das especificidades de cada uma das tutelas provisórias

¹¹²⁷“Tutela jurisdicional diferenciada é a proteção jurídica concedida em via jurisdicional mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: vol. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 811).

¹¹²⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: vol. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 850-851.

¹¹²⁹*Ibidem*, p. 871.

¹¹³⁰BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 229.

¹¹³¹MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela provisória*: interpretação artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, do Livro V, da Parte Geral, e dos dispositivos esparsos do CPC em vigor que versam sobre tutela provisória. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹¹³²DINAMARCO, *op. cit.*, p. 857 e 883.

com a técnica utilizada nos casos indicados no Item 3 acima, ou seja, serão analisados os processos de “a” a “j” ali destacados, comparando-os com as espécies de tutelas provisórias utilizadas, observando-se, essencialmente, a função de cada uma dessas tutelas.

Como já realçado, a função da tutela antecipada é adiantar os efeitos (ou alguns desses efeitos) da tutela definitiva a qual seria concedida apenas ao fim do processo. Assim sendo, numa relação tributária se o contribuinte pretende anular determinada constituição de crédito tributário ele pode procurar obter a antecipação de um dos efeitos da possível desconstituição do crédito, qual seja, a sua não exigibilidade. Para isso, ele requer um efeito parcial dessa não exigibilidade, qual seja, uma suspensão. Exatamente nos termos do art. 151, do CTN.

Sublinhe-se que não se está a dizer que a suspensão da exigibilidade é um tipo de antecipação da anulação. Não é isso. O que se quer deixar claro é que da anulação do crédito tributário vários efeitos decorrem. Um deles, o fim da exigibilidade do próprio crédito. Assim, com a tutela antecipada se tem um efeito parcial decorrente da falta da exigibilidade que adviria de uma futura anulação. No caso, esse efeito parcial é exatamente a suspensão da exigibilidade.

No que concerne especificamente à antecipação de garantia, Alves e Alvarenga, assim como Ferraz¹¹³³, entendem que o contribuinte poderia utilizar-se da tutela antecipada antecedente para a obtenção de sua certidão de regularidade fiscal. Foi exatamente o que foi realizado nos processos *i e j* mencionados no item 2.1 acima. Em ambos os processos, as partes propugnaram para si mesmas a concessão de uma tutela antecipada antecedente, sem requerimento de estabilização, com o posterior aditamento com o pedido principal de uma anulatória.

Não parece ser correta a utilização do procedimento da tutela antecipada antecedente da forma como ocorreu nesses processos.

Em primeiro lugar, a tutela antecipada antecedente não foi muito bem disposta no CPC/2015 pelo legislador, tendo causado uma discordância doutrinária enorme¹¹³⁴. E essa má disposição dessa espécie de tutela no CPC/2015 ocasiona discussão quanto à possibilidade ou não de sua estabilização (e, pior ainda, se o pedido de tutela antecipada antecedente sempre terá por consequência a estabilização dessa mesma tutela).

A depender da forma como as razões forem dispostas na petição do requerente e a depender de como o juiz irá receber aquele pedido de tutela antecipada antecedente, pode-se

¹¹³³ ALVES; ALVARENGA, *op. cit.*; FERRAZ, *op. cit.*, p. 125-146.

¹¹³⁴ Quanto a essa discussão, Cf. COSTA, E. J. Da F.; PEREIRA, M. C.; GOUVEIA FILHO, R. P. C

(Coord.). *Tutela Provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016; ARAÚJO, J. H. M.; CUNHA, L. C. da; RODRIGUES, M. A. (Coord.). *Fazenda Pública*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

concluir pela estabilização da garantia. O que é um absurdo, tendo em vista que não há o que estabilizar num oferecimento de garantia, não sendo, nem mesmo, de interesse de quem oferta o bem. Queira ou não, isso pode provocar uma balbúrdia processual (a eternização de uma garantia ilíquida, por exemplo).

O réu, no caso a Fazenda Pública, fica numa encruzilhada entre recorrer ou não recorrer (para não ocorrer a estabilização) ou aguardar o aditamento da inicial para futura contestação. O que aqui descrito é o absurdo decorrente do uso sem muitos critérios dessa tutela.

Ademais, se o pedido principal é uma anulatória, a tutela antecipada antecedente deveria ser concernente a algum dos efeitos finais decorrentes da anulação do crédito tributário. A antecipação de garantia não está abarcada nisso. Tal requerimento estará vinculado, na verdade, a um outro processo, qual seja, à execução fiscal, cujo efeito final pretendido será a liquidação dessa garantia para pagamento do crédito tributário devido. Portanto, a antecipação de garantia não é um efeito decorrente de uma tutela final em anulatória.

Pode parecer preciosismo, mas é o uso equivocado de vários instrumentos processuais que provoca problemas

posteriores no desenvolvimento e na conclusão do processo.

Parece que equívoco parecido foi laborado nos processos *c*, *d*, *e* e *g*. Em todos eles foi requerida uma tutela cautelar em caráter antecedente. A única diferença é que no processo *g* a parte informou que não iria aditá-lo com nenhum pedido principal (nos demais haveria um aditamento concernente a uma anulatória).

Na defesa do uso da tutela cautelar antecedente se tem, como já destacado, as doutrinas de Santos e de Costa e Gouveia Filho¹¹³⁵. Essa espécie de tutela provisória seria utilizada exatamente como o era à época do CPC/1973, ou seja, como uma cautelar autônoma de caução. Exatamente nos termos do RESP 1.123.669/RS.

Como já acima destacado, a tutela cautelar visa a assegurar a eficácia prática de um processo principal. Daí a sua função instrumental¹¹³⁶. No caso da antecipação de garantia, a sua ligação se dá com o processo executivo fiscal.

Como ressaltado por Conrado¹¹³⁷, a cautelar de caução teria por função assegurar o resultado útil do processo de execução fiscal, mesmo que a cautelar seja proposta pelo futuro executado e que a legitimidade da execução fiscal seja do ente estatal. Acredita-se que a cautelar que tem por

¹¹³⁵SANTOS, Cláudio Carfaro dos. A ação cautelar de antecipação dos efeitos da penhora utilizada no âmbito do processo judicial tributário e o advento do novo código de processo civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 174-195, jul./ago. 2016; COSTA; GOUVEIA FILHO, *op. cit.*, p. 41-47.

¹¹³⁶BEDAQUE, *op. cit.*, p. 229.

¹¹³⁷CONRADO, Paulo Cesar. Antecipação de garantia tendente à satisfação de crédito que esteja por ser executada: o que muda (se é que muda) com o novo CPC? In: CONRADO, P. C. (Coord.). *Processo tributário analítico*. v. III. São Paulo: Noeses, 2016. p. 259. [acréscimos nossos]

função assegurar a execução fiscal não é a de caução (de antecipação de garantia), mas sim a denominada medida cautelar fiscal (Lei n.º 8.397/92). Assim sendo, a cautelar não pode ser utilizada para fazer as vezes de antecipação de garantia, tendo em vista que a legitimidade dessa é do futuro executado e não será ele que irá propor a execução fiscal. A cautelar tem por função garantir a efetividade da tutela final a ser concedida em um processo principal. A antecipação de garantia não tem esse objetivo.

Apesar de relacionada com uma execução fiscal a ser proposta, a antecipação de garantia não tem como meta assegurar o sucesso da execução fiscal, ou seja, conferir um grau de eficiência à recuperação do crédito público. Não. O objetivo da antecipação de garantia é assegurar que o contribuinte terá direito à obtenção de uma certidão de regularidade fiscal, nos termos do art. 206, CTN.

Não se pode, dessa forma, concordar com Conrado¹¹³⁸ que defende que o acautelamento, no caso, seria do direito de o contribuinte prestar uma garantia “inerente” à execução fiscal. Não existe interesse do futuro executado em tal medida. Ele não tem o intuito de garantir, mas exclusivamente de obter a sua regularidade perante o Fisco por meio da garantia oferecida de forma antecipada.

Assim, a relação entre a antecipação de garantia e a execução fiscal é indireta. Ela não é um instrumento apto a assegurar a eficácia

prática do processo executivo fiscal. De forma indireta, contudo, por ter sido oferecido um bem em garantia ao crédito que será executado, a execução fiscal estará garantida. Mas isso não é caso de cautelaridade.

Também não se trata de uma tutela antecipatória à execução fiscal. Como será defendido de forma detalhada mais abaixo, pensa-se se tratar de uma antecipação a um pedido declaratório do direito de o contribuinte manter hígida a sua regularidade fiscal. Essa antecipação, sem dúvida, terá efeitos externos ao processo, os quais atingirão a execução fiscal, tendo em vista a garantia oferecida.

E pelo que dispõe o CPC/2015 requerida a tutela cautelar em caráter antecedente, o pedido principal terá que ocorrer, sob pena de cessar a eficácia da tutela concedida (art. 308 c/c art. 309, I, CPC/2015). Assim, apesar de aceita pela doutrina¹¹³⁹, a denominada cautelar autônoma continua sendo algo anômalo no sistema jurídico-processual brasileiro.

Portanto, ao que parece, o processo *g* sofre desse problema (cautelar requerida sem pedido principal) e traz como dificuldade o saber se a garantia perderá a eficácia ou não quando, passados 30 (trinta) dias, não houver o aditamento com o pedido principal. E tal complicador decorre da inexistência de regulação legal para o que requerido pela parte autora, prejudicando o caminho a ser percorrido no processo pela outra parte e pelo juiz.

¹¹³⁸CONRADO, *op. cit.*, p. 259.

¹¹³⁹COSTA; GOUVEIA FILHO, *op. cit.*, p. 41-47.

No que concerne aos processos *c*, *d* e *e*, a falha diz respeito ao uso de um pedido cautelar antecedente que será posteriormente aditado por uma anulatória. Não se trata de um pedido cautelar, já que não tem ligação com a tutela final pretendida com essa anulatória, assim como também não é uma antecipação de tutela, como já descrito alguns parágrafos acima.

Trata-se, na verdade, de uma mera garantia apresentada no bojo da anulatória, mas sem pretensão de acautelar algo ou de antecipar qualquer efeito da tutela anulatória¹¹⁴⁰. E por haver a garantia, a parte poderá expedir a sua certidão de regularidade fiscal. De certa forma, foi o que fez também o contribuinte do processo *f*, cuja única diferença foi o requerimento incidental por meio de tutela de evidência.

Mas e se não houver o aditamento com o pedido principal, a garantia perderá a sua eficácia?! Ou o processo permanecerá como um tipo de cautelar autônoma?! São exatamente esses limbos processuais que podem provocar uma séria balbúrdia no caminhar processual.

Diante dessas confusões em relação à utilização da espécie de tutela provisória mais apta a garantir a obtenção de uma certidão de regularidade fiscal por meio de uma antecipação de garantia, o uso da tutela de evidência mostra-se mais

adequada do que as demais¹¹⁴¹. Na verdade, da forma como está hoje construído o sistema processual brasileiro pós-CPC/2015, a única adequada.

Assim, ao que tudo indica, os contribuintes dos processos *a*, *b* e *h* foram os que mais se aproximaram da utilização de uma tutela provisória adequada. Para ser mais específico, quem melhor se utilizou da tutela de evidência foi o contribuinte do processo *b*. Explica-se.

O direito que o contribuinte persegue com o oferecimento antecipado de uma garantia é a sua regularidade perante o Fisco, a qual ele só irá obter nos termos do art. 206, CTN, ou seja, ou com a existência de créditos não vencidos, ou com a exigibilidade do crédito suspensa ou com a existência de penhora.

Em regra, quando se antecipa a garantia é porque os créditos já venceram. A obtenção de uma suspensão de exigibilidade não é algo tão simples (ou não deveria ser), tendo em vista as poucas hipóteses dispostas pelo art. 151, CTN. Diante disso, o melhor meio de se obter a certidão de regularidade fiscal é por intermédio de uma penhora. Essa penhora ocorreria apenas no bojo da execução fiscal. Contudo, o contribuinte não pode aguardar que a Fazenda Pública exerça o seu direito-dever¹¹⁴² de propor a execução fiscal. Ele

¹¹⁴⁰Como vem sendo discutido por todo este Item a noção construída a partir da ideia de cautelaridade e de antecipação vem a ser muito diferente da forma como utilizada pelas partes nos processos acima referidos. Quanto à questão cautelar, observar a crítica realizada acima a partir da doutrina de Conrado e quanto

à antecipação, observar a crítica à utilização dos instrumentos nos processos *i* e *j*. As críticas lá realizadas são também pertinentes para os processos *c*, *d* e *e*, daí o motivo da remissão.

¹¹⁴¹FERNANDES; ABRANTES, *op. cit.*

¹¹⁴²CONRADO, *op. cit.*, p. 259.

não pode esperar 05 (cinco) anos para se regularizar perante o Fisco, tendo em vista que o tempo do mercado é outro. Assim, ele tem um direito a se manter regular perante o Fisco.

Diante disso, a propositura de uma ação cujo objetivo seja a declaração do direito à regularidade fiscal se impõe. Não obstante isso, essa declaração tem pressupostos, sendo o principal deles o oferecimento do bem em garantia, tendo em vista a exigência legal de penhora do art. 206 do CTN para a obtenção da certidão de regularidade fiscal.

Portanto, caberia até mesmo uma tutela antecipada nessa ação declaratória no sentido de garantir a regularidade fiscal ao contribuinte. Contudo, a melhor técnica, observado o sistema processual hoje vigente, é o uso da tutela de evidência (art. 311, CPC/2015). No caso em específico, essa tutela da evidência seria obtida, sem a necessidade de demonstração de qualquer *periculum in mora*, com a comprovação documental das alegações de fato (a certidão do Fisco dos créditos tributários em aberto e a comprovação da garantia oferecida – seguro-garantia, fiança etc.) e com a alusão à tese firmada em julgamento de casos repetitivos¹¹⁴³ (no caso, o Recurso Especial n.º 1.123.669/RS) - art. 311, II, CPC/2015.

Foi exatamente o que fez o contribuinte do processo *b*. Mesmo que ele afirme em sua inicial que o seu objetivo era a declaração do seu direito de garantir a

execução fiscal, na verdade a pretensão era a declaração do seu direito de estar com a sua regularidade fiscal em dia. O contribuinte do processo *a* seguiu nos mesmos passos, tendo apenas nomeado sua ação de forma equivocada (“ação de antecipação de garantia”).

Por fim, a falha técnica do processo *h* foi requerer uma espécie anômala de tutela de evidência em caráter antecedente, sem qualquer tipo de pedido principal. Ao fim e ao cabo, o seu pedido foi o mesmo dos demais, qual seja, a declaração do seu direito de estar em regularidade perante o Fisco.

Assim, o uso da ação declaratória do direito de regularidade fiscal com a apresentação de garantia prévia à execução fiscal, fulcrada na técnica da tutela de evidência, com o objetivo de obter CPEN, tende a ser o instrumento mais adequado em relação ao sistema processual hoje existente.

Mais uma vez deve ser ressaltado que não se trata de preciosismo. O uso uniforme de determinado instrumento facilitaria a vida de todos que praticam o direito no Fórum, evitando-se discussões processuais desnecessárias, que apenas atravancam o fluir do processo, concentrando-se, em contrapartida, na análise do direito concernente à relação jurídico-material.

4. SUGESTÕES PARA O USO CORRETO DAS ESPÉCIES DE TUTELA

¹¹⁴³Segundo o art. 928, CPC/2015, julgamento em casos repetitivos é a decisão proferida em sede de Incidente de Resolução de Demandas

Repetitivas e de Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos.

PROVISÓRIA PARA A OBTENÇÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL

Como tanto o direito processual como o tributário são ramos do direito eminentemente voltados para a prática e pelo fato de a discussão posta no presente trabalho ter se voltado não só para a doutrina especializada como também para a realidade do direito efetivamente posto em movimento, mostra-se importante que se apresente um tipo de “recomendação de ação prática”¹¹⁴⁴, apta a contribuir para a pragmática do direito.

Diante do debatido nos itens anteriores, pretende-se apresentar (sugerir) alguns critérios importantes para o uso correto das espécies de tutela provisória, assim como de toda e qualquer técnica processual.

Em primeiro lugar, é necessário que se observe o objetivo pretendido, ou seja, o interessado precisa discernir sobre qual a sua meta com a propositura de determinada ação. Principalmente, no que concerne ao direito referente à relação jurídico-material em questão. Portanto, é necessário ter em mente se os efeitos que advirão da concessão de determinada tutela jurisdicional irão produzir as consequências que se espera na relação jurídico-material.

Com base nisso, deverá refletir, em segundo lugar, qual a tutela processual apta a conseguir o objetivo pretendido e,

por conseguinte, qual o melhor instrumento processual a ser utilizado. Para isso, deve ser observado o que está disposto na lei acerca dessa tutela processual pretendida, ou seja, deve-se prestar muita atenção ao que está regulado na legislação processual. Assim deve ser porque não se pode fazer tábula rasa da lei, considerando que a interpretação do texto legal sempre deverá observar os limites (balizas) postos por esse texto-base¹¹⁴⁵.

Além disso, em terceiro lugar, é necessário que se analise o que foi construído doutrinariamente acerca do instrumento processual que será utilizado, assim como que seja analisado também, de preferência, o entendimento jurisprudencial acerca daquela tutela em específico.

Com base nisso, que são critérios prévios, conclui-se qual a técnica processual adequada. Disso não foge a tutela provisória para a obtenção da certidão de regularidade fiscal.

No caso específico, o que pretende o contribuinte é se regularizar perante o Fisco de modo a não ser prejudicado na sua atividade econômica. Uma vez regularizado por meio da tutela provisória concedida ele estará apto a atuar no mercado sem problemas com créditos tributários em aberto? Sim! Então, essa tutela traz efeitos positivos à relação jurídica-material (ele ficará regular e o crédito estará garantido).

¹¹⁴⁴PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 41, jan./abr. 2018. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br. Acesso em: 09 jun. 2019.

¹¹⁴⁵HASSEMER, Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 281-301.

Após, deverá o contribuinte observar na lei qual a tutela apta para isso. No caso, as tutelas provisórias têm a função de acelerar o exercício da jurisdição e produzir resultados úteis e efetivos¹¹⁴⁶. Assim, são essas tutelas provisórias as mais aptas à obtenção eficaz do direito do autor.

Dentre essas tutelas provisórias, deve-se ver aquela que tem maior adequação à hipótese. Como destacado acima¹¹⁴⁷, pensa-se ser o uso da tutela de evidência no bojo de uma ação declaratória do direito do contribuinte de estar em regularidade fiscal. Para isso, analisa-se a doutrina e a jurisprudência, como foi analisado no Item 5 acima.

Cumpridos esses passos, chega-se ao instrumento mais adequado para a obtenção da tutela provisória pretendida: a ação declaratória cumulada com pedido de tutela da evidência (art. 311, II, CPC/2015), a qual poderá, inclusive, ser concedida liminarmente (art. 311, Parágrafo único, CPC/2015).

Portanto, é necessário observar o que o CPC dispõe acerca das tutelas provisórias. Ter em mente que a tutela provisória a ser requerida concerne a uma relação jurídico-material (a regularidade do contribuinte perante o Fisco no que diz respeito a créditos tributários devidamente lançados). E que tal certidão (de regularidade) decorrerá do oferecimento antecipado (antes da propositura de uma execução fiscal) de um determinado bem em garantia.

Com base nesses pressupostos, o interessado poderá se utilizar da melhor técnica processual possível para a situação, sem criar problemas procedimentais que atrapalhem o andamento natural do processo. Não prejudica a si próprio nem a outra parte, assim como facilita o trabalho do magistrado na condução do processo. Assim sendo, é necessário ter critérios também na escolha da técnica processual adequada. Isso facilita a obtenção da tutela pretendida, já que o contribuinte atingirá seu objetivo e o Fisco não oporá qualquer empecilho, tendo em vista que já terá o crédito tributário devidamente garantido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na questão-problema (*o uso sem critérios, para a obtenção da certidão de regularidade fiscal, das espécies de tutelas provisórias ocasiona algum tipo de problema processual/material para o contribuinte e/ou, até mesmo, para a Fazenda Pública?*) posta no início deste trabalho, objetivou-se debater como essa certidão era obtida antes do CPC/2015 e como ela passou a ser buscada após o início da vigência dessa lei, e como isso trouxe a possibilidade de ocorrência de alguns problemas processuais a depender da forma como as espécies de tutela provisória serão utilizadas. Como demonstrado, esses problemas decorrem tanto da divergência doutrinária acerca da nova regulação das tutelas provisórias como,

¹¹⁴⁶DINAMARCO, *op. cit.*, 2017, p. 850-851.

¹¹⁴⁷Vide Item 4 acima.

principalmente, da forma como elas vêm sendo empregadas na prática do cotidiano forense para a obtenção de regularidade fiscal do contribuinte.

Para evitar tais problemas, é necessário que se observe qual o objetivo pretendido e qual a tutela mais apta para tal consecução, de molde a que seus efeitos sejam sentidos na relação jurídico-material. Ademais, mostra-se de grande importância a análise da regulamentação legal dessas tutelas e como o texto legal é interpretado pela doutrina e pela jurisprudência.

Seguidas essas etapas e procurando sempre a uniformização das técnicas processuais (a partir da função de cada uma delas), o interessado deve recorrer ao instrumento processual adequado para evitar entraves no caminhar do processo, facilitando o trabalho da outra parte, assim como do magistrado.

Dessa maneira, o instrumento que se mostra mais apto, de acordo com o sistema processual hoje vigente no Brasil, para a obtenção da regularidade do contribuinte perante o Fisco é a utilização da tutela da evidência. Mais especificamente, a propositura de uma ação declaratória do direito de estar regular perante o Fisco cumulado com um pedido de tutela de evidência (art. 311, II, CPC/2015).

REFERÊNCIAS

ALVES, Vinicius Jucá; ALVARENGA, Christiane Alves. Novo CPC e a antiga medida cautelar de antecipação de garantia. *Migalhas*, 13 jun. 2016. Migalhas de Peso. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240636,71043-Novo+CPC+e+a+antiga+medida+cautelar+de+antecipacao+de+garantia>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*: Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. *Código de processo civil*: Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 08 jun. 2019.

_____. *Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8397.htm. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. *Código de processo civil*: Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 jun. 2019.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.123.669/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 09 de dezembro de 2009. *Dje*. Brasília, 01 fev. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=934828&num_registro=200900279896&data=20100201&formato=PDF. Acesso em: 31 mar. 2019.
- CONRADO, Paulo Cesar. Antecipação de garantia tendente à satisfação de crédito que esteja por ser executada: o que muda (se é que muda) com o novo CPC? In: CONRADO, P. C. (Coord.). *Processo tributário analítico*. v. III. São Paulo: Noeses, 2016. p. 247-264.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Certidão de regularidade fiscal e tutela de urgência satisfativa autônoma. In: COSTA, E. J. Da F.; PEREIRA, M. C.; GOUVEIA FILHO, R. P. C (Coord.). *Tutela Provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 41-47.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: vol. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- FERNANDES, Andrei Furtado; ABRANTES, Gabriel. A antecipação de garantia fiscal e a substituição da ação cautelar atípica na sistemática do novo CPC. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 77-86, jul./ago. 2016.
- FERRAZ, Beatriz Biaggi. A (ainda existente) cautelar de caução para obtenção de certidão de regularidade fiscal. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, SP, v. 03, n. 03, p. 125-146, jul./set. 2018.
- GONÇALVES, Antônio Carlos Guimarães; ÁVILA, Carlos Alberto Rosal. O oferecimento de garantia previamente ao ajuizamento de execução fiscal sob a égide do Código de Processo Civil de 2015. *Migalhas*, 28 jun. 2018. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI282645,71043-O+oferecimento+de+garantia+previamente+ao+ajuizamento+de+execucao>. Acesso em: 31 mar. 2019.
- HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 281-301.
- LIMA, Phernanda Cirino de. Tutela provisória e o processo tributário fente ao novo CPC. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 547-559, jul./ago. 2016.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela provisória*: interpretação artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, do Livro V, da Parte Geral, e dos dispositivos esparsos do CPC em vigor que versam sobre tutela provisória. São Paulo: Malheiros, 2017.

- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.
- PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27-48, jan./abr. 2018. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br. Acesso em: 09 jun. 2019.
- SANTANA, Eduardo Augusto Coelho de. Antecipação de garantia e suspensão da exigibilidade de créditos tributários por decisão judicial. *Revista da PGFN*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 89-114, jul./dez. 2017.
- SANTOS, Cláudio Carfaro dos. A ação cautelar de antecipação dos efeitos da penhora utilizada no âmbito do processo judicial tributário e o advento do novo código de processo civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, v. 19, n. 110, p. 174-195, jul./ago. 2016.
- THEODORO JR., Humberto. *Processo cautelar*. São Paulo: LEUD, 2006.

REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA: ENTRE AÇÕES COLETIVAS E PRECEDENTES VINCULANTES¹¹⁴⁸

ADEQUACY OF REPRESENTATION: BETWEEN CLASS ACTIONS AND BINDING PRECEDENTS

Gustavo Viegas Marcondes

Doutor (PUC/SP), Mestre (UNAERP). Prof. de Direito Processual Civil no Centro Universitário Barão de Mauá. Ribeirão Preto/SP. Advogado. E-mail: gvmarcondes1@gmail.com.

RESUMO: O propósito deste artigo é analisar a relação entre ações coletivas e precedentes vinculantes no Direito brasileiro, especificamente à luz da representatividade adequada. As ações coletivas, assim como os precedentes vinculantes, possuem a aptidão de produzir resultados universalizáveis, ou seja, cujo aproveitamento alcança diretamente o grupo, a classe ou a categoria de pessoas titulares de um determinado interesse jurídico. Não por outra razão, ambos são tratados doutrinariamente como modalidades distintas de tutela jurisdicional coletiva. Todavia, observa-se que apenas quanto às ações coletivas é que se exige, como pressuposto de validade, a existência de representatividade adequada ao legitimado coletivo. O estudo baseia-se, quanto à metodologia, na investigação bibliográfica e também na análise das principais decisões proferidas pelos tribunais brasileiros. Verificou-se que a representatividade adequada desempenha papel fundamental não apenas para a validade formal do processo coletivo, mas também para a

concretização da garantia do devido processo legal, e que tais atributos devem também estar presentes quando se tratar de precedentes vinculantes, dada a existência de interesses coletivos em disputa. Por outro lado, também se verificou que o intercâmbio normativo entre ações coletivas e precedentes vinculantes se mostra, ao menos inicialmente, apto a oferecer mecanismos de atribuição e controle da representatividade adequada. À guisa de conclusão, se é possível compreender que os microssistemas de tutela coletiva e de julgamento de casos repetitivos comunicam-se e, mais do que isso, formam um arcabouço normativo comum, cujos efeitos espraia-se sobre relações jurídicas transindividuais, há que se compreender também que a tutela adequada dos interesses coletivos *lato sensu*, no contexto de precedentes obrigatórios, impõe a adoção de mecanismos de proteção da coletividade, notadamente quanto à atribuição e controle da representatividade adequada em favor dos ausentes.

¹¹⁴⁸ Artigo recebido em 23/11/2022 e aprovado em 30/04/2023.

PALAVRAS-CHAVE: Ações coletivas; representatividade adequada; precedentes; vinculatividade; casos repetitivos.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the relationship between class actions and binding precedents in Brazilian law, specifically regarding the adequate representation. Class actions, as well as binding precedents, have the ability to produce universalizable results, that is, whose use directly reaches the group, class or category of persons holding a particular legal interest. For no other reason, both are doctrinally treated as distinct modalities of collective judicial protection. However, it is observed that only with regard to class actions it is required, as a validity assumption, the existence of adequate representativeness to the collective standing. The study is based, in terms of methodology, on bibliographic research and also on the analysis of the main decisions handed down by Brazilian courts. It was found that adequate representativeness plays a fundamental role not only for the formal validity of class actions, but also for the realization of the guarantee of due process of law, and that such attributes must also be present when dealing with binding precedents, given the existence disputed collective interests. On the other hand, it was also found that the normative exchange between class actions and binding precedents is, at least initially, able to offer mechanisms for attributing and controlling adequate representativeness. By way of conclusion, if it is possible to understand that the microsystems of collective protection and

the judgment of repetitive cases communicate and, more than that, form a common normative framework, whose effects spread over transindividual legal relations, it is necessary to understand also that the adequate protection of collective interests *lato sensu*, in the context of mandatory precedents, imposes the adoption of mechanisms for the protection of the community, notably regarding the attribution and control of adequate representation in favor of those who are absent.

KEYWORDS: Class actions; adequacy of representation; precedents; binding effect; repeated lawsuits.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em representatividade adequada, fala-se a propósito de qualidades intrínsecas que se reputam presentes em determinados sujeitos processuais, aos quais se confere a responsabilidade pela condução do processo coletivo. Fala-se, também, em qualidades concretamente verificáveis, a partir da tenacidade denotada pela parte na veiculação de interesses cuja representação lhes foi confiada. A representatividade adequada, assim, traduz um predicado da parte que a habilita a figurar como porta voz dos interesses jurídicos de uma dada coletividade perante uma dada instância decisória.

Os processos coletivos, como é sabido, alicerçam-se numa estrutura bivalente que, por um lado, confere legitimidade ativa a uma gama de entes públicos e privados, legalmente reputados representantes adequados

dos interesses da coletividade. Por outro lado, assegura que os resultados do processo coletivo serão válidos e vinculativos, inclusive a toda a coletividade, uma vez observados os critérios de formação da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Ocorre que os processos coletivos já não se resumem apenas às ações coletivas *stricto sensu*, aí incluídas também as ações de controle abstrato de constitucionalidade. Também passam a integrar esse gênero de tutela jurisdicional os provimentos judiciais dotados de eficácia vinculante, ou seja, os chamados precedentes vinculantes. Isso porque no modelo brasileiro de precedentes, especialmente no contexto do CPC/2015, os provimentos jurisdicionais dotados de tal eficácia se fazem impositivos, para processos atuais e futuros, de natureza individual ou coletiva. Significa, portanto, que em termos práticos, os precedentes vinculantes também se apresentam como espécie de tutela jurisdicional coletiva, alcançando relações jurídicas metaindividuais.

Daí por que a questão da representatividade adequada volta a se colocar no centro do debate a propósito da tutela jurisdicional coletiva, sendo necessário o aprofundamento das reflexões a respeito da própria legitimidade democrática do conteúdo normativo agregado aos precedentes vinculantes, quando questionável a

representatividade adequada dos interesses jurídicos titularizados pela coletividade.

1. REPRESENTATIVIDADE, PARTICIPAÇÃO, LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A CLÁUSULA DUE PROCESS OF LAW

Representatividade e tutela jurisdicional coletiva são categorias indissociáveis. Tratam-se de temas centrais no campo na jurisdição coletiva porque inerentes não apenas à estrutura e desenvolvimento do processo coletivo, mas também porque deles depende a validade dos resultados da demanda coletiva. Basta dizer que a representatividade toca à própria legitimação do processo, enquanto produto da atividade de um Poder estatal¹¹⁴⁹.

Ocorre que, sobretudo no contexto atual, quando se fala em tutela coletiva tem-se, como premissa, que não se trata unicamente das ações coletivas *stricto sensu*, mas também (e especialmente) do emprego de paradigmas decisórios dotados de eficácia vinculante – os chamados *precedentes vinculantes* –, aos quais o CPC/2015 conferiu verdadeiro protagonismo. A representatividade, como é natural, haverá de se fazer presente em ambas as modalidades de tutela coletiva.

A representatividade adequada, enquanto requisito de validade à tutela

¹¹⁴⁹ MARCONDES, Gustavo Viegas. *Processo coletivo: entre representatividade e vinculação*. Londrina: Thoth, 2021, p. 189.

jurisdicional coletiva, não se confunde com a representação inerente ao Direito Privado, como mecanismo de suplementação da capacidade civil. A representação de que se cuida nesta seara refere-se à própria concretização da garantia do *devido processo legal*. Também não há equivalência entre os conceitos de representatividade e legitimidade, sob o prisma da substituição processual, conquanto se possa compreender que a representatividade adequada configure um elemento necessário à legitimidade para o processo coletivo¹¹⁵⁰.

Representar interesses significa, numa brevíssima síntese, defende-los em uma determinada instância de decisão, o que, obviamente, não se restringe ao campo do direito processual. Sobressai, nesta concepção, a direta relação existente entre representação e democracia, entendida como instância de exercício do Poder mediante decisões que se alicerçam na expressão da vontade da maioria, conceito que, por sua vez, deve ser compreendido enquanto interesse

geral e não enquanto interesse momentaneamente dominante, na precisa observação de José Afonso da Silva¹¹⁵¹. O termo *democracia representativa*, nesse sentido, se mostra autoexplicativo.

Não há sentido em se conceber representação em regimes político-jurídico totalitários (não democráticos), já que nestes o exercício do Poder se faz calcado na centralidade da força (violência)¹¹⁵² e, conseqüentemente, em prol dos interesses do próprio governante. Ao contrário, nos regimes democráticos, o exercício do Poder pressupõe a descentralização da força, em benefício dos interesses da maioria. Daí a óbvia importância da efetiva representatividade nas mais diversas instâncias decisórias¹¹⁵³.

Não é por outra razão que a Constituição Federal estabelece, de modo muito claro em seu art. 1.º, parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. A representação,

¹¹⁵⁰ MARCONDES, Gustavo Viegas. Para além da dicotomia entre representação ou substituição processual: análise dos impactos do julgamento do RE 573.232/SC e RE 612.043/PR para o processo coletivo brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 295, p. 331-350, set 2019.

¹¹⁵¹ “A questão dos princípios da democracia precisa ser reelaborada, porque, no fundo, ela contém um elemento que escamoteia a essência do conceito, mormente quando apresenta a *maioria* como princípio do regime. Maioria não é princípio. É simples técnica de que se serve a democracia para tomar decisões governamentais no interesse geral, não no

interesse da maioria que é contingente. O interesse geral é que é permanente em conformidade com o momento histórico. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 134.”

¹¹⁵² ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 105-107.

¹¹⁵³ LEMOS, Arthur Lopes; GAMA, Vitor Rodrigues. Democracia contestatória e representatividade adequada nas ações coletivas. In: *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*, 2017, Vitória, p. 364-377.

portanto, localiza-se no núcleo da ideia de democracia.

Trata-se de um elemento central no Estado Democrático de Direito, exatamente para que os interesses da maioria possam ser historicamente alcançados e juridicamente institucionalizados. Nesse sentido, o próprio Direito – que obviamente não se confunde com a lei, tampouco com o pensamento particular do julgador – também se vale dessa mesma ideia de democracia, na medida em que traduz a existência de parâmetros decisórios¹¹⁵⁴ construídos mediante representação (política e judicial), cuja observância se mostra inescapável.

No entanto, a representação enquanto modo de validação (democrática) do Poder denota que existe um certo hiato entre o processo de tomada de decisão e os sujeitos que serão por ela alcançados em seus respectivos interesses jurídicos.

A ideia de representação, nesse sentido, parte da premissa de que representante e participante (enquanto titular do interesse jurídico) não são a mesma pessoa. Ao contrário, por uma

imposição lógica, o representante existe justamente em razão da ausência do participante. Ao representante é dada a prerrogativa de participação direta nas instâncias decisórias, ao passo que ao representado, via de regra, é dada, em alguma medida, a garantia de participação indireta.

Quando se fala em tutela jurisdicional individual, a ideia de representação de interesses não se faz necessária (ao menos sob a mesma perspectiva do que ocorre quando se fala em tutela coletiva) porque a estrutura processual atribui ao próprio titular do direito material afirmado em juízo a titularidade também da relação jurídica de direito processual.

Há uma coincidência¹¹⁵⁵ entre o sujeito que ocupa o polo da relação jurídica processual e a titularidade do interesse jurídico de direito material atribuído a essa posição no processo e, precisamente em razão dessa coincidência é que se compreende que a defesa dos interesses disputados incumbe ao próprio titular¹¹⁵⁶. Esta é a síntese do conceito de legitimação

¹¹⁵⁴ “[...] não há nenhum ganho democrático em se possuir constituição e legislação consagradoras de direitos se as questões jurídicas puderem ser solucionadas em parâmetros discricionários que são necessariamente *não* jurídicos, isto porque são pautados na vontade e na subjetividade do julgador, seja no âmbito administrativo ou judicial.” ABBoud, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014, p. 462.

¹¹⁵⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 250.

¹¹⁵⁶ “No plano coletivo não é praticamente possível alcançar o desiderato de o titular do direito estar presente em juízo para defendê-lo. Este é um ideal de matriz individualista, que pressupõe ser o titular do direito um indivíduo e não toda uma coletividade. Nesse sentido, os legitimados coletivos são ‘representantes’ da coletividade, verdadeiros ‘substitutos processuais’ dessa”. ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 224.

ordinária que alicerça a tutela jurisdicional individual.

No âmbito da participação, não se mostra necessário um especial cuidado quanto à qualidade desse agir, na medida em que as ações e omissões do participante repercutem na defesa dos interesses do próprio titular do interesse jurídico, ao passo que no âmbito da representação, tal preocupação se mostra inafastável, já que o representante age em nome e por conta desse titular, que não se faz presente, nada obstante suporte os resultados do processo.

Significa dizer que o processo decisório construído sob representação se dá na ausência do titular do interesse submetido à decisão, ainda que tais interesses sejam levados em consideração nesse processo¹¹⁵⁷.

Portanto, os processos representativos configuram um fenômeno processual intrinsecamente ligado às demandas que se constituem

sob legitimação extraordinária¹¹⁵⁸, ou seja, quando referida coincidência (entre a parte demandante e o titular do interesse jurídico cuja tutela se pretende) inexistente.

Apenas excepcionalmente o sistema processual admite que um determinado interesse jurídico seja veiculado em juízo por meio da atuação de um terceiro, que não o seu titular. Não por outra razão a própria definição de legitimação extraordinária consiste na *defesa de interesses alheios, em nome próprio*¹¹⁵⁹.

Quando se fala em legitimidade extraordinária, entende-se, segundo a majoritária doutrina, que ocorre o fenômeno da substituição processual¹¹⁶⁰, ou seja, o lugar do titular do interesse jurídico de direito material (substituído) é ocupado por quem a lei atribua a incumbência de defender tais interesses em juízo, mesmo não sendo o

¹¹⁵⁷ GÓES, Maurício de Carvalho; HORTA, Denise de Oliveira. Processo coletivo do trabalho e adequada representação: a tutela de direitos coletivos dos trabalhadores pelos sindicatos. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, n. 216, p. 185-213, mar-abr 2021.

¹¹⁵⁸ “Quando a situação legitimante coincide com a situação deduzida em juízo, diz-se ordinária a legitimação; no caso contrário, a legitimação diz-se extraordinária. Ali, a regra concreta que se vier a formular na sentença incidirá diretamente sobre a esfera jurídica de outra pessoa, ou de outras pessoas, conquanto possa, por via indireta, atingir a esfera do legitimado, e até seja tal a razão mais comum de reconhecer-se eficácia legitimante à situação subjetiva deste. O legitimado ordinário deve encontrar na sentença a disciplina da sua própria situação; o legitimado extraordinário, a

disciplina de situação alheia, talvez suscetível de repercutir na sua.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 58-72.

¹¹⁵⁹ “O art. 18 do Novo CPC parece ter consagrado o entendimento de que legitimação extraordinária e substituição processual são sinônimos ao conceituar em seu *caput* a primeira expressão e expressamente prever a segunda em seu parágrafo único”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 45.

¹¹⁶⁰ OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971, p. 130.

seu titular a quem se destinará a eficácia da decisão¹¹⁶¹.

Novamente cabe a ressalva. Sob a perspectiva processual, representação e substituição processual são conceitos absolutamente distintos¹¹⁶² e, quando aqui se fala em representação, se está a referir genericamente ao mecanismo de garantia de concretização da cláusula *due process of law*. É o que destaca Ada Pellegrini Grinover em texto publicado em 1986, apontando que a representatividade adequada encontra fundamento na Constituição, justamente por assegurar a observância do devido processo legal¹¹⁶³.

A representação foi empregada no âmbito da tutela coletiva como mecanismo alternativo à participação¹¹⁶⁴, que estava impossibilitada em razão da própria

característica do processo coletivo. No caso brasileiro, especialmente em razão de serem os representantes definidos unicamente por uma solução legislativa, sem que integrem o grupo, classe ou categoria de titulares dos interesses transindividuais lesados ou ameaçados. Mesmo no caso das associações, há que se considerar que a legitimação é atribuída à entidade, que não se confunde com seus membros. De modo que, no caso brasileiro, o representante não necessariamente guarda relação de pertencimento em relação aos titulares do interesse jurídico deduzido em juízo.

Ocorre que a participação é elemento que integra a cláusula *due process of law*. Para Nelson Nery Junior, o princípio do devido processo legal constitui a pedra fundamental de todo o sistema processual¹¹⁶⁵, seja individual

¹¹⁶¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 566.

¹¹⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 187-200, jan 1991, p. 190.

¹¹⁶³ “[...] a cláusula da ‘representatividade adequada’ tem fundamento constitucional e pretende exatamente conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas, cujas decisões sejam vinculativas para toda a categoria. Por ela, a parte ideológica leva a juízo o interesse meta-individual, ‘representando’ concretamente o grupo titular do interesse, que terá exercido seus direitos processuais, através das garantias da defesa e do contraditório asseguradas ao ‘representante’. O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente *ultra partes*, nem significaria real exceção ao princípio dos limites subjetivos da coisa julgada, mas configuraria antes um novo

conceito de ‘representação substancial e processual’, adaptado às novas exigências emergentes da sociedade”. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 19-30, jul-set 1986.

¹¹⁶⁴ “Os titulares do direito são representados no processo e a representação substitui o direito de participação, porque os elementos da garantia do devido processo legal foram forjados para um processo individualista e, assim, não podem ser aplicados literalmente ao instrumento coletivo. Além disso, no processo coletivo não existe ‘participação no processo’, mas existe ‘participação pelo processo’.” VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 114.

¹¹⁶⁵ “O princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do *devido processo legal*, expressão oriunda da inglesa *due process of law*.

ou coletivo, na medida em que dele decorre a ideia segundo a qual todo e qualquer ato de império que se conceba, seja adotado pelo Estado não, pode ser adotado sem que o súdito envolvido (direta ou indiretamente) tenha a oportunidade de se submeter a um processo justo, previsível, estruturado sob bases objetivas e julgado por um juiz imparcial, tendo-lhe sido assegurada a oportunidade de efetivamente influir na decisão (participação).

O sistema jurídico processual assim se estrutura porque a condição de parte impõe ao sujeito processual diversos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais cujo exercício provocará impactos diretamente em sua própria esfera de interesses jurídicos (materiais e processuais). É natural que um determinado sujeito assuma a defesa vigorosa de seus próprios interesses porque dessa defesa advirão todos os resultados da tutela jurisdicional, dos quais não poderá posteriormente se furtar, o que também inclui a própria vinculação subjetiva à coisa julgada.

Na realidade, quando se cuida de tutela jurisdicional individual, estruturada sob legitimação ordinária (na qual a tutela do direito subjetivo incumbe ao seu próprio titular), representação e participação acabam por se fundirem numa mesma

perspectiva, embora não se trate, exatamente, do mesmo conceito. Não é o que ocorre em se tratando de tutela coletiva.

Como visto, toda a tutela jurisdicional coletiva erige-se sobre a ideia de que o interesse coletivo necessita ser veiculado em juízo por meio da atuação de um representante, simplesmente porque não se mostra possível (material e processualmente) que todos os titulares (ou potenciais titulares) participem diretamente do processo.

Não se faz possível tal participação, sob o ponto de vista material, porque a indivisibilidade do interesse jurídico opera no sentido de não admitir a apropriação de um dado direito por um, ou mesmo por alguns de seus potenciais titulares, isoladamente. A indivisibilidade torna individualmente inaproveitável o interesse, de tal sorte que a sua tutela jurisdicional só possa ser eficazmente realizada pela via coletiva.

Daí por que os mecanismos processuais fundados em legitimação ordinária não podem ser singelamente transportados à tutela dos interesses transindividuais, inclusive porque se torna impossível de ser aplicada uma plêiade de instrumentos processuais inerentes ao caráter dispositivo da tutela individual, tais como a possibilidade de

A Constituição Federal brasileira de 1988 fala expressamente que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*’ (CF 5º, LIV). Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências

processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 79.

desistência da ação, a possibilidade ampla e irrestrita de autocomposição, a possibilidade de renúncia a determinados direitos e posições processuais e a própria eficácia subjetiva da coisa julgada.

A exemplo do que se dá em relação a maior parte dos conceitos lógico-jurídicos processuais, a legitimidade para agir foi concebida a partir da perspectiva do direito processual de índole individual. Por isso, aferição da legitimidade, quando se trata de tutela individual, não depende do comportamento da parte, e sim, configura um atributo do próprio conceito de parte processual.

Trata-se de uma qualidade intrínseca ao *ser* do sujeito processual em uma dada situação conflituosa. Uma vez reputado legítimo, o sujeito processual parcial não perde tal qualidade em razão de suas próprias ações e omissões endoprocessuais, mas apenas em razão das hipóteses de sucessão e substituição processuais previstas em lei¹¹⁶⁶. A legitimidade, no entanto, só pode ser aferida diante do caso concreto, justamente por se tratar de uma qualidade imanente à problematização. Não há, portanto, legitimidade *in abstracto*, em se tratando de tutela jurisdicional individual.

Em outras palavras, um determinado sujeito pode ser parte legítima para deduzir uma dada

pretensão em face de um dado réu, e não ostentar a mesma legitimidade para se deduzir uma outra pretensão, fundada em outros elementos de fato e de Direito, em face do mesmo demandado. É precisamente por isso que é possível afirmar-se que todo sujeito de direitos possui capacidade de ser parte, embora não seja possível afirmar-se que todo sujeito de direitos possua legitimidade para agir¹¹⁶⁷. Não se trata de um conceito absoluto, presente em qualquer hipótese fática, mas sim relacional, ou seja, verificável para um contexto específico.

Por outro lado, considerando que a representação pressupõe a ausência de participação direta, aplicando-se particularmente à tutela coletiva, não é possível afirmar-se – ao menos do mesmo modo – que a legitimidade, em sede de tutela coletiva, também se configure uma qualidade intrínseca ao sujeito, independentemente de seu comportamento endoprocessual.

Especialmente para a tutela coletiva, a representatividade deve ser entendida como um elemento da própria legitimidade, cuja aferição também deve ser efetuada diante do caso concreto, porém, a partir de determinados critérios que denotem o vigor com que a defesa dos interesses jurídicos atribuídos ao *representante* é realizada¹¹⁶⁸. Não é possível cogitar-se em representação quando ausente a

¹¹⁶⁶ No CPC/2015 as hipóteses genéricas de substituição processual estão previstas no art. 18, ao passo que as hipóteses de sucessão processual estão previstas no art. 108 a 110.

¹¹⁶⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2018, p. 198.

¹¹⁶⁸ “[...] a definição que parece mais acertada é aquela segundo a qual a representatividade adequada é uma qualidade apresentada pelo

própria legitimidade. Daí por que agregar-se ao conceito de *representatividade* o qualificativo *adequada*.

2. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

Como já mencionado, legitimidade e representatividade adequada são conceitos distintos, conquanto umbilicalmente relacionados. A doutrina majoritária compreende que a representatividade adequada, em termos de tutela jurisdicional coletiva, integra o próprio conceito de legitimidade *ad causam*, funcionando como verdadeira *condição de existência*, ou seja, ausente a representatividade adequada, ausente também a própria legitimidade¹¹⁶⁹.

Na realidade, diante das características em que se desenvolvem os processos representativos, sobretudo no que se refere à vinculatividade das decisões também aos ausentes da

relação jurídica processual, fica evidente que a representatividade adequada se impõe como verdadeira garantia inerente à cláusula *due process of law*. De modo que não é possível cogitar-se em legitimidade sem que a parte tenha sido considerada um representante adequado dos interesses da coletividade, e isso toca tanto às qualidades intrínsecas do sujeito processual, quanto à sua específica atuação no processo.

Mesmo considerando que, no caso brasileiro, a legitimidade para as ações coletivas é dada em caráter concorrente e disjuntivo¹¹⁷⁰, o que significa que mais de um ente (público ou privado) estará simultaneamente legitimado a propor e conduzir a ação coletiva, todos devem ser considerados representantes adequados para que possam ostentar tal condição no processo.

Determinar os contornos da representatividade adequada torna-se, portanto, um item central, já que se trata de um requisito (pressuposto

representante que atuará em nome da sociedade ou do grupo na defesa de interesses de ordem coletiva, qualidade essa identificada como a possibilidade da defesa eficiente e tenaz dos interesses envolvidos, seja no âmbito social, administrativo ou judicial". FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. 2010. 189 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 50.

¹¹⁶⁹ "Técnicamente, a representatividade é uma condição da ação coletiva. A representatividade adequada é um atributo da legitimidade. Por esse motivo, a avaliação da representatividade do legitimado coletivo não pode ser realizada

dissociada da legitimidade. A decorrência natural do entendimento acima é que, se o juiz entender que o autor coletivo não representará adequadamente a coletividade, o processo deverá ser extinto por falta de uma das condições da ação, que é a legitimidade. Representatividade adequada e legitimidade são faces de uma mesma moeda." FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 113.

¹¹⁷⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 186.

processual) de admissibilidade da ação coletiva¹¹⁷¹. Em última análise, só se poderá cogitar em coisa julgada material coletiva quando presente a representatividade adequada.

Essa premissa traz consequências importantes para o atual estado de coisas em termos de tutela jurisdicional coletiva porque, nada obstante os precedentes vinculantes não sejam aptos à formação de coisa julgada coletiva, a teor do que dispõe o art. 103 do CDC, o grau de vinculatividade a eles atribuído, associado, sobretudo, à rigidez dos mecanismos de superação (overruling) faz com que, em termos práticos, poucas diferenças sejam efetivamente sentidas entre coisa julgada coletiva e precedentes vinculantes no que diz respeito aos resultados do processo, nada obstante muitas diferenças possam ser apontadas no que diz respeito às garantias fundamentais do processo.

Em outras palavras, considerando que também os precedentes vinculantes são espécie do gênero *tutela jurisdicional coletiva*, resta evidente que também no contexto da formação e superação de precedentes vinculantes se faz necessária a representatividade adequada¹¹⁷².

No caso brasileiro, como visto, optou-se por um esquema legal de definição da legitimidade para as ações coletivas, dotando-se determinados

entes, públicos e privados, da prerrogativa de exercer a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais, independentemente de sua categorização (interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos). Consequentemente, estes entes previamente legitimados são também reputados representantes adequados, por força de uma presunção legal, circunstância que tornaria até mesmo despicienda qualquer iniciativa no sentido de se estabelecerem critérios para o controle *in concreto* da representatividade adequada.

Faz-se, no entanto, importante aprofundar a análise dessa relação existente entre legitimidade e representatividade adequada, tendo em vista que a adoção de mecanismos de atribuição de eficácia geral e vinculante aos precedentes judiciais ampliou o espectro de atuação concreta da jurisdição coletiva, não mais centralizada apenas e tão somente nas ações coletivas típicas e nos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade.

A questão que se coloca é determinar se a representatividade adequada, dentro do contexto normativo da tutela jurisdicional coletiva, deve ser compreendida como uma qualidade intrínseca do *ser* ou do

¹¹⁷¹ AZEVEDO, Júlio Camargo de. Representatividade adequada: pressuposto processual específico das ações coletivas brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. n. 10, p. 258-274, jun-dez 2012.

¹¹⁷² CHAVES, Guilherme Veiga; TESOLIN, Fabiano da Rosa. A necessidade de controle judicial da representação adequada no IRDR. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 325, p. 263-280, mar 2022.

agir do representante¹¹⁷³. Ou seja, e levando-se em consideração especialmente a realidade normativa brasileira, se a representatividade adequada é uma característica intrínseca e inerente à parte ou ao seu comportamento efetivamente adotado no contexto da tutela coletiva, endoprocessualmente e também extraprocessualmente¹¹⁷⁴. Além disso, como esse verdadeiro pressuposto de admissibilidade da ação coletiva dialoga com os provimentos jurisdicionais de eficácia vinculante oriundos de ações individuais.

Com efeito, a ampliação do microssistema de tutela coletiva dada a partir da absorção do microssistema de precedentes vinculantes trazido pelo CPC/2015, em termos práticos, cuidou de atribuir ao resultado de determinadas demandas (individuais, inclusive) o mesmo efeito geral, abstrato e vinculativo presente na coisa julgada coletiva, com o agravante de não se ter preservado a preocupação de resguardar os interesses da coletividade

pelo sistema *secundum eventum litis*¹¹⁷⁵ que inspira a coisa julgada coletiva brasileira.

Não houve, entretanto, qualquer preocupação por parte do legislador em se conferir o mesmo grau de garantia aos ausentes, notadamente no que diz respeito à representatividade adequada, quando o resultado do processo dotado de eficácia vinculante adviesse não de uma ação coletiva, mas de uma ação individual, julgada sob o regime dos casos repetitivos e apta, portanto, à formação de um precedente vinculante que, por suas características, poderá beneficiar, ou não, os interesses da coletividade.

Mesmo tendo-se previsto a participação do Ministério Público, inclusive na condição de fiscal da ordem jurídica e também tendo-se facultada a participação de *amici curiae*, o fato é que, inclusive por força do princípio da *perpetuatio legitimationis*, a admissão da causa a título de julgamento de casos repetitivos não repercute nos aspectos subjetivos da ação, conquanto seus

¹¹⁷³ JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. O recurso especial representativo de controvérsia como solução para a falta de controle da representatividade adequada do advogado, constituído para atuar no incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 287, p. 307-332, jan 2019.

¹¹⁷⁴ “Convém perguntar, portanto, qual o efetivo sentido dessa representação. Nessa linha, retorna-se à própria compreensão da natureza da atividade processual. Uma das primeiras características do processo é que se trata de uma atividade participativa. Nele atuam não só o juiz, mas também as partes, além de terceiros, interessados ou não no resultado da contenda, como serventuários, peritos, testemunhas e

intervenientes. Tanto por isso, definiu-se a natureza do processo como um *procedimento em contraditório*, aspecto que, na linha de Fazzallari, conduz a sua condição de “autêntico instrumento de vida democrática. (...) No processo coletivo, impõe-se questionar de que maneira se pode fortalecer a efetiva possibilidade de que aqueles atingidos pelo alcance de uma decisão judicial tenham respeitado esse direito de participação, mediante a consideração de suas percepções argumentativas quando do julgamento da causa que lhes afeta”. SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 208, p. 125-146, jun 2012.

¹¹⁷⁵ CDC, art. 103.

resultados alcancem, inegavelmente, ausentes da relação jurídica processual.

Isso significa, em síntese, que a relação entre legitimidade e representatividade adequada, conquanto seja bastante presente no sistema das ações coletivas, não se faz igualmente verificável no microssistema de precedentes vinculantes trazido pelo CPC/2015.

Ou seja, a circunstância de se ter adotado, no Brasil, um esquema legal de determinação da legitimidade para a propositura e condução da ação coletiva não significa que não se acolheu a representatividade adequada como um fundamento da própria tutela coletiva. Ao contrário, indica que o modelo brasileiro de tutela coletiva optou pela definição legal também para que se reputassem representantes adequados, por força de lei, todos aqueles legitimados indicados no art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP. O mesmo modelo, a propósito, já era utilizado no ordenamento jurídico brasileiro para a definição do rol de legitimados à propositura das ações de controle abstrato de constitucionalidade (CF, art. 103), ou seja, também se elegendo determinados órgãos, de natureza pública e privada, reputados representantes adequados para aquela finalidade jurisdicional específica.

É bem verdade que o microssistema de tutela coletiva brasileiro confere legitimidade a órgãos públicos e privados por força de lei, reputando-os, *prima facie*,

representantes adequados. Entretanto, o microssistema de tutela coletiva não mais comporta leitura exclusivamente a partir da interação existente entre a LACP e o CDC, incorporando, também, o próprio CPC/2015 em sua sistemática, notadamente no que diz respeito ao microssistema de julgamento de casos repetitivos.

Daí por que a representatividade adequada não mais se encerra na presunção jurídica segundo a qual aqueles entes elencados no art. 82 do CDC e no art. 5º da LACP, e apenas eles, estarão dotados de representatividade adequada para a ação coletiva, e também para os processos representativos originariamente não-coletivos. É indispensável, portanto, que também para os processos aptos à formação de precedentes vinculantes se adotem mecanismos de atribuição e controle, legal ou judicial, da representatividade adequada, sob pena de grave violação ao contraditório e, sem síntese, ao devido processo legal.

Nesse sentido, Eduardo de Avelar Lamy e Sofia Orbeg Temer destacam que a coexistência de dois modelos paralelos de tutela coletiva – ações coletivas e precedentes vinculantes – impõe uma nova leitura a respeito da representatividade adequada, porque no tocante aos precedentes vinculantes, a escolha da causa-piloto ou do processo modelo deve estar submetida a efetiva representação dos ausentes, inclusive por meio de mecanismos que facultem o ingresso de terceiros¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁶ “Ambas as modalidades revolucionaram o instituto da legitimidade para a causa, de modo

que passou a ser adotada nas ações coletivas a substituição processual e nos incidentes a

Independentemente do modelo jurídico adotado, a representatividade adequada exsurge como característica fundamental a ser verificada no contexto da própria tutela dos interesses metaindividuais, isto é, a atuação (ativa e passiva, a título processual e extraprocessual) do *ideal plaintiff* deve, necessariamente, estar de acordo com os interesses de todo o grupo, caso contrário, restará inexistente a representação e, via de consequência, a própria legitimidade do autor coletivo.

Pela mesma ordem de razões, o mesmo regime deve também ser aplicado à atuação das partes quando a demanda (sobretudo quando se tratar de ação individual) passe a ser submetida ao regime de julgamento de casos repetitivos, apto à formação de precedente vinculante.

Isso significa, em outras palavras, que a representatividade adequada deve, sempre, ser compreendida como um pressuposto de admissibilidade para o processo coletivo genericamente considerado, o que significa afirmar que

escolha de algum ou alguns processos-piloto capazes, em tese, de desenhar corretamente a controvérsia. Em realidade, ambos os mecanismos criam uma ficção representativa que visa reproduzir em juízo as características de todos os jurisdicionados com os mesmos direitos materiais, devendo criar um fiel modelo da situação litigiosa. Constatou-se, contudo, que apesar desta nova concepção de legitimidade ativa apresentar uma série de benefícios no que se refere à possibilidade de tutelar, em um só procedimento, milhares de demandas, com redução de custos e tempo de tramitação, poderia haver grave violação ao direito fundamental do contraditório e, portanto, do devido processo legal, se a atuação do escolhido não fosse realizada de forma

deverá estar presente também naquelas hipóteses em que, por força do microsistema de julgamento de casos repetitivos, uma ação originariamente individual possa ensejar precedentes de força vinculante.

3. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA ENQUANTO MODELO DE GARANTIA PROCESSUAL

A estruturação dos processos representativos em torno da participação de um sujeito processual parcial, ao qual se atribui poderes de representação de interesses jurídicos titularizados (ou titularizáveis) por ausentes, muito mais do que um critério de aferição de legitimidade, é também um mecanismo indispensável para a higidez do processo, e de seus resultados, inclusive aqueles obtidos por vias consensuais.

Numa síntese, sem que se assegure adequada representação para a defesa dos interesses metaindividuais, qualquer que seja o modelo de tutela

adequada. Elencar simplesmente em lei os entes legitimados para propor ações coletivas, presumindo-se que haveria uma adequada representação, demonstra-se insuficiente. Do mesmo modo, a inexistência de critérios objetivos e concretos para escolha dos processos e recursos representativos da controvérsia evidencia-se temerária, consistindo em verdadeira limitação e ameaça à consagração da tutela coletiva como a via principal para defesa dos litígios de massa.” LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orbeg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 206, p. 167-190, abr 2012.

jurisdicional coletiva de que se cuide – via ações coletivas ou precedentes vinculantes –, não se pode atribuir a qualquer solução, imposta ou negociada, o necessário e desejável grau de segurança jurídica. Isso porque não é possível garantir que todos os interesses transindividuais foram eficazmente defendidos. A adequada representatividade, portanto, é do interesse não apenas dos ausentes, mas também do próprio demandado, visto que a segurança de seu eventual êxito na demanda coletiva depende da idoneidade da representação obtida no processo¹¹⁷⁷.

A representatividade adequada impõe que os fatos litigiosos sejam suficientemente trazidos ao cerne da demanda coletiva, pela via adequada e mediante pretensões corretamente deduzidas, e essa imposição significa que o processo coletivo, ao menos em tese, estará apto a produzir resultados concretos e apropriáveis por todos os interessados (ausentes).

A garantia de que se cuida é voltada ao processo, e não propriamente aos interesses de qualquer das partes, justamente porque a representatividade adequada atua no sentido de evitar a sub-representação dos ausentes, o que em termos de tutela coletiva significa que ao menos uma parcela dos interesses metaindividuais não estaria sendo deduzida em juízo, ou estaria sendo deduzida apenas em aspecto formal, sem a necessária tenacidade.

Havendo a garantia de representatividade adequada, por outro lado, é possível conferir ao processo o grau de segurança necessário para que seus resultados sejam não apenas efetivos, mas definitivos. Inclusive os resultados obtidos consensualmente.

Por outro lado, embora, num primeiro momento, se possa vislumbrar que a representatividade adequada se faz necessária para fins de preservação apenas dos interesses metaindividuais, já que a parte *individual* (que em geral ocupa o polo passivo da ação) atua mediante participação direta, numa análise mais detida fica evidente que se trata de uma garantia voltada a ambas as partes, e sobretudo, aos ausentes. Isso significa que, especialmente num modelo cooperativo de Processo Civil, incumbe a todos os sujeitos processuais velar pela higidez desse requisito.

Para a parte demandada, o êxito eventualmente obtido no processo não pode advir de uma representação deficiente, porque tal situação exporia permanentemente a própria parte vencedora ao risco de vir a ser novamente demandada pelos mesmos fatos e fundamentos já deduzidos.

A mesma ressalva pode ser colocada para fins de soluções consensuais, na medida em que a ausência de representatividade adequada – inclusive porque tal circunstância também macula a legitimidade da parte – compromete a validade de acordos. Sem que se garanta

¹¹⁷⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de

adequação constitucional de seus efeitos. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 227, p. 209-226, jan 2014.

a representatividade adequada daquele que veicula um interesse metaindividual em litígio que assume natureza coletiva, não se faz possível a celebração de acordos que envolvam transações e mútuas concessões.

O microssistema de ações coletivas brasileiro dispõe de um modelo legal de determinação da legitimidade ativa para a defesa dos interesses transindividuais, conferindo a entidades públicas e privadas, legalmente reputadas representantes adequados, a legitimidade para as ações coletivas. Por sua vez, o microssistema de precedentes vinculantes não cuida dessa temática, tendo em vista que a formação dos precedentes vinculantes deriva de ações (ou de incidentes processuais) já instauradas, a título individual ou coletivo.

Se, no âmbito das ações coletivas, existe intenso cuidado com a legitimidade do autor coletivo, o que também significa intenso cuidado com sua capacidade de adequadamente representar os interesses da coletividade em juízo, de modo a evitar-se a produção de resultados definitivos em desabono aos interesses de grupo, classe ou categoria, no âmbito dos precedentes vinculantes, tal

preocupação se mostra (ao menos por ora) inexistente.

Ainda que se lancem mão de instrumentos que estimulem maior participação com a finalidade de propiciar um incremento ao contraditório, ou mesmo que se empreguem a intervenção do Ministério Público e da Defensoria Pública, impõe-se reconhecer que a normatividade que se pretendeu atribuir ao precedente vinculante faz com que a sua vinculatividade não encontre qualquer limitação¹¹⁷⁸.

Tome-se, por amostragem, o acórdão proferido no Recurso Especial Nº 1.740.911/DF, cuja decisão transitou em julgado em 13 de setembro de 2019.

RECURSO ESPECIAL
REPETITIVO. ACÓRDÃO
RECORRIDO PROFERIDO EM
JULGAMENTO DE IRDR.
PROMESSA DE COMPRA E
VENDA DE UNIDADE
IMOBILIÁRIA. RESOLUÇÃO
IMOTIVADA PELO PROMITENTE
COMPRADOR. DEVOLUÇÃO
DE VALORES PAGOS.
CLÁUSULA CONTRATUAL.
PEDIDO DE ALTERAÇÃO.
SENTENÇA CONSTITUTIVA.
TERMO INICIAL DOS JUROS DE

¹¹⁷⁸ “Existe considerável crítica na doutrina a esse modo de formação de precedentes à brasileira. De fato, não há a devida preocupação com os debates e com os fundamentos que estão na base do caso que gerou o precedente; vinculam porque são atos de autoridade; vinculam por uma formalidade e não pelo seu conteúdo. Nisso sobretudo reside a preocupação de cotejar os casos futuros com o precedente. A legitimidade de qualquer decisão,

e portanto também de um precedente, está centrada na efetiva participação dos interessados – muito embora só isso não seja suficiente –, na dimensão da qualidade do julgamento. Eis o papel do contraditório nesse contexto. ZUFELATO, Camilo. **Contraditório e vedação às decisões surpresa no processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 245.

MORA. TRÂNSITO EM JULGADO.

1. Para os fins dos arts. 927 e 1.036 a 1.041 do CPC, fixa-se a seguinte tese: - Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei n. 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão.

2. Recurso especial provido. (REsp 1740911/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/08/2019, DJe 22/08/2019)

Nesse caso, a ação originária visava a rescisão de compromisso de compra e venda e devolução de parcelas pagas, acrescida de correção e juros moratórios. A ação foi julgada parcialmente procedente, sobrevivendo recursos de apelação interpostos apenas pelas requeridas (fornecedoras). Houve instauração de IRDR, suscitado por uma das rés, cuja decisão foi impugnada por Recurso Especial, manejado por uma das demandadas, sem que o consumidor, que figurou no polo ativo da ação, sequer tivesse apresentado contrarrazões ao recurso.

Admitido como representativo da controvérsia, o Recurso Especial foi afetado ao regime dos recursos repetitivos, ensejando também o

ingresso da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) como *amicus curiae*. Consta, ainda, que o julgamento contou com sustentações orais realizadas pela recorrente e pelo *amicus curiae*. O RESP, ao final, foi provido, por maioria de votos.

O fator relevante do julgamento não é propriamente o seu resultado, mas o modo como se chegou a ele, na medida em que é possível verificar que, a partir da fase recursal (desde a instauração de IRDR em fase de apelação) houve um verdadeiro abandono da causa por parte do consumidor, autor da ação originária. Consequentemente, os interesses jurídicos por ele veiculados restaram deixados à própria sorte.

A natureza consumerista da questão jurídica submetida à resolução por meio de precedente vinculante revela que há uma coletividade indeterminada de titulares de pretensões homogêneas que tiveram, ou terão, seus respectivos interesses afetados pelo precedente, sem a possibilidade de exercer qualquer ordem de influência na sua formação.

Por outro lado, o acórdão proferido no Recurso Especial Nº 1.708.104/SP, cuja decisão transitou em julgado em 14 de março de 2019, denota situação bastante distinta, ao menos em termos de participação.

RECURSO ESPECIAL
REPETITIVO. CIVIL. PLANO DE
SAÚDE COLETIVO
EMPRESARIAL. EX-
EMPREGADO APOSENTADO
OU DEMITIDO SEM JUSTA
CAUSA. ASSISTÊNCIA MÉDICA.

MANUTENÇÃO. ARTS. 30 E 31
DA LEI Nº 9.656/1998.
REQUISITOS NÃO
PREENCHIDOS.
CONTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA
DO EMPREGADOR. VIGÊNCIA
DO CONTRATO DE TRABALHO.
COPARTICIPAÇÃO DO
USUÁRIO. IRRELEVÂNCIA.
FATOR DE MODERAÇÃO.
SALÁRIO INDIRETO.
DESCARACTERIZAÇÃO.

1. Tese para os fins do art. 1.040
do CPC/2015: Nos planos de
saúde coletivos custeados
exclusivamente pelo
empregador não há direito de
permanência do ex-empregado
aposentado ou demitido sem
justa causa como beneficiário,
salvo disposição contrária
expressa prevista em contrato
ou em acordo/convenção
coletiva de trabalho, não
caracterizando contribuição o
pagamento apenas de
coparticipação, tampouco se
enquadrando como salário
indireto.

2. No caso concreto, recurso
especial provido.

(REsp 1708104/SP, Rel. Ministro
RICARDO VILLAS BÔAS
CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO,
julgado em 22/08/2018, DJe
24/08/2018)

Nesse caso, o acórdão relata que
a ação originária tinha por objeto o
cumprimento forçado de obrigação de
fazer, consistente na manutenção da
autora na condição de beneficiária de

plano privado de assistência à saúde
mantido por sua ex-empregadora. A
demanda foi inicialmente julgada
improcedente, tendo o TJ/SP reformado
a decisão em julgamento de apelação
interposta pela consumidora, o que
ensejou a interposição de RESP pela
operadora. O recurso foi admitido na
origem e afetado ao regime de casos
repetitivos.

Já em tramitação sob tal regime
procedimental, admitiu-se o ingresso,
como *amici curiae*, dos seguintes entes
e órgãos: Defensoria Pública da União
(DPU), Agência Nacional de Saúde
Suplementar (ANS), Federação Nacional
de Saúde Suplementar (FENASAÚDE),
Instituto de Estudos de Saúde
Suplementar (IESS), Confederação
Nacional das Cooperativas Médicas
(UNIMED DO BRASIL), Instituto
Brasileiro de Defesa do Consumidor
(IDEC) e Instituto Brasileiro de Política e
Direito do Consumidor (BRASILCON).

Partindo-se da premissa de que a
ANS, enquanto reguladora do setor de
saúde privada no Brasil, tenha figurado
no processo em posição equidistante
entre as partes, o cotejo dos interesses
institucionais representados por cada
um dos *amici curiae* admitidos no
processo denota o antagonismo entre o
consumidor, ao qual se associaram três
amici curiae e o fornecedor, ao qual se
associaram outros três. As sustentações
orais realizadas também apresentaram
isonomia entre as partes, tendo
recorrente e recorrida se utilizado de tal
expediente processual. O RESP foi
provido, por unanimidade.

Diferentemente do ocorrido no
primeiro exemplo, o acórdão que

originou o segundo precedente vinculante foi produzido mediante participação ativa das partes e também de terceiros, além do Ministério Público que atuou, em ambos os casos, como fiscal da ordem jurídica.

Não há, no entanto, absolutamente nenhuma distinção, em termos de eficácia normativa, entre os dois exemplos de precedentes vinculantes, nada obstante se verifique que, na primeira hipótese, o precedente tenha resultado de uma atuação deficiente da parte que *representava* os interesses titularizados pelos consumidores.

Ou seja, conquanto o propósito confesso dos precedentes vinculantes seja criar uma interpretação prévia e uniformizada a propósito do Direito (material ou processual) – ainda que para interpretar fosse inescapável o confronto com a problematização fática inerente ao caso concreto – os precedentes vinculantes têm sido formados pelo Poder Judiciário sem efetiva participação dos destinatários de tais modalidades normativas.

É bem verdade que o microssistema de precedentes vinculantes, inclusive porque especificamente estruturado para o desempenho de atividades de conotação mais legislativa do que jurisdicional, não admite a celebração de acordos¹¹⁷⁹, tendo em vista que a composição, mesmo entabulada no bojo do caso do qual deriva o incidente para a formação do precedente vinculante, não obsta o julgamento da tese jurídica, com vistas à formação do precedente¹¹⁸⁰.

4. MECANISMOS DE CONTROLE DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA

A tenacidade, ou o vigor da defesa, é o traço determinante para que se reputa *adequada* uma dada representação judicial de interesses jurídicos, e também o principal ponto de distinção entre os diferentes sistemas de aferição da própria legitimidade para agir em sede de tutela coletiva¹¹⁸¹. Enquanto, no sistema o brasileiro, presume-se adequada a representação realizada por sujeitos predeterminados,

¹¹⁷⁹ CPC, art. 976, § 1º; CPC, art. 998, parágrafo único.

¹¹⁸⁰ PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Teoria geral dos casos repetitivos*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 211.

¹¹⁸¹ “[...] o requisito da representatividade adequada foi formulado pelo direito norte-americano em um contexto muito diferente do que é aplicado nos países de *civil law*. Naquele país, em primeiro lugar, o representante é, em regra, um dos membros da classe e, por essa razão, será atingido pela decisão, tanto quanto os ausentes. Essa, como se sabe, não é a realidade brasileira, em que o processo é

conduzido por entes intermediários. Há, ainda, no direito estadunidense, um forte controle da admissibilidade da ação coletiva (*class certification*) e da qualidade da representação, inexistente no sistema nacional, eis que a maioria dos autores brasileiros entende que a legitimidade do representante decorre da lei e não de um exame judicial casuístico e, mesmo que os juízes decidissem fazê-lo, ele seria realizado, atualmente, sem parâmetros legais.” VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 116-117.

eleitos pela lei a exercerem esse papel na tutela dos interesses transindividuais, outros sistemas (como o anglo-americano) relegam ao juiz, no caso concreto, o exercício do controle dessa adequação ¹¹⁸². Trata-se, em suma, da definição *ope legis* (realizado em função da lei) ou *ope iudicis* (realizado em função do caso concreto) da representatividade adequada.

A representatividade adequada, no âmbito das ações coletivas, não foi pensada enquanto um mecanismo de permanente controle do comportamento processual do representante do grupo, mas como um atributo da legitimidade ativa conferida por lei a determinados órgãos públicos e privados. Tanto assim é que da verificação da representatividade adequada depende a própria validade do processo, e de seus resultados, inclusive aqueles obtidos consensualmente.

No sistema norte-americano, atrelado ao *common law*, a legitimação para a dedução de uma pretensão coletiva não é exclusiva de determinados entes legalmente definidos, de modo que qualquer cidadão assume a potencial condição de um autor coletivo. Para tanto, o sistema processual americano prevê

uma fase procedimental destinada especificamente à certificação da ação coletiva, com o objetivo de submeter a escrutínio a atuação do representante, em todos os seus matizes. Verificada a incapacidade para a condução da ação coletiva, a certificação é denegada e o processo coletivo não é levado a cabo.

Por outro lado, confirmada a adequação da representatividade, podem-se extrair do processo todos os efeitos dele esperados, seja no tocante à coisa julgada, seja no tocante à validade dos acordos eventualmente firmados.

No caso brasileiro, a opção do legislador foi a prévia escolha de entes públicos e privados a quem se incumbiu a missão de figurar como representantes adequados das pretensões coletivas. Trata-se, portanto, de uma presunção de representatividade adequada atribuída ao autor coletivo, mesmo porque tal atributo é conferido abstratamente pela lei.

O Brasil fez a opção pela determinação da legitimidade *ad causam* para as ações coletivas a partir de um modelo fundado na presunção de que os entes eleitos pelo ordenamento jurídico a desempenharem esse papel seriam, *per se*, representantes adequados ¹¹⁸³. Como se sabe, o microsistema de tutela coletiva

¹¹⁸² ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? um estudo de direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume IV, n. 4, p. 171-198, jul-dez 2009, p. 179.

¹¹⁸³ “Tendo em vista outros ordenamentos jurídicos em que há a aferição da representatividade adequada pelo juiz, há manifestações doutrinárias no sentido de que

seria mais eficaz e consentâneo com os objetivos da coletivização do processo prever mecanismos para aferir-se a adequada representatividade, de modo que se incentivaria a tutela conjunta, conferindo-lhe maior aplicabilidade. Contudo, muito embora nosso sistema jurídico vigente de processos coletivos não tenha adotado a representatividade adequada *ope iudicis* nos termos da *class action*

brasileiro prevê um rol taxativo de entes – em sua maioria composto por entes públicos – aos quais se atribui a possibilidade de veicularem ações coletivas.

Ao se conferir à lei a tarefa de reputar adequada a representação de interesses realizada por uma gama de sujeitos judiciais predeterminados, em sua grande maioria composta por entes públicos ou ligados à Administração direta e indireta, cria-se uma verdadeira presunção de adequação da representatividade quando realizada por aqueles sujeitos, independentemente da sindicabilidade de sua atuação judicial no caso concreto.

A justificativa para que, em sede de tutela coletiva existam mecanismos – ainda que pautados exclusivamente em presunções – de controle da qualidade da representação se deve, fundamentalmente, à circunstância de

que no processo coletivo o titular do interesse jurídico veiculado na ação não pode se fazer presente na relação jurídica processual, o que significa que o processo se desenvolve, sempre, na sua ausência. Por outro lado, os resultados do processo devem necessariamente vincular o ausente.

Por isso a necessidade de adequada representação, para que os interesses jurídicos titularizados pelos ausentes se façam submetidos ao Poder Judiciário mediante devido processo.

A adequação da representatividade, no caso brasileiro, exsurge como uma característica inerente ao próprio representante, ao menos no que se refere ao microsistema de ações coletivas, já que, como visto, no microsistema de precedentes vinculantes não se confere igual relevância aos sujeitos processuais do qual se extrairá um precedente¹¹⁸⁴.

norte-americana, a existência de requisitos legais para o ajuizamento de demandas coletivas por associações – quais sejam: (i) tempo mínimo de um ano de pré-constituição e (ii) finalidade institucional compatível com o interesse defendido em juízo (pertinência temática) – denotam que nosso sistema jurídico possui, sim, o instrumento da representatividade, mas na forma *ope legis*, cuja finalidade também é conferir limites à atuação de associações em defesa de direitos metaindividuais.” NERY JUNIOR, Nelson. Requisitos legais para associação adquirir legitimidade ativa *ad causam* para propositura da ação coletiva. In: *Soluções práticas de Direito*, vol. 5, p. 659-735, set 2014.

¹¹⁸⁴ “Constatou-se, contudo, que apesar desta nova concepção de legitimidade ativa apresentar uma série de benefícios no que se refere à possibilidade de tutelar, em um só procedimento, milhares de demandas, com

redução de custos e tempo de tramitação, poderia haver grave violação ao direito fundamental do contraditório e, portanto, do devido processo legal, se a atuação do escolhido não fosse realizada de forma adequada. Elencar simplesmente em lei os entes legitimados para propor ações coletivas, presumindo-se que haveria uma adequada representação, demonstra-se insuficiente. Do mesmo modo, a inexistência de critérios objetivos e concretos para escolha dos processos e recursos representativos da controvérsia evidencia-se temerária, consistindo em verdadeira limitação e ameaça à consagração da tutela coletiva como a via principal para defesa dos litígios de massa. Apesar da louvável tendência constitucional e infraconstitucional de adoção da tutela coletiva, verifica-se que não houve, a nosso ver, construção pertinente do sistema no que se refere à questão ora abordada. Dizemos isso porque o legislador adotou diversas técnicas que

Com a ampliação do microssistema de tutela coletiva, sobretudo a partir da interação com os dispositivos do CPC/2015 que cuidam da atribuição de eficácia vinculante a determinados provimentos jurisdicionais, além de outros diplomas que buscam igual maximização da eficácia (subjéctiva e objectiva) das decisões, houve um incremento do próprio microssistema de tutela coletiva quanto ao seu objecto, sem que esse incremento também ecoasse especificamente na representatividade adequada, seja no que tange aos limites do próprio rol de legitimados colectivos, seja no que tange aos mecanismos de controle dessa adequação.

Como resultado, observa-se que no actual quadro normativo, demandas envolvendo sujeitos não enquadráveis, pela lei, como representantes adequados podem dar origem a provimentos de eficácia geral e abstracta, com força vinculante, atingindo demandas presentes e futuras,

individuais e colectivas, e sem qualquer condicionamento quanto ao resultado do processo, tal como ocorre na coisa julgada *secundum eventum litis* própria da tutela colectiva, a teor do que dispõe o art. 103 do CDC.

Há, portanto, um risco efectivo de sub-representação de ausentes, na medida em que a propaganda aproximação entre *common law* e *civil law* que deu azo à adopção de um sistema de precedentes à *brasileira* não cuidou de conferir mecanismos de aferição *in concreto* da representatividade adequada para aqueles casos que, embora não tenham sido propostos sob o regime colectivo, passam a produzir resultados colectivos.

É esse o posicionamento de Marcos de Araújo Cavalcanti, ao frisar a indispensabilidade de se aplicar, também aos precedentes vinculantes, mecanismos de controle *in concreto* de representatividade, sobretudo em favor do interesse dos ausentes¹¹⁸⁵.

limitam a abrangência e eficácia das acções colectivas para contornar os prejuízos que poderiam advir de uma má representação, quando poderia, ao contrário, prever a rígida aferição da representatividade como uma forma de incentivar a via colectiva e a promessa da celeridade, efectividade e isonomia, aumentando seu âmbito de aplicação.” LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orbeg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 206, p. 167-190, abr 2012.

¹¹⁸⁵ “Destarte, para que a decisão de mérito desfavorável proveniente do IRDR seja aplicada vinculativamente aos processos repetitivos, é preciso que o sistema processual brasileiro assegure o devido processo legal e, por consequência, o princípio do contraditório aos

litigantes abrangidos pelo incidente processual colectivo. E a única forma de garantir a observância desses princípios constitucionais é permitir o controle judicial da adequação da representatividade dos interesses do grupo. A adopção dessa técnica processual nada mais é do que um método de adaptação do princípio constitucional do contraditório ao devido processo legal social ou colectivo, conforme as lições de Mauro Cappelletti. O NCPC, ao admitir que uma decisão desfavorável tenha eficácia vinculante sobre todos os processos repetitivos, sem qualquer controle acerca da adequação da representatividade, viola o direito ao contraditório de todos os litigantes abrangidos pelo IRDR” CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no Incidente de Resolução de

Também se observa que os precedentes têm sido formados a partir de iniciativas do próprio Poder Judiciário, o que, em termos de resultados jurisdicionais, significa indisfarçável agressão a uma impressionante plêiade de princípios e garantias processuais, a começar pela própria inércia da Jurisdição.

Daí por que se faz necessária a revisitação conceitual da representatividade adequada e, mais do que isso, também se mostra necessário o desenvolvimento – e aprimoramento – de mecanismos que possam permitir o seu controle, *in concreto*, especialmente nestas hipóteses, a fim de assegurar, em última análise, a validade dos provimentos de eficácia vinculante oriundos de processos não capitaneados por entes coletivamente legitimados.

Vale lembrar, nesse sentido, que a afirmação segundo a qual o ordenamento brasileiro inadmite o controle *in concreto* da representatividade adequada leva em consideração unicamente o microssistema de ações coletivas, ao qual não se resume o microssistema de tutela jurisdicional coletiva, a partir de agora também formado pelo microssistema de precedentes vinculantes.

Por outro lado, também é necessário reconhecer que o controle da representatividade adequada, no âmbito das ações coletivas já é admitido

em relação à pertinência temática, não apenas em relação às associações, mas também em relação ao próprio Ministério Público e à Defensoria Pública.

Nesse sentido, veja-se que nada obstante tratar-se de entidades inequivocamente dotadas de legitimidade ativa para a condução do processo coletivo, admite-se condicionamentos a essa legitimidade em razão do perfil institucional atribuído a cada uma pela Constituição. Ou seja, embora a lei presuma legitimados os entes elencados no art. 5º da LACP e 82 do CDC, há a necessidade de compatibilização de tal legitimidade com o próprio objeto da pretensão coletiva, a partir do perfil institucional de cada legitimado.

Partindo-se da premissa segundo a qual o microssistema de ações coletivas brasileiro conferiu legitimidade ativa a um rol predeterminado de entidades públicas e privadas para a condução do processo legislativo, presumindo serem representantes adequados para tal mister, impõe-se a determinação da natureza de tal presunção. Nada obstante se trate de um requisito legal de fundo objetivo, tem-se que tal presunção assume conotação relativa, ou seja, admitindo demonstração que a infirme, tendo em vista que o próprio microssistema de ações coletivas emprega mecanismos de *sucessão processual* para os casos

Demandas Repetitivas. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). *Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação*

às *Decisões Judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 43.

de desistência ou abandono da ação coletiva.

Isso significa que a presunção de representatividade adequada decorrente do microssistema de ações coletivas admite prova em contrário¹¹⁸⁶, de tal modo que para os fins do microssistema de precedentes vinculantes, o mesmo mecanismo há de ser aplicado, sob pena de incorrer-se em sub-representação e, conseqüentemente, déficit de legitimidade ao próprio precedente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A representatividade de interesses de ausentes encontra-se no cerne da ideia de legitimidade democrática para toda e qualquer instância decisória que, não por acaso, constitui também o núcleo do Estado Constitucional sobre o qual o Brasil encontra-se juridicamente assentado. Não é (e não pode ser) diferente no que tange à prestação da tutela jurisdicional.

Esse é o sentido que deve ser atribuído à categoria Estado Democrático de Direito constante no *caput* do art. 1º da CF, e também o sentido que deve ser extraído da formulação segundo a qual *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio*

de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O que deve ser reafirmado à guisa de conclusão é a imprescindibilidade de efetiva e concreta participação, inclusive por imposição do princípio do contraditório, como requisito essencial de validade a qualquer decisão à qual se pretenda atribuir juridicidade. Isso significa, em termos de tutela jurisdicional coletiva e precedentes vinculantes, que também no âmbito dos processos modelos ou casos piloto que possuam a aptidão a gerar precedentes vinculantes se deverá observar mecanismos de atribuição e controle da representatividade adequada, sob pena de sub-representação de interesses metaindividuais, em evidente prejuízo aos interesses coletivos.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.
- ABBOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014.

¹¹⁸⁶ “Há, todavia, discussão acerca do controle judicial da representação adequada (adequacy of representation) como requisito de admissibilidade da ação coletiva. Predomina o entendimento de que, conquanto a previsão em lei dos requisitos, é possível a aferição ope iudicis, na medida em que a presunção da representação adequada é relativa, admitindo, portanto, produção de prova em contrário”

NISHI, Luis Fernando. *A legitimidade ativa nas ações coletivas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Grupo de pesquisa tutela jurisdicional dos direitos coletivos. Disponível em: <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-a-legitimidade-ativa.pdf>. Acesso em: 15 ago 2020.

- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16 ed. São Paulo: RT, 2013.
- AZEVEDO, Júlio Camargo de. Representatividade adequada: pressuposto processual específico das ações coletivas brasileiras. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. n. 10, p. 258-274, jun-dez 2012.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). *Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- CHAVES, Guilherme Veiga; TESOLIN, Fabiano da Rosa. A necessidade de controle judicial da representação adequada no IRDR. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 325, p. 263-280, mar 2022.
- FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. 2010. 189 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- GÓES, Maurício de Carvalho; HORTA, Denise de Oliveira. Processo coletivo do trabalho e adequada representação: a tutela de direitos coletivos dos trabalhadores pelos sindicatos. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, n. 216, p. 185-213, mar-abr 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 19-30, jul-set 1986.
- GUEDES, Cíntia Regina. A evolução da figura do *amicus curiae*, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 294, p. 297-332, ago 2019.
- JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. O recurso especial representativo de controvérsia como solução para a falta de controle da representatividade adequada do advogado, constituído para atuar no incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 287, p. 307-332, jan 2019.
- LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orbeg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 206, p. 167-190, abr 2012.
- LEMOS, Arthur Lopes; GAMA, Vitor Rodrigues. Democracia contestatória e representatividade adequada nas ações coletivas. In:

- Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*, 2017, Vitória, p. 364-377.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MACÊDO, Lucas Buril de. O controle judicial da representação adequada: notas ao tratamento legal e doutrinário e proposta de adequação constitucional de seus efeitos. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 227, p. 209-226, jan 2014.
- MARCONDES, Gustavo Viegas. *Processo coletivo: entre representatividade e vinculação*. Londrina: Thoth, 2021.
- MARCONDES, Gustavo Viegas. Para além da dicotomia entre representação ou substituição processual: análise dos impactos do julgamento do RE 573.232/SC e RE 612.043/PR para o processo coletivo brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 295, p. 331-350, set 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2018.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 187-200, jan 1991.
- NERY JUNIOR, Nelson. Requisitos legais para associação adquirir legitimidade ativa *ad causam* para propositura da ação coletiva. In: *Soluções práticas de Direito*, vol. 5, p. 659-735, set 2014.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NISHI, Luis Fernando. *A legitimidade ativa nas ações coletivas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Grupo de pesquisa tutela jurisdicional dos direitos coletivos. Disponível em: <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-a-legitimidade-ativa.pdf>. Acesso em: 15 ago 2020.
- OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971.
- OLIVEIRA, Luiz Fernando Silva. *A coletivização das demandas individuais e a atuação dos legitimados para a ação civil pública como amicus curiae no julgamento dos recursos repetitivos*. Grupo de pesquisa tutela jurisdicional dos direitos coletivos. Disponível em:

- <https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo-a-legitimidade-ativa.pdf>. Acesso em: 15 ago 2020.
- PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Teoria geral dos casos repetitivos*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.
- ROQUE, André Vasconcelos. O que significa representatividade adequada? um estudo de direito comparado. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Volume IV, n. 4, p. 171-198, jul-dez 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 208, p. 125-146, jun 2012.
- VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.
- ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões surpresa no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZUFELATO, Camilo (coord). *Relatórios de pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da FDRP/USP*. Ribeirão Preto: E-book, 2019.

CYBERJUSTICE: THE MEDIATOR'S CONCILIATORY ACTIVITY BETWEEN TECHNIQUE AND TECHNOLOGY^{1187 1188}

CYBERJUSTICIA: LA ACTIVIDAD CONCILIADORA DEL MEDIADOR ENTRE TÉCNICA Y TECNOLOGÍA

Irene Coppola

Component of the Research Centre in European Private Law (ReCEPL), Suor Orsola Benincasa University of Naples, Director Prof. Lucilla Gatt. E-mail: grillettoius@libero.it.

*What can be controlled is never quite real;
what is real can never be strictly controlled*
[V. Nabokov]

ABSTRACT: The objective of this research is to highlight that the subjective role of the legal practitioner, both mediator and judge - within the pre-litigation phase, as well as the litigation phase - appears indispensable in its technical and technological training to arrive at the use of Cyberjustice, understood as a conscious innovation of method.

KEYWORDS: predictivity, technique and technology, mediation, cyberjustice method.

RESUMÉN: El objetivo de esta investigación es destacar que el papel subjetivo del jurista, tanto mediador como juez - dentro de la fase

precontenciosa, así como de la fase contenciosa - parece indispensable en su formación técnica y tecnológica para llegar al uso de la Ciberjusticia, entendida como una innovación consciente del método.

PALABRAS CLAVE: predictividad, técnica y tecnología, mediación, método de ciberjusticia.

INTRODUCTION

The object is the restoration of a just balance within a sensitive and complex area such as the applied legal area appears to be. Known are the ills of justice. The main one, to summarize, is inefficiency. What meaning should be attributed to the term inefficiency? The classic dictionary of the Italian language, Devoto Oli, by inefficiency means an absolute lack of performance. This

¹¹⁸⁷ Artigo recebido em 19/02/2024 e aprovado em 31/07/2024.

¹¹⁸⁸ O presente texto corresponde à comunicação apresentada no II Congresso Internacional de Direito Processual Civil sobre os “DESAFIOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA”, realizado na Universidade Portucalense, a 15 e 16 de dezembro de 2023, organizado pelo Instituto Jurídico Portucalense, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Universidade Estácio de Sá, a Universidade de Vigo, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação Brasileira Elas no Processo e com a Associação dos Registradores Cíveis de Pessoas Naturais do Brasil (ARPEN BR), com o apoio do Contrato Programa UIDB/04112/2020, financiado por fundos nacionais da República Portuguesa, através da FCT I.P.

content definition seems to bring the issue back to the criticalities of a system relative to a technically subjective profile, while the usual approach induces a kind of objectification of the problem made up of delays, lack of resources, and the need for reforms.

If nothing has been done to date, or rather nothing appears to have been at least sufficient, then it is clear that the problem must be approached from another and different angle.

Upon close analysis what seems to have escaped the attention of scholars is precisely the procedural stalemate dependent, substantially and for the most part, on the "typical" operator. And in this approach the discourse of inefficiency comes back perfectly fitting, especially when one considers that today the judge, in Italy, is paid regardless of his results in terms of productivity and productive quality and his career proceeds automatically, regardless of performance; no external control of the self-managed category accompanied by the absence of a configuration of direct civil liability. Incontrovertible, however, is the evidence about inefficiency which, it bears repeating, appears to be a subjective and not a systemic concept.

The institution of mediation itself is proof of this; the public insufficiency is being met with a private sufficiency; in other words, studies, beyond the expedients, albeit agreeable, regarding the need for streamlined paradigms of a procedural or para-trial type, are

evolving toward concentrations about the need for a breakthrough in a new conception of the figure of the operator: the mediator.

2. A REVIEW OF MEDIATION

Mediation entered as a conflict resolution system in Italy in 2010¹¹⁸⁹.

A type of sensibility that is certainly not new: from the cult of the deity Viriplaca -to calm the violence of the man who was blamed for the conflict- to the first extrajudicial system in Rome through the so-called *ius respondendi* that provided for the introduction of the case only after demonstrating compliance with the dictates of *Mos maiorum* whose principles were guarded by Pontiff Maximus¹¹⁹⁰.

A balance sheet to date?

Procedures initiated in 2021 were almost 13% more than those in the last pre-emergency year, 2019 (and 32% more than those in 2020). A trend that seems to be confirmed in the first quarter of this year as well: procedures started from January 1 to March 31 were 11 percent more than those in 2019 (a 5 percent drop from 2021). This is the snapshot of mediation that emerges from the monitoring curated by the Ministry of Justice. It must be said that the increase in mediations in 2021 (which came to 166,511, compared to 125,754 in 2020) is largely due to the resumption of judicial activity after the halt and subsequent slowdown suffered

¹¹⁸⁹ LEGISLATIVE DECREE No. 28 of March 4, 2010.

¹¹⁹⁰ Dalla, Lambertini, *Institutions of Roman Law*, Turin, Giappichelli Editore, 2006, *passim*

during the pandemic. The numbers are, in fact, driven by proceedings initiated in matters for which the law prescribes mediation attempt as mandatory before going to court.

In 2021, according to the Ministry's survey, agreement was found in 27.3 percent of cases in which the adherent appeared. The chance of understanding increases if the parties agree to sit down at the first meeting¹¹⁹¹.

And with the Cartabia Reform (L. 206/2021), in Italy, there is still growing expectation on the realization of litigation settlement goals grace to conciliatory tools¹¹⁹².

The civil reform, in fact, tends to enhance mediation by acting on several fronts: from entering more litigation matters in which the mediation attempt is mandatory (including partnership, consortium, franchise, work, subcontracting, subcontracting network and partnership contracts) to encouraging the personal participation of the parties.

3. CYBERJUSTICE: NEW TOOLS FOR THE MEDIATOR AS WELL? BETWEEN

JUST DECISION AND REASONABLY ORIENTED DECISION

Mediation should also be placed in the proper perspective of cyberjustice.

But what do we mean by cyberjustice? (Magistrate console; algorithms; GTP chat; software; databases external-internal to offices; electronic file; telematic hearing; electronic notification; digital writing; hyperlink¹¹⁹³; lawyers console technology and information technology legal)¹¹⁹⁴.

Cyberjustice is a non-modern locution. It, in fact, goes back a long way, specifically to Plato; cybernetics from the Greek κυβερνήτης (art of the pilot¹¹⁹⁵) is the art of holding the rudder; for Devoto Oli¹¹⁹⁶ it is the branch of science that aims at the study and realization of devices and machines capable of simulating the functions of the human brain, a locution, in truth, not foreign to the legal area where so many times we have heard talk of the machine of justice, in a sort of relationship, actualizing the concept and the well-known expression, between pilot and machine; between legal operator, whether he be judge or mediator (not excluding the role of the

¹¹⁹¹ The 24-hour Sun of June 15, 2022

¹¹⁹² Rivello, The new mediation after the Cartabia reform, in Collana Processo e Procedimenti, Ospedaletto-Pisa, Pacini Giuridica, 2023, p. 51.

¹¹⁹³ D.M. 110/2023, Italy

¹¹⁹⁴ Cyberjustice Laboratory. (2019). A tale of cyberjustice: A modern approach to technology in the canadian justice system. Montreal: Quadriscan. Disponible en: <https://www.cyberjustice.ca/publications/a-tale-of-cyberjustice-a-modern-approach-to-technology-in-the-canadian-justice-system/>; P. Langlos, R. Titah, Utilisation et impact des

outils d'intelligence artificielle dans des contextes de cyberjustice, in HEC MONTRÉAL (École affiliée à l'Université de Montréal, 2020, p. 65 e ss.

¹¹⁹⁵ Wiener, La cibernetica. Controllo e comunicazione nell'animale e nella macchina [1948], trad. di G. Barosso, Il Saggiatore, Milano 1968, passim; .Duso, The political significance of the Helmsman image and the modern Trennung in Geschichtstheorie am Werk, 06/06/2023.

¹¹⁹⁶ Devoto Oli Dictionary of the Italian Language, year 2023.

lawyer) and the complex, as much as delicate, organization of justice.

In this brief consideration, cyberjustice is fundamentally method; in fact, understanding the substance and proper function of extensive technical instrumentation -also exposed as artificial intelligence- within no longer physical classrooms in rather repulsive buildings, but within virtual classrooms on visible or non-visible platforms, or in an ideal space where synthetic defensive writings are received to be examined in the dark by the operator, means above all to create and enjoy a new method.

And then the technological method fits into the litigation sphere as well as into the (perhaps) improperly called pre-litigation sphere especially when mediation takes place after the judgment has been set in motion, not disregarding the issue of the value of predictability even within the mediation meeting, perhaps with the help of databases that we make the parties prospect what might be the future decision-perhaps right-but not always reasonable.

Within the mediation meeting what is relevant is not the wrong or the right of one of the parties-the protagonists of the chess game they intend to bring (perhaps) to the venues of the judicial offices-rather than the search for a reasonable solution that can satisfy the mutual reasons and interests and then also the mediator can or should make use of technological tools (e.g., mediation databases) to better argue and to better persuade the parties to define the conflict before it becomes

toxic, not without considering that, above all, mediation is a sartorial response to the case and standardizations are exceptions and not the rule.

In order to arrive at the best solution, the mediator can and must make use of the conscious technological innovations, on the one hand, but must be accompanied, on the other, by a concrete technical preparation to proceed in the mediation process; yes, a technique in order to the modus of approaching the parties present, the type of narrative to be decided, the type of decisive approach by reason of the parties in front of him, the way in which to formulate the proposal in the perspective of an effective and substantial balancing of interests and individual rooted convictions. All this is not without a decision-making rationale that is not technical-legal, but technical-concrete in order to induce the parties to an inevitable acceptance about the out-of-court settlement of the pathology.

4. THE VALUE OF PREDICTABILITY AS SUPPORT TOWARD THE SOLVING FINDING

The mediator's approach to the conciliation technique does not appear to be dissimilar to that which the judge must hold within the case of Article 185 bis of the Italian Code of Civil Procedure.

Within this technical operation, one cannot disregard the consideration, obviously ostensible to the parties, of the value of predictability that serves to prevent the advancement of the toxicity of the dispute, if not even to stop it; so

much so that it appears to be absolutely useful-in any proceeding for the restructuring of injured relationships-the very prospect of the probable solution even if it might not always be the best one, which, instead, it is up to the mediator to suggest in his central and decisive role.

The issue, therefore, shifts to training oriented toward a timely definition of the conflict through the exercise of conciliatory activity "technical and technological," that is, with methods and supports related to digital innovation of systems, which must always be combined with awareness and transparency¹¹⁹⁷.

In this new methodological context, the use of databases is also grafted in order to be able to sift through the different solutions or the uniqueness of the solution, but what matters most is the ability derived from the mediator's training (third party) not to be super partes, but inter partes and to contribute to the resolution through the technique of language, argumentation, explanation, but above all through the technique of listening: being able to grasp the contemporary needs of the disputants means putting a brake on the pathology and linking the moods.

For all this, the projection of similar cases could also be very incisive, and, in this perspective, the use of digital media would serve to provide sensible utility as is the case with solution predictivity databases.

In any case, essential moments should not be underestimated: in primis, technique of listening to the parties, in all the ways deemed indispensable by the judge; in secundis, technique of communication, broad and concrete and prospect of possible alternatives for the solution of the case; in tertis the proposal of the argued solution with the method of evidence of mutual benefits for the parties. Within the phases -as articulated- other dynamic elements will be developed, from time to time, due to the specific case, as a kind of expertise of coadjutancy to induce the parties to a transparent and reasoned assessment in focusing on their respective positions and their real needs; the mediator can (and must) accompany the parties toward a greater understanding of the conciliatory dynamics; can (and must) adduce arguments that can be "felt" by the parties as being closer to them, expressing themselves in terms of saving time, money, and even economic resources. The same emotional capital, brought by the parties when they appear in person at the hearing before the judge, represents a surprising conciliatory "pick".

CONCLUSION

The path to conciliation should consist of a cost-benefit analysis of the process, from which positive and immediate effects can be disclosed. In this direction is expressed the function of the mediator, who, before proposing to

¹¹⁹⁷ Brambilla, The awareness of technique and informality in mediation, Florence, 2023, passim.

the parties the conciliatory experiment from the point of view of content, will have to be technically prepared towards a prior analysis of the quaestio because of the nature of the case, the availability of the rights involved and the depth of the preliminary findings acquired: a sort of ; "evaluative mediator," and not mere "facilitator of infecund meetings."

Fundamental is the use of the language used for proper communication: the technique of clear, concise, essential, but kind, welcoming and polite vocabulary fosters all kinds of dialogue.

Fundamental is the technique of listening; fundamental is the conciliatory argument; fundamental is finding a meeting point that is worthwhile to balance the needs and, therefore, the satisfaction of the parties.

The concept of satisfaction must penetrate the world of law toward a more effective attitude of problem solving.

To all this we open ourselves toward cyberjustice in the sense that as with the judge (public authority), a change in method must be welcomed for the mediator (private authority) as well, involving the intelligent and humane use of artificial intelligence aids that can help to make people understand the accuracy of the conciliatory proposal through a predictability mechanism as well.

REFERÊNCIAS

LEGISLATIVE DECREE No. 28 of March 4, 2010.

DALLA, Lambertini, Institutions of Roman Law, Turin, Giappichelli Editore, 2006, passim.

THE 24-HOUR SUN of June 15, 2022.

RIVELLO, The new mediation after the Cartabia reform, in Collana Processo e Procedimenti, Ospedaletto-Pisa, Pacini Giuridica, 2023, p. 51. D.M. 110/2023, Italy

CYBERJUSTICE LABORATORY. (2019). A tale of cyberjustice: A modern approach to technology in the canadian justice system.

Montreal: Quadriscan. Disponible en: <https://www.cyberjustice.ca/publications/a-tale-of-cyberjustice-a-modern-approach-to-technology-in-the-canadian-justice-system/>; P. Langlos, R. Titah, Utilisation et impact des outils d'intelligence artificielle dans des contextes de cyberjustice, in HEC MONTRÉAL (École affiliée à l'Université de Montréal, 2020, p. 65 e ss.

WIENER, La cibernetica. Controllo e comunicazione nell'animale e nella macchina [1948], trad. di G. Barosso, Il Saggiatore, Milano 1968, passim. Duso, The political significance of the Helmsman image and the modern Trennung in Geschichtstheorie am Werk, 06/06/2023.

DEVOTO OLI DICTIONARY OF THE ITALIAN Language, year 2023.

BRAMBILLA, The awareness of technique and informality in mediation, Florence, 2023, passim.

COMPENSATION FOR DAMAGE CAUSED BY RUSSIA'S ARMED AGGRESSION AGAINST UKRAINE: PROSPECTS FOR EXTRAJUDICIAL RESOLUTION^{1198 1199}

1200

COMPENSAÇÃO POR DANOS CAUSADOS PELA AGRESSÃO ARMADA DA RÚSSIA CONTRA A UCRÂNIA: PERSPECTIVAS DE RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL

Iryna Izarova

Dr. Sc. (Law), Prof., Taras Shevchenko National University of Kyiv.
irina.izarova@knu.ua. Thematic line of interest: *civil procedure, access to justice, alternative dispute resolution, cross border litigation, small claims*.
<https://orcid.org/0000-0002-1909-7020>.

Yuliia Hartman

Master of Law, Ivan Franko National University of Lviv.
yuliahartman1@gmail.com. Thematic line of interest: *war damages compensation, civil procedure, access to justice*. <https://orcid.org/0000-0002-5637-8358>.

ABSTRATO: (i) Antecedentes: O facto da invasão russa na Ucrânia, que resultou em perdas multimilionárias para o povo ucraniano, é bem conhecido. O dano foi infligido tanto ao Estado como a cada um dos seus cidadãos individualmente. Considerando o período de dez anos de agressão contínua e a sua escala, há um número obviamente grande de indivíduos dispostos a restaurar a justiça e os seus direitos violados, obtendo uma compensação adequada. Atualmente, na Ucrânia, o principal ónus da

resolução da questão da indemnização recai sobre os tribunais. Com uma década de agressões contínuas, muitos procuram justiça e compensação, colocando um fardo pesado sobre os tribunais e arriscando a ineficiência do sistema. (ii) Objectivos: Para prevenir riscos e ameaças ao poder judicial, é necessário recorrer a métodos alternativos para resolver a questão da concessão de indemnizações. Observa-se que tais métodos devem ser de natureza extrajudicial e,

¹¹⁹⁸ Artigo recebido em 19/02/2024 e aprovado em 25/06/2024.

¹¹⁹⁹ O presente texto corresponde à comunicação apresentada no II Congresso Internacional de Direito Processual Civil sobre os “DESAFIOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA”, realizado na Universidade Portucalense, a 15 e 16 de dezembro de 2023, organizado pelo Instituto Jurídico Portucalense, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Universidade Estácio de Sá, a Universidade de Vigo, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação Brasileira Elas no Processo e com a Associação dos Registradores Cíveis de Pessoas Naturais do Brasil (ARPEN BR), com o apoio do Contrato Programa UIDB/04112/2020, financiado por fundos nacionais da República Portuguesa, através da FCT I.P.

¹²⁰⁰ This article was prepared as part of the scientific project ‘Justice in the context of sustainable development’ Project No. 22BF042-01 (2022-2024).

simultaneamente, ser um meio eficaz de restaurar os direitos violados dos indivíduos afetados. A necessidade de tomar tais medidas se deve aos resultados demonstrados em nosso estudo anterior.¹²⁰¹ Verificou-se que os tribunais não tratam integralmente esta categoria de casos, as decisões judiciais não são realmente implementadas, os direitos das vítimas não são cumpridos desta forma, o que indica a necessidade de criar métodos complexos de proteção - tanto judiciais e extrajudicial. (iii) Principais resultados da investigação: O artigo explora os procedimentos extrajudiciais existentes na Ucrânia para o pagamento de indenizações, incluindo os tipos de danos a que esses procedimentos se aplicam; as entidades habilitadas a reclamar indenizações através de procedimentos especiais, bem como as indenizações a que essas entidades possam ter direito; quem é a entidade autorizada a apreciar os pedidos de atribuição de indenizações e quem deve tomar as decisões relativas à sua prestação. Uma das principais questões é também se tais mecanismos extrajudiciais devem ser diferenciados com base em determinados critérios e quais critérios especificamente. Todos estes aspectos são extremamente importantes para o desenvolvimento de mecanismos de compensação que satisfaçam plenamente as exigências da sociedade. Espera-se que através da

criação de alternativas extrajudiciais, os interesses dos cidadãos, bem como os desafios que o sistema judicial enfrenta, sejam equilibrados. (iv) Principais conclusões: A compensação extrajudicial eficaz deve considerar experiências e quadros jurídicos nacionais e internacionais. Portanto, em nosso artigo examinaremos cuidadosamente os aspectos mais importantes relacionados ao acima exposto e tentaremos avaliar as possíveis perspectivas para a implementação de uma restituição efetiva de forma extrajudicial na Ucrânia.

PALAVRAS-CHAVE: indenização por danos, agressão armada, Ucrânia, procedimento extrajudicial, desjudicialização.

ABSTRACT: (i) Background: The fact of russian invasion into Ukraine, which resulted in multi-billion losses to the Ukrainian people, is well known. The damage was inflicted both on the state and on each of its citizens individually. Considering the ten-year period of ongoing aggression and its scale, there is an obvious large number of individuals willing to restore justice and their violated rights by obtaining appropriate compensation. Currently in Ukraine, the main burden of resolving the issue of compensation falls on the courts. With a decade of ongoing aggression, many seek justice and compensation, placing

¹²⁰¹ IZAROVA, Iryna; HARTMAN, Yuliia; NATE, Silviu. War Damages Compensation: A Case Study on Ukraine [version 1; peer review: 2 approved]. In: **F1000Research**, 12:1250, 2023.

Available in:
<https://doi.org/10.12688/f1000research.136162.1>. Access: 20 June 2024.

a heavy burden on the courts and risking system inefficiency. (ii) Objectives: In order to prevent risks and threats to the judiciary, it is necessary to turn to alternative methods of resolving the issue of awarding compensation. It is noted that such methods should be extrajudicial in nature and simultaneously be an effective means of restoring the violated rights of affected individuals. The need to take such measures is due to the results demonstrated in our previous study.¹²⁰² It was found that the courts do not fully deal with this category of cases, court decisions are not really implemented, the rights of victims are not fulfilled in this way, which indicates the need to create complex methods of protection - both judicial and extrajudicial. (iii) Main results of research: The article explores existing non-judicial procedures in Ukraine for the payment of compensation, including the types of damage to which these procedures apply; the entities entitled to claim compensation through special procedures, as well as the compensation to which these entities may be entitled; who is the authorized entity to consider claims for awarding compensation and who should make decisions regarding its provision. One of the key questions is also whether such extrajudicial mechanisms should be differentiated based on certain criteria and which criteria specifically. All these

aspects are extremely important for the development of compensation mechanisms that would fully satisfy societal demands. It is expected that through the creation of extrajudicial alternatives, the interests of citizens as well as the challenges facing the judicial system will be balanced. (iv) Main conclusions: Effective extrajudicial compensation must consider national and international experiences and legal frameworks. Therefore, in our article, we will carefully examine the most important aspects related to the above and tried to assess the possible prospects for the implementation of effective restitution in an extrajudicial manner in Ukraine.

KEYWORDS: compensation for damage, armed aggression, Ukraine, extrajudicial procedure, dejudicialization.

INTRODUCTION

Fundamental principles guiding compensation for victims of war are rooted in international humanitarian law and are grounded in international human rights. These principles pertain to the protection and assistance of those affected by armed conflicts, acknowledging their right to compensation for the incurred damages.

For the purposes of the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of

¹²⁰² IZAROVA, Iryna; HARTMAN, Yuliia; NATE, Silviu. War Damages Compensation: A Case Study on Ukraine [version 1; peer review: 2 approved]. In: **F1000Research**, 12:1250, 2023.

Available in:
<https://doi.org/10.12688/f1000research.136162.1>. Access: 20 June 2024.

Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, victims are defined as individuals or groups who have suffered harm. This harm includes physical or mental injury, emotional suffering, economic loss, or significant impairment of their fundamental rights. The harm is a result of acts or omissions that constitute gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law. Additionally, where applicable and in accordance with domestic law, the term "victim" extends to the immediate family or dependents of the direct victim and individuals who have suffered harm while intervening to assist victims in distress or prevent victimization.¹²⁰³

Given the fact that, according to the principles of international humanitarian law and international human rights protection, a state is obligated to ensure fair compensation for victims who have suffered from gross violations of fundamental rights, it is inappropriate in this case to speak of a dispute between the victim and the state, as well as the need for its resolution.

In accordance with international law, nations must guarantee the

alignment of their domestic legislation with their international legal commitments. This entails the adoption of suitable and effective legislative and administrative procedures, along with other relevant measures. These measures should ensure fair, effective, and timely access to justice, as well as the provision of sufficient, effective, prompt, and suitable remedies, including reparations.¹²⁰⁴

Therefore, the main task for the state should be the establishment of an effective mechanism (or, if necessary, multiple mechanisms) to enable victims to exercise their right to compensation, and the state, in turn, has the obligation to ensure it.

The concept of an extrajudicial procedure can be extracted from the practice of the Court of Justice of the European Union, notably considering the Court's recognition of extrajudicial documents.¹²⁰⁵ Therefore, the term "extrajudicial procedure" should be understood as a specialized process conducted by a governmental body or official for the purposes of exercising, proving or safeguarding a right or a claim in civil or commercial law.¹²⁰⁶

Civil procedure regulation, in addition to its conflict resolution aspect,

¹²⁰³ UNGA - United Nations General Assembly. **Resolution 60/147**, 15 December 2005. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Available at: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>. Access: 20 June 2024.

¹²⁰⁴ *ibid.*

¹²⁰⁵ CJEU - Court of Justice of the European Union. **Case C-223/14**, Tecom Mican SL. and José Arias Domínguez, Judgment 11 November 2015. Available in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0223>. Access: 20 June 2024.

¹²⁰⁶ EU - European Union. European Parliament; Council of the EU. **Regulation (EC) no. 1393/2007**, 13 November 2007. On the service

emphasizes law enforcement. It extends beyond the realm of private parties regulating the procedure, resembling a private justice model. When individuals seek recourse in the courts, they are not merely seeking dispute resolution but primarily seeking the enforcement of their entitlements in accordance with EU law.¹²⁰⁷

Additionally, in this case, it is not about one of the primary goals pursued by plaintiffs when turning to the court - ensuring by the state one of the elements of the right to a fair trial, namely the enforcement of a court decision. This is also mentioned in the consistent practice of the European Court of Human Rights, which is recognized in Ukraine as a source of law.¹²⁰⁸ In particular, in the case of "Gornsby v. Greece,"¹²⁰⁹ the European Court of Human Rights (ECtHR) noted that the enforcement of a decision by any court should be considered as an integral part of the judicial process. In the case of "Immobiliare Saffi v. Italy,"¹²¹⁰ the ECtHR emphasized that the right to access the

court would be illusory if the national legal system of a contracting party allowed a final, binding court decision to remain unenforced to the detriment of one of the parties. It is difficult to imagine a situation where Article 6(1) of the European Convention precisely describes procedural guarantees provided to the parties in civil proceedings, ensuring a fair, open, and expeditious trial, without including guarantees for the enforcement of judicial decisions.¹²¹¹

In the majority of cases in civil proceedings, one party, a private individual, in whose favor a decision has been made, relies on the support of the state through the enforcement authorities and private bailiffs for enforcement against the other party, also a private individual. When it comes to compensation, there is no such reliance on the state, as the enforcement of a decision by a special commission regarding compensation payment is already covered by the state's obligation to make such payments.

in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) no 1348/2000. Available at: <<http://data.europa.eu/eli/reg/2007/1393/oj>>. Access: 20 June 2024.

¹²⁰⁷ VERNADAKI, Zampia. Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations. **Journal of Contemporary European Research**, vol. 9, no. 2, p. 297-312, 2013. DOI 10.30950/jcer.v9i2.425.

¹²⁰⁸ UKRAINE. **Law no. 3477-IV**, 23 February 2006. On the Execution of Decisions and the Application of Practices of the European Court of Human Rights. Available in:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15/conv#Text>. Access: 20 June 2024.

¹²⁰⁹ ECtHR - European Court of Human Rights. **Case of Hornsby v. Greece**, Application no. 18357/91, Judgment of 19 March 1997. Available in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58020>. Access: 20 June 2024.

¹²¹⁰ ECtHR - European Court of Human Rights. **Case of Immobiliare Saffi v. Italy**, Application no. 22774/93, Judgment of 28 July 1999. Available in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58292>. Access: 20 June 2024.

¹²¹¹ KHANOVA, R. F.; KRAVTSOVA, S. O. (eds.). **Enforcement Proceedings: Theory and Practice**: Monograph. Kharkiv: Pravo, 2021.

Considering the above, the logical conclusion is that, for the victim to realize their right to fair compensation, there is no need to resolve this matter through legal proceedings. In other words, the creation of special compensation mechanisms is seen not only as a way to expedite and make the compensation of damages and harm to victims more efficient but also as a necessity, especially in the current conditions in Ukraine, to reduce the burden on the courts.

The transformation of the judicial process is also driven by the necessity and opportunity for a more effective resolution of disputes through digitalization tools. The global trend and the European Union's direction, including the development of a Proposal for a Regulation on a computerized system for communication in cross-border civil and criminal proceedings (e-CODEX system), encourage Ukraine to explore ways and instruments for the digitization of access to justice. The potential of digital technologies extends to enhancing the accessibility and efficiency of justice systems. Individuals require access to information to effectively exercise their rights and fully engage with the justice process. Similarly, businesses rely on tools for accessing information and enforcing their rights through efficient justice

systems to carry out their operations. This not only ensures smoother business operations but also leads to cost reductions for all enterprises.¹²¹² This also explains the Ukrainian legislator's desire to simplify access for affected categories to the compensation mechanism. In this regard, the Government of Ukraine launched the electronic public service "eRestoration," within which, using the "Diya" application, one can receive up to 200,000 hryvnias in compensation for the restoration of damaged property due to the war. If the amount exceeds this limit, it is necessary to provide a report on the use of the funds paid through the "Diya" platform. These funds can be spent on construction materials or services from contractors participating in the program. The program started on May 10, 2023, but it can be accessed only if it meets clearly defined criteria. These criteria include property damage due to hostilities after February 24, 2022, the location of damaged housing in the unoccupied territory where active hostilities are not taking place, the unrepaired damaged housing was not self-repaired at one's own expense, and it is subject to restoration according to the assessment of a special commission.¹²¹³ The government has indicated that the program is designed for those whose housing has suffered

¹²¹² EU - European Union. Digitalisation of Justice. **European Commission**, [2020]. Available in: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/digitalisation-justice_en. Access: 20 June 2024.

¹²¹³ UKRAINE. Ministry for Communities, Territories and Infrastructure Development. Conditions for Obtaining Assistance in the Restoration of Damaged Housing. **Diya. eRecovery**, [May 2023]. Available in: <https://erecovery.diia.gov.ua/damaged.html>. Access: 20 June 2024.

minor damage and requires restoration. In other words, it addresses the needs of only a small portion of the affected individuals. It is anticipated that the next stage of the program will focus on housing that does not require restoration.

It is also essential to consider that one of the primary tasks of both the legislative and judicial branches of government, in addition to what has already been mentioned, according to the Civil Procedural Code of Ukraine (CPC), is the fair, impartial, and timely consideration and resolution of cases for the effective protection of violated rights (Article 2).¹²¹⁴ Adherence to this principle is directly linked to the ability of the courts to handle cases, which is influenced by the aforementioned caseload. This caseload should be proportional to the number of judges administering justice in a specific court and within a reasonable timeframe in which they process their assigned cases.

1. COMPENSATION LAW, ITS SCOPE, AND LIMITATIONS

As noted in other studies, the primary method to obtain the right to compensation in Ukraine has been to file

a lawsuit against the party believed by the victim to be obligated to compensate for the incurred damage in court.¹²¹⁵ However, in 2023, a new extrajudicial compensation mechanism came into operation in Ukraine, developed in response to the full-scale invasion of the Russian Federation into Ukrainian territory and the need for the rapid compensation of at least certain types of damage. This new mechanism, compared to the judicial method of protection, is faster and more efficient.

The draft law proposed in March 2022 outlined the procedure for compensating for damaged and destroyed real estate during wartime. This does not imply that other types of war-related damages will not be compensated; however, the purpose of this draft law was to establish a simplified procedure for restoring rights. Nevertheless, it cannot be stated that other options for restoring violated rights will not be implemented under similar conditions - simply and quickly. This draft law was adopted by the Verkhovna Rada of Ukraine on February 23, 2023, and it was signed by the President of Ukraine on March 17, taking effect on May 22, 2023.¹²¹⁶

This law establishes the legal and

¹²¹⁴ UKRAINE. **Law no. 1618-IV**, 18 March 2004. Civil Procedural Code of Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/conv#Text>. Access: 20 June 2024.

¹²¹⁵ IZAROVA, Iryna; HARTMAN, Yuliia; NATE, Silviu. War Damages Compensation: A Case Study on Ukraine [version 1; peer review: 2 approved]. In: **F1000Research**, 12:1250, 2023. Available in: <https://doi.org/10.12688/f1000research.136162.1>. Access: 20 June 2024.

¹²¹⁶ UKRAINE. **Law no. 2923-IX**, 23 February 2023. On Compensation for Damage and Destruction of Certain Categories of Real Estate as a Result of Hostilities, Terrorist Acts, Sabotage Caused by Armed Aggression of the Russian Federation against Ukraine, and the State Register of Property Damaged and Destroyed as a Result of Hostilities, Terrorist Acts, Sabotage Caused by Armed Aggression of the Russian Federation against Ukraine. Available in:

organizational principles for providing compensation for the damage and destruction of certain categories of real estate as a result of hostilities, terrorist acts, sabotage caused by the armed aggression of the Russian Federation against Ukraine, from the date of the introduction of martial law in Ukraine by the Decree of the President of Ukraine on February 24, 2022, No. 64/2022, approved by the Law of Ukraine "On approval of the Decree of the President of Ukraine on the introduction of martial law in Ukraine" dated February 24, 2022, No. 2102-IX.¹²¹⁷ It also defines the legal principles for creating and maintaining the State Register of property damaged and destroyed due to hostilities, terrorist acts, sabotage caused by the armed aggression of the Russian Federation against Ukraine.

It is crucial to note that the application of this law, regarding the provision of compensation for the damage and destruction of certain categories of real estate, does not extend to objects of real estate that were located on the temporarily occupied territory of Ukraine as of the date of the introduction of martial law by the Decree of the President of Ukraine on February 24, 2022, No. 64/2022, approved by the Law of Ukraine "On approval of the Decree of the President of Ukraine on the introduction of martial law in Ukraine"

dated February 24, 2022, No. 2102-IX, as defined by the Law of Ukraine "On ensuring the rights and freedoms of citizens and the legal regime on the temporarily occupied territory of Ukraine."¹²¹⁸ This direct indication significantly limits the scope of entities that can claim compensation under this law and does not account for the damage that occurred from the beginning of the first phase of the Russian invasion, which started in February 2014. Thus, there is a pressing need for effective ways to compensate all victims regardless of the period when the damage occurred, which will be further explored in this study.

Another unjustified limitation regarding compensation, as established by the analyzed law, is the time frame within which the affected person can claim compensation. The application for compensation for a destroyed real estate object can only be submitted to the Commission during the state of war and within one year from the date of its termination or cancellation on the territory where the destroyed real estate object is located (or was located). This provision deprives individuals who miss the specified deadline of the right to fair compensation. Additionally, the law does not provide for the possibility of extending the established deadline, which does not align with the state's

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2923-20#Text>. Access: 20 June 2024.

¹²¹⁷ UKRAINE. President. **Decree no. 64/2022**, 24 February 2022. On the Imposition of Martial Law in Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text>. Access: 20 June 2024.

¹²¹⁸ UKRAINE. **Law no. 1207-VII**, 15 April 2014. On Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and the Legal Regime on the Temporarily Occupied Territory of Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text>. Access: 20 June 2024.

obligation to ensure and guarantee the opportunity for everyone to receive fair compensation for gross violations of human rights, as defined in the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, approved by the United Nations General Assembly, as referenced in our research.

This highlights the urgent need to amend the law and improve it to comply with the aforementioned obligation, at the very least by providing the opportunity to restore the missed deadline for submitting a compensation claim. However, the law also allows for appealing the decision to deny compensation due to missing the deadline to the administrative court. Nevertheless, this will only slow down the possibility of obtaining compensation and may cause further suffering to the affected person due to prolonged waiting. Therefore, it seems more reasonable to empower the Commission with the authority to extend the deadline for applying for compensation and prevent interference in this mechanism by the judicial branch of government.

In addition to the period during which the damage occurred, the territory where the damage was inflicted, and the time frame within which a compensation claim can be submitted, the law also establishes a clear list of destroyed real estate objects that are located in Ukraine and have become unsuitable for use for their intended purpose due to armed conflicts, terrorist acts, sabotage,

caused by the armed aggression of the Russian Federation against Ukraine. The restoration of these objects is impossible through current or capital repairs, reconstruction, restoration, or economically impractical. These include:

a) Apartments, other residential premises in a building, residential houses of garden type, garden and summer cottages;

b) Construction objects (residential houses of garden type, garden and summer cottages) with load-bearing and external enclosing structures in place at the time of destruction (excluding transparent structures and door openings filling) for which the right to perform construction work has been obtained;

c) Integral parts of construction objects (apartments, other residential premises in a building) that, after being put into operation, are independent real estate objects, provided that at the time of destruction, the construction object had load-bearing and external enclosing structures in place (excluding transparent structures and door openings filling) for which the right to perform construction work has been obtained;

d) Common property of a multi-apartment building, excluding the land plot.

The law also defines what is meant by compensation that can be obtained through the procedure outlined in the law. Three main types of compensation are distinguished:

1) Performance of construction-related work on the damaged real estate

object with the aim of its restoration and/or provision of construction products for such work;

2) Providing monetary funds by transferring them to the current account of the compensation recipient with a special mode of use for the construction of a residential house of garden type, garden or summer cottage;

3) Financing the purchase of an apartment, other residential premises, a residential house of garden type, a garden or summer cottage (including financing the purchase of premises/house to be constructed in the future or investing/financing its construction) using a residential certificate.

This list is exhaustive.

Simultaneously, the UN General Assembly's Basic Principles and Guidelines emphasize that compensation, as deemed suitable and proportionate to the severity of the violation and the particulars of each case, should be granted for economically assessable damage resulting from gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law. This damage includes but is not limited to:

- (a) Physical or mental harm;
- (b) Missed opportunities, encompassing employment, education, and social benefits;

(c) Material losses and foregone earnings, including potential income loss;

(d) Moral harm;

(e) Expenses incurred for legal or expert assistance, medical treatment and services, as well as psychological and social services.¹²¹⁹

This implies that the approach to defining objects and methods of compensation in the Law is quite limited and does not take into account equally significant types of damage. This, in turn, provides grounds to expect the creation of other extrajudicial compensation mechanisms capable of addressing different types of damage.

The monetary compensation for a destroyed real estate object is determined for each compensation recipient and each destroyed real estate object separately, based on the total area of the destroyed real estate object and the cost of 1 square meter of the destroyed real estate object's area.

2. COMMISSION ON THE CONSIDERATION OF COMPENSATION ISSUES, ITS POWERS AND FEATURES

The crucial aspect is that the compensation procedure is carried out through an extrajudicial process by a specially established entity - the Commission on Consideration of Compensation Issues. This commission

¹²¹⁹ UNGA - United Nations General Assembly. **Resolution 60/147**, 15 December 2005. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International

Humanitarian Law. Available at: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>. Access: 20 June 2024.

reviews matters related to compensation for destroyed real estate objects and makes decisions on granting or denying compensation for destroyed real estate objects (Article 3 of the Compensation Law No. 2923-IX).¹²²⁰

When resorting to the court, the consideration of a damage compensation case should be conducted within a reasonable period, which is one of the fundamental principles of civil procedure.¹²²¹ However, there is no specific compensation mechanism for this principle, and there are no specified time constraints for the examination of claims, which may raise legitimate concerns about the speed and reasonableness of the time taken to consider compensation applications.

The formation of this Commission is authorized by the executive body of the rural, township, city, district within the city (if created), and the military administration of the locality or the military-civilian administration of the locality. In this context, the Commission is established as an advisory body and approves regulations governing its operations.

For a more comprehensive understanding of the legal nature of the Commission, it is necessary to clarify the

essence of the authorities that have the right to establish it. Military-civil administrations are temporary state bodies in villages, towns, cities, districts, and regions, operating as part of the Anti-Terrorist Center at the Security Service of Ukraine (if established to perform the tasks of relevant authorities in the area of the anti-terrorist operation) or as part of the Unified Operational Headquarters of the Armed Forces of Ukraine (if established to perform the tasks of relevant authorities in the area of ensuring national security and defense, countering and restraining armed aggression by the Russian Federation in the Donetsk and Luhansk regions). These administrations are designed to ensure the Constitution and laws of Ukraine, secure safety, normalize the population's livelihoods, maintain law and order, participate in countering acts of armed aggression, sabotage, and terrorist acts, and prevent a humanitarian catastrophe in the area of countering armed aggression by the Russian Federation, including conducting an anti-terrorist operation. Temporary state bodies, military administrations, may be formed for the same purpose and, together with military command, introduce and implement the legal regime of martial law.¹²²²

¹²²⁰ UKRAINE. **Law no. 2923-IX**, 23 February 2023. On Compensation for Damage and Destruction of Certain Categories of Real Estate as a Result of Hostilities, Terrorist Acts, Sabotage Caused by Armed Aggression of the Russian Federation against Ukraine, and the State Register of Property Damaged and Destroyed as a Result of Hostilities, Terrorist Acts, Sabotage Caused by Armed Aggression of the Russian

Federation against Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2923-20#Text>. Access: 20 June 2024.

¹²²¹ UKRAINE. **Law no. 1618-IV**, 18 March 2004. Civil Procedural Code of Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/conv#Text>. Access: 20 June 2024.

¹²²² UKRAINE. **Law no. 389-VIII**, 12 May 2015. On the Legal Regime of Martial Law. Available in:

From the analysis of the authorities empowered to create the Commission, it is evident that the Commission's activities, like the Compensation Law itself, are designed for the period of the legal regime of martial law in Ukraine. However, the need to address compensation issues does not end with the conclusion or termination of this period. Therefore, it is promising to develop changes and improvements to the proposed mechanism for its effective functioning in peacetime.

The personnel composition of the Commission is approved by the executive body of the council, military administration of the locality, or military-civilian administration of the locality. A significant drawback of this approach is the lack of clearly defined criteria and requirements set by the legislator for the composition of the Commission. This creates a risk of biased consideration of the issue of compensation and may lead to unprofessional or superficial examination of the submitted application.

If necessary, representatives of state authorities, local self-government bodies, enterprises, institutions, organizations, experts, appraisers, entities engaged in appraisal activities, and performers of specific types of work (services) related to the creation of architectural objects, as well as representatives of international

organizations and other persons, may be involved (with consent) in the Commission for the consideration of compensation issues. The list of cases requiring such involvement is undefined, which is a positive factor as it does not limit the Commission in subjectively determining the need to involve representatives from the relevant sphere.

Within the scope of its competence, the Commission provides comprehensive information and consultations on compensation matters to compensation recipients. This authority ensures the principle of free access to information and informs the affected person about what they can receive. It addresses the legitimate expectations of the affected individuals. According to the position of the Supreme Court within the composition of the collegiums of the Cassation Administrative Court, a mandatory condition for the existence of certain expectations (claims) of a person, with the presence of which the person's expectation (claim) acquires the characteristics of legitimate expectations, is that such expectation (claim) has a proper legal basis, i.e., there is a sufficient source for the relevant expectation (claim).¹²²³ Additionally, the Constitutional Court of Ukraine emphasized in its decision of June 18, 2020, No. 5-p(II)/2020, that a component of the general principle of

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>. Access: 20 June 2024.

¹²²³ UKRAINE. Administrative Cassation Court of the Supreme Court. **Case no. 580/1300/22**,

Decision of 18 January 2023. Available in: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108463659>. Access: 20 June 2024.

legal certainty as a requirement of the rule of law is the principle of legitimate expectations, which, according to the interpretation of the Venice Commission, expresses the idea that public authorities must adhere not only to the provisions of legal acts but also to their promises and aroused expectations.¹²²⁴

The main authority of the Commission is to consider issues related to providing compensation for destroyed real estate objects, including:

a) Making decisions on providing/refusing compensation for destroyed real estate objects;

b) Making decisions on the existence/absence of legal grounds for the heir to receive compensation for the destroyed real estate object.

The Commission has the right to receive documents and/or information necessary for decision-making on compensation from state authorities, local self-government bodies, enterprises, institutions, and organizations, regardless of ownership form. This includes the restoration of lost documents necessary for making decisions on compensation, a common basis when a person possesses outdated documents that are absent from the State Registers, and their destruction or damage together with the property.

If necessary, the Commission is authorized to form temporary working groups to perform its assigned tasks. The

Commission independently determines the functions and tasks of these groups in accordance with the provisions adopted by the authority that created the Commission.

The authority of the Commission is exhaustive, and it can take other measures and address issues within its competence. It can also perform other powers arising from its assigned tasks. In our opinion, this is related to the Commission's scope of activity, which involves providing compensation. The process might encounter unforeseen circumstances and situations requiring swift reactions, such as the prompt decision-making and implementation of necessary measures within reasonable timeframes.

The consideration of applications for compensation is carried out in the specified order by the Law, including the order of their receipt concerning each settlement or territory of each territorial community. Another criterion influencing the sequence of consideration is the method of providing compensation for destroyed real estate objects within the territory of the respective territorial community. In this case, the registration of the queue is mandatory and is maintained in the State Register of damaged and destroyed property. In our view, the method of providing compensation will affect the order of application review in accordance with the availability of funding sources for compensation.

¹²²⁴ UKRAINE. Constitutional Court. **Case no. 3-189/2018(1819/18)**, Decision no. 5-p(II)/2020, 18 June 2020. Available in:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va05p710-20#Text>. Access: 20 June 2024.

It's also important to mention the priority right to receive compensation since, according to the Law, it is given first to participants in hostilities, persons with disabilities due to the war, and individuals identified by special laws on war veterans. Next in line are individuals called up for military service during mobilization, for a special period, and those not granted the status of participants in hostilities. The third category includes large families, and finally, individuals with disabilities of I and II groups. After providing compensation to the mentioned categories, the review of applications is carried out following the general rule of sequence.

Regarding the expenses for judicial and extrajudicial processes, neither of them has obvious advantages. Filing a lawsuit in connection with seeking compensation for damages caused by the armed aggression of the Russian Federation is exempt from court fees.¹²²⁵ Similarly, no administrative fee is charged for submitting an application for compensation to the Commission. Costs that victims may incur include legal aid expenses if the person decides to use the services of a professional representative (lawyer).¹²²⁶ However, in this case, the state has taken care of the victims by endowing them with the right to free secondary legal aid in these categories of cases.¹²²⁷ When submitting

an application to the Commission, consulting a lawyer under standard conditions is not necessary, and such a right can be exercised only at the discretion of the victim.

It is also crucial to identify the sources from which the awarded compensation will be financed, as it is evident that the special mechanism should have a separate budget or a special compensation fund that will be replenished from specified sources.

The funding sources for compensating damaged or destroyed real estate, as outlined in the Compensation Law No. 2923-IX, include the following:

- 1) State budget funds, encompassing allocations from entities like the Fund for the Restoration of Property and Destroyed Infrastructure, and the Fund for the Liquidation of Consequences of Armed Aggression, along with local budgets;
- 2) Contributions from international financial organizations, additional creditors, and investors;
- 3) International technical and/or financial assistance, whether repayable or non-repayable;
- 4) Reparations or other recoveries from the Russian Federation;
- 5) Other permissible sources in accordance with Ukrainian legislation.

In this context, local self-government bodies have the authority to

¹²²⁵ UKRAINE. **Law no. 3674-VI**, 8 July 2011. On Court Fees. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17#Text>. Access: 20 June 2024.

¹²²⁶ UKRAINE. **Law no. 1618-IV**, 18 March 2004. Civil Procedural Code of Ukraine. Available in:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/conv#Text>. Access: 20 June 2024.

¹²²⁷ UKRAINE. **Law no. 3460-VI**, 2 June 2011. On Free Legal Aid. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text>. Access: 20 June 2024.

endorse local programs and establish funds to facilitate compensation and restoration efforts for damaged or destroyed real estate.

3. THE OBLIGATION OF THE STATE TO CREATE OTHER COMPENSATION MECHANISMS

The experiences of other nations underscore the significance and immediacy of adopting a comprehensive approach to address the issue of compensating civilian losses during wartime. This approach extends beyond the mere implementation of individual procedures for compensating specific properties.

Throughout history, commissions tasked with addressing claims have played a crucial role in resolving disputes among various entities. These commissions have been responsible for settling disputes between states engaged in armed conflicts, between states involved in armed conflicts and third parties, and between states engaged in armed conflicts and the nationals of other states, regardless of their involvement in the conflict.

The complexity of these claims, both in terms of factual details and legal considerations, is a common characteristic. Such claims can arise

from conflicts on either an internal or international scale. Notable examples include the Belgium-Chile and Bolivia-Chile Commissions established after the Saltpeter War in 1884, the American-Mexican Claims Commission following the Mexican Revolution, the Iran-United States Claims Tribunal established post the Iranian revolution, and the Eritrea-Ethiopia Claims Commission formed after the war between these two states.

A more recent example is the United Nations Compensation Commission (UNCC), established in 1991 to manage claims and provide compensation for damages resulting from Iraq's invasion of Kuwait. The UNCC completed its final payment on January 13, 2022, marking a significant milestone in the history of international dispute resolution.¹²²⁸ This recent development prompts reflection on the utilization of post-conflict international claims commissions by the global community over the past three centuries.¹²²⁹

The obligation to respect, ensure respect for, and implement international human rights law and international humanitarian law, as stipulated in the respective legal frameworks, encompasses the duty to afford those claiming to be victims of human rights or humanitarian law violations equal and

¹²²⁸ UN - United Nations. Closure of the United Nations Compensation Commission: Press-Release. **United Nations Office at Geneva**, 09 Dec. 2022. Available in: <https://www.ungeneva.org/en/news-media/press-release/2022/12/closure-united-nations-compensation-commission>. Access: 20 June 2024.

¹²²⁹ WEBINAR: Post-conflict International Claim Commissions. **Volterra Fietta**, 24 Mar. 2022. Available in: <https://www.volterrafietta.com/upcoming-webinar-post-conflict-international-claims-commissions>. Access: 20 June 2024.

effective access to justice. This access should be provided irrespective of the ultimate responsibility for the violation. Additionally, the obligation involves furnishing victims with effective remedies, including reparation.¹²³⁰

Notably, the Main Legal Department of the Verkhovna Rada of Ukraine has highlighted the impracticality of confining compensation solely to damaged and destroyed real estate.¹²³¹ Furthermore, this mechanism fails to consider all objects of civil rights that have suffered damage due to the armed aggression of the Russian Federation, as outlined in the current legislation of Ukraine (Chapter 3 of the Civil Code).¹²³²

In our opinion, and we uphold this position in our research, the diversity of damages suffered by Ukrainian citizens and legal entities only encourages the search for an effective and multifaceted mechanism for compensating for the harm. This mechanism should be a special procedure within which property

rights and non-property rights violated during the war and occupation would be restored.

In contrast to the extrajudicial procedure for obtaining compensation, which is most widely used by citizens, turning to the court is the predominant option. The content of the concept is crucial, as filing a lawsuit for the protection of rights and the chosen method of protecting these rights must comply with the current legislation, including the main codified act regulating property and non-property relations—the Civil Code of Ukraine. Its advantage lies in the fact that, unlike compensation for destroyed real estate, it does not restrict the subject, to whom harm was done, in their right to compensation for specifically identified objects that can be reimbursed.¹²³³

Ukrainian government officials have been actively working on determining the types of damage inflicted. On March 20, 2022, the Cabinet of Ministers of Ukraine approved

¹²³⁰ UNGA - United Nations General Assembly. **Resolution 60/147**, 15 December 2005. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Available at: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>. Access: 20 June 2024.

¹²³¹ UKRAINE. Verkhovna Rada. **Comment of the Main Legal Department no. 7198**, 24 March 2022. On the draft Law of Ukraine on Compensation for Damage and Destruction of Certain Categories of Real Estate as a Result of Hostilities, Terrorist Acts, Sabotage Caused by Armed Aggression of the Russian Federation

against Ukraine, and the State Register of Property Damaged and Destroyed as a Result of Hostilities, Terrorist Acts, Sabotage Caused by Armed Aggression of the Russian Federation against Ukraine. Available in: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1580088>. Access: 20 June 2024.

¹²³² UKRAINE. **Law no. 435-IV**, 16 January 2001. Civil Code of Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>. Access: 20 June 2024.

¹²³³ IZAROVA, Iryna; HARTMAN, Yuliia; NATE, Silviu. War Damages Compensation: A Case Study on Ukraine [version 1; peer review: 2 approved]. In: **F1000Research**, 12:1250, 2023. Available in: <https://doi.org/10.12688/f1000research.136162.1>. Access: 20 June 2024.

the Procedure for determining the damage and losses caused to Ukraine as a result of the armed aggression of the Russian Federation.¹²³⁴ Through this Procedure, the government has broadly defined the directions in which the determination of damage and losses should take place. This list of directions is extensive, comprising 22 categories, each containing a list of key indicators that are assessed. If these directions are conditionally grouped, several generalized categories can be obtained—these include all human losses (both civilian and military); material military losses and those associated with ensuring the internal security of the state; losses of housing stock and amenities; losses of public building objects (educational, sports, social protection, healthcare, cultural, administrative buildings, etc.); losses of housing and communal services and infrastructure of transport and other networks, energy infrastructure; ecological losses encompassing damage to land resources, losses of subsoil and forest fund, damage to water resources and atmospheric air, nature reserve fund; losses of cultural heritage; economic losses of enterprises, institutions, organizations.

In summary, it can be noted that

the damage defined by the government's Procedure correlates quite clearly with the societal demand, as evidenced by the exploration of judicial practices.¹²³⁵ This demonstrates the government's real orientation towards satisfying societal demands and finding the most effective mechanisms for it, allowing for the identification of directions that need further development.

In some cases, it is advisable to utilize an alternative mechanism to the judicial one for compensating the damage to individuals affected by war. This is to ensure that the process of restoring their rights does not inflict even greater trauma. For instance, the prolonged waiting time for the execution of a compensation payment decision, which is a realistic concern in the case of judicial proceedings for compensation, is considered unacceptable.

The government should take measures to ensure that its internal laws, to the maximum extent feasible, stipulate that a victim who has experienced violence or trauma receives special consideration and care. This is intended to prevent the re-traumatization of the victim during the legal and administrative processes designed to deliver justice and reparations.¹²³⁶

¹²³⁴ UKRAINE. Cabinet of Ministers. **Resolution no. 326**, 20 March 2022. The Procedure for Determining the Damage and Losses Caused to Ukraine as a Result of the Armed Aggression of the Russian Federation. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/326-2022-n#Text>. Access: 20 June 2024.

¹²³⁵ IZAROVA, Iryna; HARTMAN, Yuliia; NATE, Silviu. War Damages Compensation: A Case

Study on Ukraine [version 1; peer review: 2 approved]. In: **F1000Research**, 12:1250, 2023. Available in: <https://doi.org/10.12688/f1000research.136162.1>. Access: 20 June 2024.

¹²³⁶ UNGA - United Nations General Assembly. **Resolution 60/147**, 15 December 2005. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross

In summary, it is important for a state affected by war and military actions to make efforts towards implementing a comprehensive mechanism for compensation and reparations for the victims of war and military operations. This includes, but is not limited to, ensuring the protection of rights as outlined in national legislation. Additionally, developing a specialized legislative framework for compensating the losses of war victims is crucial. This framework should go beyond merely compensating for damaged or destroyed immovable property and should fully consider all the interests of the affected individuals, incorporating both tangible and intangible measures to meet the needs of the victims.

The remedies for gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law encompass the victim's entitlement, as outlined in international law, to the following:

- (a) Equal and effective access to justice;
- (b) Adequate, effective and prompt reparation for harm suffered;
- (c) Access to pertinent information regarding violations and mechanisms for reparation.¹²³⁷

This signifies that a victim of a gross violation of international human rights law or a serious violation of international humanitarian law is entitled to equitable access to an

effective judicial remedy in accordance with international law. Other available remedies for the victim include access to administrative and other bodies, along with mechanisms, procedures, and proceedings conducted in accordance with domestic law. International legal obligations concerning the assurance of the right to access justice and fair and impartial proceedings should find expression in domestic laws.

In addition to facilitating individual access to justice, states should strive to establish procedures that enable groups of victims to assert claims for reparation and receive such reparation as deemed appropriate.

CONCLUSION

Taking into account the specificity of the subject, the extrajudicial mechanism of protection under consideration, and the circumstances outlined above, one can conclude the complete expediency and tendency to consider issues of compensation precisely through an extrajudicial mechanism, thereby shifting the focus from the court as a general body whose task is to administer justice to a specially created entity tasked with addressing a specifically defined problem.

Thus, in addition to the efficiency of compensation proceedings, the task of reducing the burden on the judicial system and creating alternative

Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Available at: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and->

guidelines-right-remedy-and-reparation.
Access: 20 June 2024.

¹²³⁷ *ibid.*

mechanisms that also serve the function of ensuring access to justice and its implementation is resolved.

Furthermore, the implementation of additional administrative extrajudicial means of protection, guaranteed by the state and accessible to affected individuals, represents the state's fulfillment of its obligation as stipulated by international law norms.

The example of an extrajudicial compensation mechanism for damages caused by the armed aggression of the Russian Federation against Ukraine, mentioned in the article and currently functioning within the legal system of Ukraine, embodies only one of the possible concepts of such mechanisms and still requires refinement and elimination of existing drawbacks. However, it generally represents the correct direction towards ensuring the swift and fair restoration of violated rights of affected individuals.

The extrajudicial compensation mechanism should complement the judicial method of protection, be combined with it, but in no case should each of the above methods be mutually exclusive. Only in the case of the coexistence of these two methods - both judicial and extrajudicial methods of compensation for harm to injured persons - will a comprehensive approach to compensation for victims of armed aggression be ensured. The example we consider in our study is promising for further imitation. It can serve as a foundation for the introduction of additional extrajudicial procedures for compensation for other, specifically defined types of damage

caused by armed aggression. There is a need to develop a separate mechanism for compensation for environmental damage, as well as damage caused to cultural heritage, which is promising for further research. In addition, the so-called vulnerable parties should be taken into account, which should include children, the elderly, internally displaced persons, etc., for which special Commissions should be created taking into account their needs, in particular, providing specialists in child psychology and preventing excessive digitalization during providing compensation to the elderly, which can become an additional stressor for this vulnerable group.

REFERENCES

- CJEU - Court of Justice of the European Union. **Case C-223/14**, Tecom Mican SL and José Arias Domínguez, Judgment of 11 November 2015. Available in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0223>. Access: 20 June 2024.
- ECtHR - European Court of Human Rights. **Case of Hornsby v. Greece**, Application no. 18357/91, Judgment of 19 March 1997. Available in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58020>. Access: 20 June 2024.
- ECtHR - European Court of Human Rights. **Case of Immobiliare Saffi v. Italy**, Application no. 22774/93, Judgment of 28 July 1999. Available in: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=>

- 001-58292. Access: 20 June 2024.
- EU - European Union. Digitalisation of Justice. **European Commission**, [2020]. Available in: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/digitalisation-justice_en. Access: 20 June 2024.
- EU - European Union. European Parliament; Council of the EU. **Regulation (EC) no. 1393/2007**, 13 November 2007. On the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) no 1348/2000. Available at: <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/1393/oj>. Access: 20 June 2024.
- IZAROVA, Iryna; HARTMAN, Yuliia; NATE, Silviu. War Damages Compensation: A Case Study on Ukraine [version 1; peer review: 2 approved]. In: **F1000Research**, 12:1250, 2023. Available in: <https://doi.org/10.12688/f1000research.136162.1>. Access: 20 June 2024.
- KHANOVA, R. F.; KRAVTSOVA, S. O. (eds.). **Enforcement Proceedings: Theory and Practice**. Monograph. Kharkiv: Pravo, 2021.
- UKRAINE. Administrative Cassation Court of the Supreme Court. **Case no. 580/1300/22**, Decision of 18 January 2023. Available in: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108463659>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. Cabinet of Ministers. **Resolution no. 326**, 20 March 2022. The Procedure for Determining the Damage and Losses Caused to Ukraine as a Result of the Armed Aggression of the Russian Federation. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/326-2022-п#Text>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. Constitutional Court. **Case no. 3-189/2018(1819/18)**, Decision no. 5-p(II)/2020, 18 June 2020. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va05p710-20#Text>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. **Law no. 435-IV**, 16 January 2001. Civil Code of Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. **Law no. 1618-IV**, 18 March 2004. Civil Procedural Code of Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/conv#Text>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. **Law no. 3477-IV**, 23 February 2006. On the Execution of Decisions and the Application of Practices of the European Court of Human Rights. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15/conv#Text>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. **Law no. 3460-VI**, 2 June 2011. On Free Legal Aid. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17/#Text>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. **Law no. 3674-VI**, 8 July 2011. On Court Fees. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17#Text>. Access: 20 June 2024.

- UKRAINE. **Law no. 1207-VII**, 15 April 2014. On Ensuring the Rights and Freedoms of Citizens and the Legal Regime on the Temporarily Occupied Territory of Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. **Law no. 389-VIII**, 12 May 2015. On the Legal Regime of Martial Law. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. **Law no. 2923-IX**, 23 February 2023. On Compensation for Damage and Destruction of Certain Categories of Real Estate as a Result of Hostilities, Terrorist Acts, Sabotage Caused by Armed Aggression of the Russian Federation against Ukraine, and the State Register of Property Damaged and Destroyed as a Result of Hostilities, Terrorist Acts, Sabotage Caused by Armed Aggression of the Russian Federation against Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2923-20#Text>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. Ministry for Communities, Territories and Infrastructure Development. Conditions for Obtaining Assistance in the Restoration of Damaged Housing. **Diya. eRecovery**, [May 2023]. Available in: <https://erecovery.dia.gov.ua/damaged.html>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. Verkhovna Rada. **Comment of the Main Legal Department no. 7198**, 24 March 2022. On the draft Law of Ukraine on Compensation for Damage and Destruction of Certain Categories of Real Estate as a Result of Hostilities, Terrorist Acts, Sabotage Caused by Armed Aggression of the Russian Federation against Ukraine, and the State Register of Property Damaged and Destroyed as a Result of Hostilities, Terrorist Acts, Sabotage Caused by Armed Aggression of the Russian Federation against Ukraine. Available in: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1580088>. Access: 20 June 2024.
- UKRAINE. President. **Decree no. 64/2022**, 24 February 2022. On the Imposition of Martial Law in Ukraine. Available in: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text>. Access: 20 June 2024.
- UN - United Nations. Closure of the United Nations Compensation Commission: Press-Release. **United Nations Office at Geneva**, 09 Dec. 2022. Available in: <https://www.ungeneva.org/en/news-media/press-release/2022/12/closure-united-nations-compensation-commission>. Access: 20 June 2024.
- UNGA - United Nations General Assembly. **Resolution 60/147**, 15 December 2005. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of

International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. Available at: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>. Access: 20 June 2024.

VERNADAKI, Zampia. Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy

Considerations. **Journal of Contemporary European Research**, vol. 9, no. 2, p. 297-312, 2013. DOI 10.30950/jcer.v9i2.425.

WEBINAR: Post-conflict International Claim Commissions. **Volterra Fietta**, 24 Mar. 2022. Available in: <https://www.volterrafietta.com/upcoming-webinar-post-conflict-international-claims-commissions>. Access: 20 June 2024.

ELEMENTO VINCULANTE DAS DECISÕES DO SUPREMO: ENTRE TESES JURÍDICAS E PRECEDENTES JUDICIAIS¹²³⁸

BINDING EFFECT OF THE CONSTITUTIONAL JUDGMENT: BETWEEN LEGAL THESIS AND PRECEDENTS

Jair Marocco

Mestre e Doutorando pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista pela Universidade de Pisa – Itália. Advogado e Procurador do Estado do Pará. Belém, Pará, Brasil. Email: jairmarocco@gmail.com.

RESUMO: Este artigo analisa o sistema de vinculação a decisões superiores do Código de Processo Civil de 2015. Em que pese o esforço do legislador, o estabelecimento de um rol de decisões pretensamente obrigatórias (art. 927) e o alcance da vinculação desses padrões decisórios ainda ensejam dúvidas e controvérsias. Nesse contexto, propõe-se a analisar algumas razões para a reforma e a regulamentação optadas no código para expor, a partir da doutrina e do cotejo de decisões do Supremo Tribunal Federal, que a noção de precedente é essencialmente qualitativa. Como resultado, aponta-se a inviabilidade de se ver o rol optado pelo legislador como taxativo para decisões obrigatórias, bem como se conclui ser possível a distinção de produtos judiciais entre teses jurídicas e precedentes, com diferentes elementos vinculantes, os quais podem ocorrer em qualquer decisão da Suprema Corte, podendo ambos serem vistos como fórmulas esclarecedoras do direito vigente, com eficácia obrigatória no Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; eficácia das decisões; precedente judicial; tese jurídica; motivos determinantes.

ABSTRACT: This article analyzes the system of binding to higher decisions of the Brazilian Civil Procedure Code. Despite the effort of the legislator, the establishment of a list of supposedly mandatory decisions (art. 927) and the scope of binding these decision-making standards still give rise to doubts and controversies. In this context, the study proposes to analyze some of the reasons for the reform and the regulation chosen in the code, to expose, from the doctrine and the comparison of decisions of the Federal Supreme Court, that the notion of precedent is qualitative. As a result, it is pointed out the impossibility of seeing the list chosen by the legislator as exhaustive for mandatory decisions, as well as it is concluded that it is possible to distinguish judicial products between legal theses and precedents, with different binding elements, that can

¹²³⁸ Artigo recebido em 21/05/2022 e aprovado em 16/03/2023.

occur in any decision of the Supreme Court, both of which can be seen as clarifying formulas of the current law, with mandatory effectiveness in the Judiciary.

KEYWORDS: Brazilian Supreme Court; judicial precedent; legal reasons; legal thesis; *ratio decidendi*.

INTRODUÇÃO

Dentre as modificações relevantes do Novo Código de Processo Civil (CPC), está a ressignificação do patamar normativo da jurisprudência dos Tribunais. Previu-se um sistema de vinculação a juízos sucessivos de entendimentos firmados em decisões superiores (art. 927, CPC), bem como o dever interno dos Tribunais de manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente (art. 926, CPC), além de outras normas que privilegiam a eficácia dos entendimentos firmados.

Em que pese essa regulamentação, as dúvidas e as controvérsias ainda residem em torno do alcance da vinculação desses padrões decisórios, bem como da legitimidade do legislador de discriminar os efeitos de decisões a partir do procedimento em que é discutida a demanda.

Nesse sentido, este artigo enfrenta parte dessas controvérsias, propondo que a noção de precedente é essencialmente qualitativa, de modo

que qualquer decisão da Suprema Corte, se preenchidos os requisitos, pode ser vista como naturalmente expansiva. A partir da análise das decisões do Supremo, nomeadamente a tradição das súmulas, verifica-se que, ao lado dos precedentes, é possível classificar como produtos judiciais as teses jurídicas, que possuem capacidade de influir juízos sucessivos, na medida em que concorrem, também, para o esclarecimento do direito vigente.

1. ANTECEDENTES

A preocupação com o tema do precedente judicial no Brasil e sua capacidade de expansão a outros feitos já vem de algum tempo; porém, se antes a discussão era evidente no processo constitucional, hoje o eixo dos debates se desloca para o processo civil, ainda mais com a promulgação do CPC/2015.

Como pano de fundo, pode-se citar a crise numérica do judiciário, a dispersão jurisprudencial excessiva e a necessidade de tutela da segurança jurídica, da uniformidade e da isonomia não só perante a lei (art. 5, II, da Constituição Federal), mas perante a interpretação da lei. Adicionalmente, é possível destacar a tomada de consciência de que o texto normativo pode ser interpretado de diversas maneiras, de modo que o produto da interpretação, a *norma*, distingue-se de seu objeto (o texto).¹²³⁹

¹²³⁹ Sobre o tema, cf.: PINO, Giorgio. *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico em el Estado constitucional*. Tradução de Horacio

Sánchez Pulido et al. 3. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. *E-book*.

De fato, é evidente que situações similares devem ter desfechos similares perante o judiciário. Porém, há tempos arraigou-se a ideia de que os juízes estariam submetidos apenas à lei e que deveriam ter a liberdade necessária para interpretá-la conforme convicções pessoais, mesmo que isso representasse a incoerente situação de decisões díspares para casos idênticos. Essa situação propiciou extrema insegurança jurídica aos jurisdicionados, ao ponto de falar-se em “jurisprudência lotérica”, no sentido de que a sorte da demanda poderia variar a depender da vara ou do juízo em que foi distribuída a ação.

Tais pontos foram objeto de atenção constitucional, que, em sucessivas reformas, preocupou-se com o reforço da eficácia das decisões de tribunais de cúpula: quanto ao STF, lembre-se da criação da ação declaratória de constitucionalidade (EC

nº 3/93) e a inédita menção a “efeito vinculante” de suas decisões, posteriormente estendida expressamente às ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, §2º); o advento das súmulas vinculantes, bem como o filtro constitucional da repercussão geral para os recursos extraordinários (EC nº 45/04), e, mais recentemente, para o STJ, a criação do filtro da relevância pela Emenda nº 125/2022.

De igual modo, e não sem razão, essas questões foram os pontos principais tratados no CPC/2015, que, coroando movimentação anterior, legislativa e jurisprudencial, de outorgar, cada vez mais, eficácia expansiva a decisões de tribunais superiores¹²⁴⁰, sistematizou o que se pode chamar de sistema brasileiro de vinculação a decisões superiores, elevando o patamar normativo da jurisprudência.¹²⁴¹

¹²⁴⁰ Lembra Teori Zavascki que essa evolução “guarda fidelidade absoluta com o perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm, entre as suas principais funções, a de *uniformização* da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar *nomofilática* — entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e a integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme —, funções essas com finalidades ‘que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente’ e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva *ultra partes* dos seus precedentes” (destaques no original). In: ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 42–43.

¹²⁴¹ Como corretamente diagnosticado na exposição de motivos do Novo CPC: “Por outro lado, haver, indefinidamente, *posicionamentos diferentes* e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da *mesma norma jurídica* leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”, daí a razão de se adotar diretrizes no Código com a “tendência de 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”, uma vez que se considera que “essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que *moldem* o ordenamento jurídico, objetivamente

2. REGULAMENTAÇÃO NO NOVO CPC

O primeiro artigo do Título I, Livro III, do CPC (“Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”) inicia-se com diretriz compulsória no sentido de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926), incentivando-se a edição de “enunciados correspondentes a sua jurisprudência dominante” (§1º), de modo a evitar a dispersão jurisprudencial e a incentivar a uniformidade na aplicação do direito tutelada.

São, assim, regras de funcionamento interno dos Tribunais brasileiros, prestigiando o *stare decisis*¹²⁴² a nível horizontal.

O artigo seguinte (art. 927) dispõe que juízes e tribunais devem observar: 1) as decisões do STF em controle

concentrado de constitucionalidade; 2) os enunciados de súmula vinculante; 3) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; 4) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e 5) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Especificamente quanto ao Supremo, como se vê, devem ser seguidas as decisões em controle de constitucionalidade e os enunciados em súmula vinculante (note-se o reforço do comando constitucional previsto no art. 102, §2º e art. 103-A).¹²⁴³ Adicionalmente, são obrigatórios os acórdãos em julgamentos de recursos extraordinários repetitivos e os enunciados de súmulas constitucionais de sua jurisprudência dominante.

considerado” (grifos no original). In: BRASIL. *Código de Processo Civil e Normas Correlatas*. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal; Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 27. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹²⁴² *Stare decisis et non quieta movere*, expressão utilizada no sistema do *common law* e que pode ser visto como sinônimo de valor vinculante do precedente judicial. Observe-se que a prática de seguir precedentes não é desconhecida nos sistemas de base romano-germânica, como o nosso; porém, a peculiaridade que a diferencia consiste na obrigação jurídica do juízo sucessivo de não se distanciar de certos precedentes, mesmo que o juiz o considere equivocado ou injusto. Cf. MATTEI, Ugo; ARIANA, Emanuele. //

modelo di common law. 4. Ed. Torino: Giappichelli Editore, 2014, p. 148.

¹²⁴³ Nery e Nery opinam que tanto o STF como o STJ são tribunais de *casos concretos*, motivo pelo qual somente no caso de súmula vinculante haveria autorização para emissão de teses em formato legislativo, daí por que o “objetivo almejado pelo art. 927 do CPC, para ser efetivo, necessita[ria] de autorização prévia da CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado”. In: NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1.182. Consideram os autores, como se vê, inconstitucional o desiderato do art. 927, incisos III a V.

Prestigia-se, nesse ponto, o dever de *stare decisis* a nível vertical.

Tal obrigatoriedade normativa a juízos posteriores de decisões judiciais acarreta modificações no dever de fundamentação judicial, que, no CPC, teve regulamentação aperfeiçoada.¹²⁴⁴ Assim, passou-se a prever que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” (art. 489, §1º) que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V) e/ou deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente judicial invocado pela parte, “sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento” (inciso VI).¹²⁴⁵

Alguns pontos desde já chamam a atenção na regulamentação legal: a previsão dos chamados “fundamentos determinantes” (inciso V), bem como as categorias da distinção e superação de entendimentos (inciso VI). No primeiro

caso, sobre a identificação de motivos determinantes e ajuste àqueles fundamentos, o Código o faz se referindo a precedentes e súmulas (inciso V); já quando prevê sobre a figura da *distinção* de casos em julgamento e a *superação* de entendimentos, fala-se em súmula, jurisprudência e precedentes invocados pelas partes (inciso VI).

Essa regulamentação pelo legislador, no entanto, não impediu que dúvidas e inquietações surgissem por parte dos intérpretes e estudiosos do tema, como se passa a expor.

3. O ELEMENTO VINCULANTE DAS DECISÕES SUPERIORES: AFINAL, O QUE VINCULA DE UMA DECISÃO SUPERIOR?

Dizer que uma decisão anterior obriga juízos futuros em casos semelhantes pressupõe esclarecer do que se trata o elemento vinculante que impacta a definição da demanda posterior.¹²⁴⁶ A simples menção, como fez o código, de que decisões do STF em

¹²⁴⁴ Para Clayton Maranhão, com a entrada em vigor do novo CPC, “figurou dentre as principais novidades um *standard* de fundamentação das decisões judiciais num nível máximo, conectado com a inserção de um sistema de precedentes no direito brasileiro”, ao contrário do regime anterior, que impunha o padrão médio de fundamentação, consistente no respeito, apenas, dos requisitos do art. 458 do CPC revogado, e suas exigências de relatório, fundamentação e dispositivo. In: MARANHÃO, Clayton. O dever constitucional da fundamentação da sentença e o novo código de processo civil brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria

constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 10, v. 17, n. 2, p. 101–119, 2016. <https://doi.org/10.12957/redp.2016.26601>

¹²⁴⁵ O próprio art. 927, em seu primeiro parágrafo, estabelece que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento nesse artigo”.

¹²⁴⁶ Como adverte a boa doutrina: “é preciso ter presente que falar na observância de enunciados e acórdãos diz muito pouco. Com é evidente, o que deve ser observado são as *rationes decidendi* que podem ser extraídas

controle concentrado, súmulas vinculantes, súmulas constitucionais e recursos extraordinários devem ser observados por juízes e tribunais não esclarece muita coisa. A pergunta que deve ser feita é: em que sentido e sob quais circunstâncias as decisões judiciais nesses procedimentos podem ser vistas como obrigatórias?

O CPC dá a entender que o elemento vinculante das decisões proferidas residiria em seus “motivos determinantes”; o §1º do art. 927 estatui que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”, ou seja, quando levarem em conta os padrões arrolados do art. 927.

Nesse sentido, e ao contrário do Código anterior, o CPC/2015 trouxe expressamente a figura do “precedente”; da leitura do mencionado art. 489, infere-se que o juiz, no dever de fundamentação, deve atenção aos “motivos determinantes” dos precedentes invocados. Essa noção de motivos ou fundamentos determinantes corresponde ao que, no *common law*, chama-se *ratio decidendi*, *holding* ou *core* da decisão, consistente na regra ou princípio geral decisivo e necessário para a resolução do caso, cancelada pela maioria do órgão colegiado.

Mas a extração da *ratio decidendi* não é simples, sendo essencial a análise dos fatos e circunstâncias legais que levaram à decisão. Distingue-se esse

elemento da *obiter dicta*, que são argumentos laterais ou acessórios prescindíveis ao resultado da demanda e que não são capazes de vincular decisões futuras, embora tenham importância por sinalizar parte da opinião da Corte.

Além disso, só existe *ratio decidendi* quando o fundamento é referendado pela maioria do Tribunal, devendo, portanto, as razões jurídicas da decisão serem convergentes para tanto. Isso pressupõe a análise de cada voto proferido, de modo a diferenciá-lo de posições minoritárias e posições concorrentes, as quais, embora concordem com a conclusão do *decisum*, fazem-no por motivação distinta.

Porém, se o elemento vinculante do precedente é sua *ratio decidendi*, o que dizer dos motivos determinantes das súmulas? Ora, também para aplicar esse padrão decisório, o CPC diz ser obrigação do juiz identificar seu motivo determinante, devendo o caso sob julgamento se ajustar a ele (art. 489, §1º, V). A questão é complexa, uma vez que a súmula não se identifica com a *ratio decidendi* de um precedente.

As súmulas fazem parte de nossa tradição e representam o extrato da jurisprudência dominante do STF, sendo fórmulas facilitadoras de acesso a essas, conforme lições de seu idealizador, o Min. Victor Nunes Leal. Mais recentes e de largo uso, as chamadas súmulas vinculantes, objeto

interpretativamente da justificação desses acórdãos”. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel.

Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 873.

de previsão após Emenda Constitucional (EC 45/04), são preceitos de ordem geral que têm como objetivo a validade, interpretação e eficácia de normas constitucionais (art. 103-A, CF).

É que, se o precedente — e sua *ratio essendi* — demandam a análise dos fatos relevantes do caso, do raciocínio judicial empregado e do juízo decisório¹²⁴⁷, a súmula, por sua vez, é vazada de forma simples e direta, sendo comum que os casos anteriores que lhe serviram de base tenham fatos diversos e nuances díspares. Exemplos:

*Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.*¹²⁴⁸ (Súmula nº 736, STF).

*Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.*¹²⁴⁹ (Súmula nº 734, STF).

*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*¹²⁵⁰ (Súmula Vinculante nº 10, STF).¹²⁵¹

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o

¹²⁴⁷ TUCCI, Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

¹²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 736. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula do STF*: versão resumida. Brasília, DF: STF, 2017. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Resumido.pdf. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 734. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula do STF*: versão resumida. Brasília, DF: STF, 2017. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Resumido.pdf. Acesso em: 4 mar. 2023. Esse entendimento jurisprudencial transformou-se em norma expressa no atual CPC (art. 988, §5º).

¹²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes*. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58CompletoCapaeContedo.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹²⁵¹ Em levantamento realizado, em dezembro de 2021, a partir das expressões “reclamação procedente” e “súmula vinculante”, no buscador de jurisprudência do STF, verificou-se que a SV nº 10 é a que ensejava maior número de provimentos de reclamações na Corte, sobretudo em razão de decisões do Tribunal Superior do Trabalho, que negavam vigência à possibilidade de terceirização de atividades-fim pela Lei de Concessão (Lei 8.987/95, art. 25, §1º) e afastavam a eficácia do art. 71, §1º da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), que trata da responsabilidade da administração pública pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas por suas contratadas.

*fundamento de isonomia.*¹²⁵²
(*Súmula Vinculante nº 37*).

Parece, pois, para o caso das súmulas, que os motivos determinantes não são extraídos da *ratio essendi* ou *core* de precedente(s) que justificaram suas emissões, *mas se confundem com as teses exaradas*, que funcionam como preceito legal autônomo, similar à lei, que, porém, devem ser lidos a partir dos casos (muitas vezes, repisa-se, díspares e não análogos) que lhes serviram de suporte para emissão.

Acrescente-se que estas teses jurídicas não decorrem apenas de súmulas do Tribunal, mas são comuns em feitos de outros procedimentos. A título de exemplo, no RE 1.307.334/SP¹²⁵³, a seguinte tese foi julgamento foi fixada: “É constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial”. Aliás, quanto aos recursos extraordinários, a formulação de teses

em casos com repercussão geral tem sido constante, divulgados pelo Tribunal junto ao seu tema e aos acórdãos que serviram de paradigma, como abaixo também se exemplifica:

Tema 29 - Vício de iniciativa de lei municipal, proposta pelo Poder Legislativo local, que veda a contratação de parentes de 1º e 2º graus do Prefeito e Vice-Prefeito para ocuparem cargos comissionados.

Leading case: RE 570392

*Tese de julgamento: “Leis que tratam dos casos de vedação a nepotismo não são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo”.*¹²⁵⁴

Tema 040

Leading case: RE 500171

*Tese de julgamento: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”.*¹²⁵⁵

¹²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 37. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes*. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58CompletoCapaeContedo.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 1.307.334*. Constitucional e Civil. Artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990. Contrato de locação de imóvel comercial. Penhorabilidade do bem de família do fiador. Respeito ao direito de propriedade, à livre iniciativa e ao princípio da boa-fé. Não violação ao artigo 6º da Constituição Federal. Recurso Extraordinário desprovido. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 9 de março de 2022.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur464894/false>. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 29: Vício de iniciativa de lei municipal, proposta pelo Poder Legislativo local, que veda a contratação de parentes de 1º e 2º graus do Prefeito e Vice-Prefeito para ocuparem cargos comissionados*. Relator: Min. Cármen Lúcia, 11 de dezembro de 2014. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2574291&numeroProcesso=570392&classeProcesso=RE&numeroTema=29>. Acesso em: 6 fev. 2023.

¹²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 40: Cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2008. Disponível em:

De igual modo, isso se passa em outros procedimentos: na Suspensão de Liminar nº 1395¹²⁵⁶, chegou-se à seguinte tese de julgamento:

A inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do CPP, com a redação dada pela Lei 13.946/2019, após o prazo legal de 90 (dias), não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.

No MS 36375¹²⁵⁷, a seguinte tese de julgamento foi emitida:

Por ser medida de caráter subsidiário, o financiamento pela União, na forma do art.

101, §4º do ADCT, dos saldos remanescentes de precatórios dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios se condiciona ao esgotamento das demais alternativas, previstas no §2º desse mesmo dispositivo.

Disso decorre, no mais das vezes, a distinção entre o processo de aplicação de precedentes e o de aplicação de teses jurídicas: o primeiro pressupõe refinado raciocínio de comparação e analogia entre os fatos e demais elementos da causa; o segundo assemelha-se ao processo de aplicação de norma jurídica, isto é, a subsunção da premissa ao fato, com a conclusão, sempre com os balizamentos, em maior ou menor medida, dos motivos e circunstâncias anteriores que determinaram a emissão das teses.¹²⁵⁸

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2425020&numeroProcesso=500171&classeProcesso=RE&numeroTema=40>. Acesso em: 6 fev. 2023.

¹²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 1395*. Pedido de Suspensão de Medida Liminar. Procuradoria-Geral da República. Art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal para conhecer de pedido de suspensão de segurança. Contracautela. [...] Suspensão referendada. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de outubro de 2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439615/false>. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança nº 36375*. Direito constitucional. Mandado de Segurança. Abertura de linha de crédito para quitação de

precatórios submetidos a regime especial de pagamento. Relatores: Min. Marco Aurélio e Min. Luís Roberto Barroso, 17 de maio de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur449084/false>. Acesso em: 4 mar. 2023.

¹²⁵⁸ Até porque, segundo art. 926, § 2º, “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Nesse ponto, invocam-se as lições de Rodolfo Mancuso: “Já a ‘interpretação’ da súmula vinculante, ao nosso ver, não se vocaciona ao mesmo elastério a que se sujeitam as normas legais, pela boa razão de que aquele enunciado já *constitui o extrato* de reiterados julgamentos do STF sobre uma dada matéria, onde o tema foi exaustivamente debatido até alcançar um consenso, estratificado no verbete” (destaques no original). In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 430.

Segundo pensamos, o fundamento determinante da decisão judicial (seu elemento vinculante) pode equivaler à *ratio decidendi* (caso em que se tem um precedente judicial) ou a uma *tese jurídica* quando o caso assim o dispuser.

As teses jurídicas têm sido empregadas em maior número de casos, até pela facilidade de aprovação de um enunciado único pelo Supremo, consistente em “extrato-resumo” do julgamento, que é aprovado pela maioria ao fim de deliberação — diferentemente do que ocorre com o precedente, que, para sua compreensão, deve o intérprete que o analisa dissecar o voto prevalecente a fim de concluir se o fundamento determinante desse ocorreu por maioria dos julgadores, além de apartá-los de eventuais fundamentos concorrentes e minoritários.

Tais teses jurídicas podem ser evidenciadas em decisões em controle concentrado, em recursos extraordinários, em súmulas e em outras ações de competência do STF, não se restringindo a procedimento determinados.

A tradição da emissão de teses, como se vê, acabou por expandir-se, passando não apenas a ocorrer em formatos sumulares, mas também no

bojo de outros tipos de procedimentos, caso em que se emite uma “tese de julgamento” na conclusão do julgado.

Trata-se de ponto que merece ser mais bem avaliado: as teses jurídicas podem conviver com os precedentes judiciais, tornando o direito vigente mais esclarecido. Teses são fórmulas esclarecedoras do direito vigente, servindo o caso concreto de oportunidade para a resolução da questão, mas seu produto de aplicação não é equivalente ao do precedente, uma vez que pode ter incidência em casos e situações diversas dos paradigmas que lhe serviram de fundamento.

As teses jurídicas podem exercer funções díspares, como a de funcionar como questão prejudicial que soluciona diversos casos similares; podem representar enunciado mais ou menos genérico decorrente da consolidação jurisprudencial do STF e, ainda, podem representar extrato-resumo que facilita a obtenção e compreensão de *ratio decidendi* de precedente ou precedentes específicos.

Entretanto, trata-se de ponto polêmico, havendo os que opinam que as teses jurídicas somente teriam utilidade e sentido se emitidas como resumo de *ratio decidendi* de precedente(s) judicial(is).¹²⁵⁹

¹²⁵⁹ Essa é a opinião de Marinoni: “a súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes — ou, excepcionalmente, de precedente — que versaram uma mesma questão constitucional”, de tal modo que não haveria “razão para instituir súmula quando a *ratio decidendi* dos precedentes que versaram determinada questão

jurídica [seja] clara, não existindo sobre ela qualquer controvérsia atual”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 489–490. Mais recentemente, o mesmo autor critica a forma como vem se emitindo teses jurídicas a partir de recursos extraordinários: “quando se institui mera ‘tese’, como vem acontecendo no Supremo Tribunal

4. CRÍTICAS AO ARTIGO 927 DO CPC E AOS “GRAUS” DE VINCULAÇÃO.

O CPC tornou obrigatórios os padrões decisórios previstos no art. 927. Ao fazê-lo, deu margem a entender por persuasivos os demais padrões que não constam no rol. No entanto, é equivocado esse entendimento, já que precedentes podem ser consagrados em decisões como mandados de segurança, *habeas corpus*, recursos extraordinários etc., de modo que a noção de obrigatoriedade não deve estar atrelada à previsão legal explícita ou a um rol taxativo.¹²⁶⁰ Note-se que o art. 927 deixou de fora, por exemplo, o recurso extraordinário julgado em repercussão geral fora da sistemática repetitiva.

De fato, a ideia de precedente judicial e sua capacidade de influenciar juízos futuros é essencialmente qualitativa. Embora a legislação possa determinar a obrigação de seguir determinados padrões decisórios, isso ocorre, antes, por exigência do sistema, tendo-se em vista que os precedentes (e as teses jurídicas) concorrem para a promoção da unidade do direito e considerando que o direito vigente é determinado, dentre outros, pela combinação entre a lei e os produtos judiciais.¹²⁶¹

Lembre-se que da existência de *ratio* pressupõe-se que o fundamento jurídico nela contido tenha sido aprovado pela maioria do órgão colegiado, diferenciando-o dos fundamentos concorrentes e dos minoritários eventualmente existentes. Nesse caso, bem se vê, não importa o

Federal, sequer se identifica e considera os fundamentos apresentados durante o julgamento, assim como quais ou quantos Ministros os sustentaram [...] não se identifica a posição majoritária, a eventual maioria absoluta, a posição minoritária e as também eventuais posições concorrentes, lembrando-se que essas nada têm a ver com o número de julgadores a favor ou contra o provimento do recurso.”, concluindo, em seguida: “a tese só tem utilidade quando analisada ao lado da integralidade do precedente, constituindo apenas o indicativo do que nele está contido” (grifos no original). In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 978–981.

¹²⁶⁰ Em sentido contrário é a opinião de Arruda Alvim: “não é o conteúdo das decisões que dá a elas sua normatividade elevada, mas sim a sua própria imperatividade [...]. Nesse aspecto, são ‘precedentes’ (decisões formalmente de observância obrigatória) apenas os

pronunciamentos que se enquadrarem no rol do art. 927 e as decisões proferidas no julgamento de recursos extraordinários no regime de repercussão geral [nessa última situação, em razão das modificações operadas pela Lei 13.256/2016]”. In: ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo. Processo de Conhecimento. Recursos. Precedentes*. 20. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1677 e p. 1680.

¹²⁶¹ É que, se são os textos que são preconcebidos, não as normas — essas resultantes da atividade interpretativa —, decorre que o direito é resultado da combinação da produção de textos com a produção *stricto sensu* de normas aplicáveis em casos concretos. Daí a razão de se dizer que legislador e intérprete (no caso, os juízes) concorrem à produção do direito vigente. Cf. MODUGNO, Franco. *Interpretazione giuridica*. 2. Ed. Padova: Cedam, 2012, p. 262.

resultado da demanda (se procedente ou improcedente), mas o motivo determinante firmado pela maioria do órgão colegiado. Pode ocorrer que uma demanda tenha mesmo resultado, mas por fundamentos jurídicos opostos — nesse caso, embora a decisão conste como obrigatória no rol do art. 927, questiona-se: obrigatoriedade em relação a qual elemento da decisão?

Segundo o ponto de vista defendido, sempre que caracterizado precedente da Corte Suprema, sua *ratio decidendi* é naturalmente expansiva, isto é, expande-se para além das partes, sendo obrigatória para a definição dos casos posteriores análogos, até porque os tribunais devem manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926, CPC).¹²⁶²

Exemplifica-se com decisão do pleno do Supremo que fixou importante alcance interpretativo da Constituição, a partir do *habeas corpus* 126.292/SP¹²⁶³:

Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Na ocasião, em 2016, entendeu-se pela possibilidade de cumprimento de pena mesmo que pendentes recursos excepcionais. Não haveria motivo lógico a negar-se que a fixação desse entendimento se expandisse a outros feitos pelo fato de ter sido exarado em *habeas corpus* e não em um dos provimentos previstos no art. 927 do CPC.¹²⁶⁴

¹²⁶² Em sentido equivalente, expõe Daniel Mitidiero que os “precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre *obrigatórios* – isto é, *vinculantes*. Do contrário, poderiam ser confundidos com simples exemplos” e, mais adiante, acrescenta: “Embora o Código tenha introduzido legislativamente o conceito de precedente entre nós, a autoridade do precedente obviamente dele não decorre. Na verdade, a autoridade do precedente decorre do fato desse encarnar o significado que é adscrito ao direito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça” (destaques no original). In: MITIDIERO. Daniel. *Precedentes: da persuasão à*

vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 92–93.

¹²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 126.292. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sj-ur348283/false>. Acesso em: 4 mar. 2023.*

¹²⁶⁴ Essa orientação, pouco tempo depois, foi revista pelo Tribunal, por meio do julgamento das

Outro exemplo reside nos efeitos concedidos a mandados de injunção pelo STF — que também não constam no rol do art. 927 —, antes mesmo do CPC atual, no sentido de igualá-los aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como aconteceu no MI 712, relacionado ao direito de greve no serviço público.¹²⁶⁵

Dessa feita, se é certo que toda decisão vista como precedente seja obrigatória para casos sucessivos, há situações em que essa obrigatoriedade é reforçada, bem de ver, pela possibilidade de uso de instrumento processual para o caso de desrespeito a seu comando normativo: a reclamação.

Nos termos do art. 988 do CPC, caberá a reclamação para a *preservação da competência do tribunal* e para a *garantia da autoridade de suas decisões* (quanto ao STF, há norma constitucional equivalente no art. 102, I), destacando-

se o cabimento para garantir a observância de enunciado em súmula vinculante e decisões em controle concentrado de constitucionalidade (inciso III). Por sua vez, a reclamação para garantia da autoridade de decisões em RE com repercussão geral e RE julgado em regime repetitivo será possível depois de esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, §5º, II).

Portanto, qualquer decisão do Supremo, tratando-se de precedente judicial ou tese jurídica, pode ser vista como produto judicial expansivo, sendo de observância obrigatória; adicionalmente, os *pronunciamentos expansivos* que ensejam a via da reclamação para discussão de suas violações são, além de expansivos, *pronunciamentos vinculantes*.

Nesse sentido, são pronunciamentos vinculantes as decisões em controle concentrado¹²⁶⁶ e

ações diretas de constitucionalidade 43, 44 e 54 (julgadas em 07/11/2019), passando-se a não admitir qualquer cumprimento provisório antes do trânsito em julgado. Trata-se de episódio, bem se vê, que demonstra a importância da uniformidade e estabilidade de entendimentos jurisprudenciais, sem o qual reina a insegurança jurídica.

¹²⁶⁵ Na ocasião, o Min. Relator Eros Grau teve oportunidade de asseverar: “O poder judiciário, no mandado de injunção, produz norma [...] é inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, aturará como texto normativo a ser interpretado aplicado”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Injunção nº 712*. Mandado de injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do

Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral [...]. Relator: Min. Eros Grau, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sj/ur2462/false>. Acesso em: 4 mar. 2023. Sobre o tema: MAROCCO, Jair Sá; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. Vinculação a precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF): análise à luz do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 44, n. 288, p. 423–443, 2019.

¹²⁶⁶ Importante advertir que, em que pese a orientação de que o elemento vinculante do precedente judicial seja sua *ratio decidendi*, como visto nesse tópico, o STF rechaça a utilização de reclamação “na hipótese em que fundada na transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante, na medida em que tal efeito abrange

as súmulas vinculantes (binômio “vinculação=reclamação”) e são expansivos os demais pronunciamentos vistos como precedentes ou teses jurídicas. Nessa classificação, o RE, quando esgotada a discussão nas instâncias ordinárias, passa de eficácia expansiva para vinculante.

Em quaisquer dos casos, a força expansiva desses produtos judiciais pode ser afastada se o caso posterior for distinto ou se ocorrer a superação do entendimento do padrão decisório invocado (nota-se a influência do *common law* nas técnicas do *distinguishing* e do *overruling*).

5. REFLEXOS DO ACERTAMENTO DO DIREITO PELA SUPREMA CORTE NO SISTEMA DO CÓDIGO

A expansividade dessas decisões-produtos espraia-se em dispositivos do Código de Processo Civil, impactando procedimentos.

Dispensa-se da regra da ordem cronológica de conclusão para proferir sentenças ou acórdãos, prevista no

caput do art. 12, o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em RE repetitivo (art. 12, §2º, II).

Permite-se a concessão da “tutela da evidência”, sem a demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado do processo, quando as alegações do autor possam ser comprovadas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos (destacando-se o RE repetitivo) ou em súmulas vinculantes (art. 311, II).

Também é possível o julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332) nas causas que dispensem a fase instrutória e, independentemente da citação do réu, quando o pedido contrariar enunciado de súmula do Supremo e acórdão proferido em RE repetitivo.

Resta por dispensada a remessa necessária nos casos de condenação à Fazenda Pública quando essa estiver fundada em súmula de tribunal superior ou acórdão do STF em RE repetitivo (art. 496, §4º). Do mesmo modo, dispensa-se

apenas o objeto da ação”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental na Reclamação nº 21.884*. Agravo regimental em Reclamação. Direito processual penal. Audiência de apresentação. Aferição da regularidade da custódia em flagrante. [...] Ato normativo secundário. Ausência de identidade material entre os comandos normativos. Pertinência estrita. Transcendência dos motivos determinantes. Inaplicabilidade. Relator(a): Min. Edson Fachin, 15 de março de 2016. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur344855/false>. Acesso em: 4 mar. 2023. Essa orientação também é seguida pela Segunda

Turma. Em outras palavras, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a *ratio* firmada não pode ser invocada como violação à autoridade de decisão do Supremo por outros juízos que eventualmente lhe desrespeite. Na prática, por exemplo, uma lei estadual B emitida com idêntico teor de outra lei estadual A, já julgada inconstitucional anteriormente pelos motivos x e y, não poderá ser contrastada em sede de Reclamação perante a Suprema Corte, devendo, pois, ser objeto de escrutínio próprio para a decretação de invalidade. Esse entendimento vai de encontro ao desiderato das reformas do CPC.

caução para o cumprimento provisório de sentença quando essa estiver fundada em entendimento de súmula do STF ou acórdão em RE repetitivo (art. 521, IV).

De especial atenção são os poderes monocráticos outorgados ao relator, cabendo-lhe negar provimento a recurso que contrarie súmula do Supremo ou acórdão proferido em RE repetitivo (art. 932, IV, a e b), bem assim, facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento a recurso de decisão que contrarie esses mesmos padrões decisórios (inciso V).

É interessante notar a “excessiva” valorização, pelo legislador, dos produtos judiciais emitidos em procedimentos repetitivos (no caso, o RE repetitivo).¹²⁶⁷ A opção é criticável, vez que não é o tipo de ação que é decisiva para determinar a qualidade da decisão e sua possibilidade de vinculação. Não há motivo para discriminarem-se os efeitos da decisão dada em RE com repercussão geral e RE julgado pelo rito repetitivo¹²⁶⁸, assim como não há motivo para discriminar o produto da decisão porque decorreu de procedimento A ou B.

Não menos importante é a dinâmica do processamento do RE, havendo delegação da possibilidade de

julgamento de seu mérito. Com efeito, poderá o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido (*a quo*): a) negar seguimento a RE que discuta questão constitucional que o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou caso o acórdão recorrido esteja alinhado com entendimento já fixado em RE (art. 1.030, I) e b) encaminhar o processo ao órgão julgador para realizar juízo de retratação, constatando que o acórdão recorrido diverge do entendimento fixado em RE (repetitivo ou não).

Nesses dois casos, ao presidente ou vice-presidente cabem a análise e a interpretação tanto do precedente firmado em RE pelo Supremo, como o cotejo com o caso concreto do acórdão recorrido. Isso pressupõe a extração da *ratio* do precedente e a sua comparação com a solução do acórdão recorrido. Se isso ocorre, os precedentes em recurso extraordinários do STF, mesmo os não firmados na sistemática repetitiva, são também obrigatórios aos demais juízes, a despeito de não constarem no rol do art. 927.

Importante, ainda, citar a possibilidade de rescisão da coisa julgada, via ação rescisória, de decisão de mérito que “violar manifestamente norma jurídica” (art. 966, V). A norma

¹²⁶⁷ Comentando sobre o projeto do NCPC, anotou Bruno Wurmbeuer Junior: “Pode-se mesmo dizer que o legislador teve, ao longo do projeto, verdadeira obsessão com as decisões proferidas no julgamento dos recursos repetitivos por parte dos tribunais superiores e seus efeitos, o que se evidencia pelo grande número de dispositivos reservados a este assunto”. In: WURMBAUER JUNIOR, Bruno. *Novo*

código de processo civil e os direitos repetitivos. Curitiba: Juruá, 2015, p. 148.

¹²⁶⁸ Aliás, essa distinção torna-se ainda mais incoerente diante da própria reforma levada a termo pelo legislador, no CPC, pela Lei 13.256/2016, como se vê na redação atual do art. 1030 (poderes do presidente e vice-presidente no manejo do RE) e no art. 988 (e suas hipóteses de reclamação).

correspondente, no antigo CPC, aduzia a “violar literal disposição de lei” (art. 485, V), o que demonstra evolução na maneira de se ver as coisas, já que *dispositivo* e *norma* têm sido vistos como coisas distintas.

Nessas hipóteses, pode ser invocado vício *in iudicando*, consistente na aplicação manifestamente incorreta de precedente ou tese jurídica. Nos termos do §5º do art. 966, a rescisória é cabível “contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento” (inciso V), ou, em outros termos, da decisão em instância ordinária que deixa de fazer a distinção (*distinguishing*).

6. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO, MODULAÇÃO TEMPORAL E AMPLA JUSTIFICATIVA

Uma vez que as decisões superiores expressam o direito vigente, sendo, em conjunto com a lei, fontes normativas, impactando condutas e comportamentos, as modificações de entendimentos devem ser vistas excepcionalmente, exigindo-se para tanto ampla justificativa (art. 927, §4º), podendo haver, ainda, “modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (art. 927, §3º).

Trata-se de novidade no CPC, e razões de tomo justificam essa preocupação, amparadas na segurança jurídica e no interesse social.

A modificação de entendimento pode ser comparada à retirada de lei do ordenamento jurídico, ou, ao contrário, à reprivatização de lei considerada revogada, daí por que deve ser situação excepcional.

7. TRANSFORMAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Num sistema baseado no direito escrito, admitir que o direito jurisprudencial passa a ser fonte do direito implica modificações na atuação dos operadores jurídicos.

É que o modelo de criação normativa pelo processo judicial difere do que se está habituado (legislador, textos legais); correlato a isso, as categorias do processo passam a ter grande importância, chamando-se a atenção à *ratio decidendi*, às teses jurídicas, à *dicta*, às eficácias expansivas etc. — e não apenas, como antes, o dispositivo e a coisa julgada formada.

Fácil intuir que a tarefa do julgador se torna mais complexa, relembrando-se o que se disse sobre o aperfeiçoamento do dever de fundamentação pelo novo CPC. Paralelo a isso, não podem ser esquecidos o papel dos advogados e a importância de bem concatenar os pedidos e causa de pedir com base nos precedentes e teses que influenciem sua demanda.

O próprio conhecimento do direito vigente passa a ser tarefa mais emaranhada, daí por que, além disso, igual atenção deve ser dada à

publicidade das decisões da Corte Suprema.¹²⁶⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independentemente do *tipo de ação* ou *procedimento* em que houve a discussão, os precedentes do Supremo Tribunal Federal são, observados aspectos qualitativos (como a consagração de fundamento determinante por órgão colegiado, respeito ao contraditório, publicação etc.), naturalmente expansivos, isto é, de obrigatoria consideração em casos análogos no que diz respeito a sua *ratio decidendi*.

Características semelhantes possuem as teses jurídicas emanadas por esse Tribunal; porém, essas são vazadas em termos sintéticos, similar a disposições legislativas. O fundamento determinante das teses, segundo defendido, é a sua própria diretriz normativa que, não obstante, deve ser lida em conformidade aos casos que lhe serviram de pressuposto.

Esse notável avanço do patamar jurisprudencial no código deve ser lido sistematicamente para sua melhor compreensão; doravante, os precedentes e teses jurídicas devem ser vistos como produtos interpretativos que, ao esclarecerem o alcance do direito vigente, passam a compô-lo.

De forma correlata, e por essa mesma razão, a modificação de entendimentos, quando não puder ser

evitada, deve ser precedida sempre de ampla justificativa e de especial preocupação quanto aos impactos no interesse social e na segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALVIM. Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo. Processo de Conhecimento. Recursos. Precedentes*. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 1.307.334*. Constitucional e Civil. Artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990. Contrato de locação de imóvel comercial. Penhorabilidade do bem de família do fiador. Respeito ao direito de propriedade, à livre iniciativa e ao princípio da boa-fé. Não violação ao artigo 6º da Constituição Federal. Recurso Extraordinário desprovido. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 9 de março de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur464894/false>. Acesso em: 4 mar. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Referendo na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 1395*. Pedido de Suspensão de Medida Liminar. Procuradoria-Geral da República. Art. 316, parágrafo único, do

¹²⁶⁹ Nesse particular, dentre outros, previu-se que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão

jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores” (art. 927, §5, CPC).

Código de Processo Penal. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal para conhecer de pedido de suspensão de segurança. Contracautela. [...] Suspensão referendada. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439615/false>.

Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança nº 36375*. Direito constitucional. Mandado de Segurança. Abertura de linha de crédito para quitação de precatórios submetidos a regime especial de pagamento. Relatores: Min. Marco Aurélio e Min. Luís Roberto Barroso, 17 de maio de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur449084/false>. Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus nº 126.292*. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Injunção nº 712*. Mandado de injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral [...]. Relator: Min. Eros Grau, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2462/false>. Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Agravo Regimental na Reclamação nº 21884. Agravo regimental em Reclamação. Direito processual penal. Audiência de apresentação. Aferição da regularidade da custódia em flagrante. Provimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ato normativo secundário. Ausência de identidade material entre os comandos normativos. Pertinência estrita. Transcendência dos motivos determinantes. Inaplicabilidade. Relator(a): Min. Edson Fachin, 15 de março de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur344855/false>. Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 736. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula do STF: versão resumida*. Brasília, DF: STF, 2017. Disponível em:

- https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Resumido.pdf. Acesso em: 4 mar. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 734. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula do STF*: versão resumida. Brasília, DF: STF, 2017. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Resumido.pdf. Acesso em: 4 mar. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 10. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes*. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58CompletoCapaeContedo.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 37. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas Vinculantes*. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58CompletoCapaeContedo.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 29*: Vício de iniciativa de lei municipal, proposta pelo Poder Legislativo local, que veda a contratação de parentes de 1º e 2º graus do Prefeito e Vice-Prefeito para ocuparem cargos comissionados. Relator: Min. Cármen Lúcia, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2574291&numeroProcesso=570392&classeProcesso=RE&numeroTema=29>. Acesso em: 6 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 40*: Cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2425020&numeroProcesso=500171&classeProcesso=RE&numeroTema=40>. Acesso em: 6 fev. 2023.
- BRASIL. *Código de Processo Civil e Normas Correlatas*. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal; Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2023.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MATTEI, Ugo; ARIANA, Emanuele. *Il Modello Di Common Law*. 4. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2014.
- MARANHÃO, Clayton. O dever constitucional da fundamentação da sentença e o novo código de processo civil brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos

- precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 10, v. 17, n. 2, p. 101–119, 2016. <https://doi.org/10.12957/redp.2016.26601>
- MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.
- MARINONI. Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAROCCO, Jair Sá; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. Vinculação a precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF): análise à luz do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 44, n. 288, p. 423–443, 2019.
- MITIDIERO. Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MODUGNO, Franco. *Interpretazione giuridica*. 2. ed. Padova: Cedam, 2012.
- NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- PINO, Giorgio. *Derechos e interpretación: el razonamiento jurídico em el Estado constitucional*. Tradução de Horacio Sánchez Pulido *et al.* 3. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. *E-book*.
- TUCCI, Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.
- WURMBAUER JUNIOR, Bruno. *Novo código de processo civil e os direitos repetitivos*. Curitiba: Juruá, 2015.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

AUTOCOMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA: A INTEGRAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS AOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS¹²⁷⁰

THE SELF-COMPOSITION OF CIVIL DAMAGES IN CRIMES OF PRIVATE CRIMINAL ACTION: THE INTEGRATION OF SPECIAL CRIMINAL COURTS INTO JUDICIAL CENTERS FOR CONSENSUS CONFLICT RESOLUTION

Jovina d'Avila Bordoni

Doutorado e mestrado em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza. Mestranda em Direito e Gestão de Conflitos, Universidade de Fortaleza. Especialização em Direito Constitucional e Processo Constitucional (Esmp/Uece); Direito Municipal brasileiro; Formação de Magistrados; Processo Penal (Unifor). Direito Público (Esmec/Uece). Graduação em Direito (1995) e Ciências Econômicas (1987) pela Universidade de Fortaleza. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Formadora na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Conteudista da Escola Nacional da Magistratura. Instrutora de Mediação e Conciliação Judicial do Conselho Nacional de Justiça. Mediadora e Conciliadora Judicial. Expositora de Oficinas de Parentalidade e Instrutora de Círculos de Justiça Restaurativa e Construção de Paz. Membro da linha de pesquisa Políticas Públicas Sociedade e Sistema de Justiça do Grupo de Pesquisa "Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário da Esmec. Fortaleza, Ceará, Brasil. E-mail: jovinadavila@gmail.com.

Luciano Tonet

Doutorado e mestrado em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza. Mestrando em Direito e Gestão de Conflitos, Universidade de Fortaleza. Especialização em Direito Constitucional e Processo Constitucional (ESMP/Uece); Direito da Criança e do Adolescente: uma visão interdisciplinar (ESMP/Uece); Sistema Jurídico e Criminalidade (ESMP/Fametro); Direito e Processo Constitucional (Esmp/Uece), Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário (Puc/Pr). Professor da ESMP e ESMEC. Promotor de Justiça no Estado do Ceará. Formador credenciado da Escola Nacional da Magistratura. Parecerista. Membro da linha de pesquisa Direitos Humanos da Escola Superior da Magistratura. Fortaleza, Ceará, Brasil. E-mail: lucianotonet@hotmail.com.

Ana Paula de Oliveira Adriano

Especialista em Processo Civil pela UNIFB e em Docência no Ensino Superior pela Uniasselvi, com MBA em Gestão Pública pela Uniasselvi. Formação em Conciliação e Mediação Judicial pelo Núcleo Permanente de Métodos Judiciais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - NUPEMEC/TJCE. Formadora de formadores pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC; Fortaleza, Ceará, Brasil.

¹²⁷⁰ Artigo recebido em 22/05/2022 e aprovado em 01/08/2022.

Assistente Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: anapaulaadriano@gmail.com.

RESUMO: A aplicação de métodos autocompositivos pode ser um aliado na resolução dos conflitos criminais, em crimes de ação penal privada e condicionada à representação, previstos na Lei nº. 9.099/1995. Os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, local em que são realizadas sessões de conciliação e mediação tendo à frente profissionais qualificados como Mediadores e Conciliadores Judiciais, oportuniza a composição civil de danos, com a restauração do diálogo entre as partes. Assim, o objetivo geral do presente estudo é demonstrar a possibilidade de resolução dos conflitos por meio de métodos adequados, nos crimes de ação penal privada e condicionada à representação. A metodologia utilizada é bibliográfica e documental. Conclui-se que a integração dos Juizados Criminais com os Centros Judiciários assegura maior eficiência ao Poder Judiciário no tratamento adequado dos conflitos criminais de ação penal privada e condicionada à representação e traz o apaziguamento no meio social ao propiciar um espaço de comunicação e cooperação nas composições de danos civis.

PALAVRAS-CHAVE: Centros Judiciários; Juizados Criminais; métodos autocompositivos; composição civil de danos; tratamento adequado de conflitos.

ABSTRACT: The application of self-composition methods can be an ally in the resolution of criminal conflicts, in crimes of private criminal action, and conditional on representation, provided for in Law 9.099/1995. The Judiciary Centers for Consensual Conflict Resolution, a place where conciliation and mediation sessions are held, having at the head qualified professionals such as Mediators and Judicial Conciliators, provides an opportunity for the civil composition of damages, with the restoration of dialogue between the parties. Thus, the general objective of the present study is to demonstrate the possibility of conflict resolution through appropriate methods, in the crimes of private criminal action and conditional on representation. The methodology used is bibliographic and documentary. It is concluded that the integration of the Criminal Courts with the Judiciary Centers ensures greater efficiency to the Judiciary in the adequate treatment of criminal conflicts of private criminal action and conditioned to representation and brings appeasement in the social environment by providing a space for communication and cooperation in the composition of civil damages.

KEYWORDS: Judiciary Centers; Criminal Courts; auto composition methods; civil composition of damages; treatment adequate of conflicts.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, no exercício da função estatal de prestação jurisdicional busca respostas efetivas aos conflitos sociais a fim de alcançar a paz no meio social. A questão que pode ser levantada é se a aplicação de métodos autocompositivos pode ser um aliado nos conflitos criminais, em crimes de ação penal privada e condicionada à representação, previstos na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 e como isto pode ser implementado.

Tal possibilidade mostra-se plenamente viável, especialmente, por terem sido criados, com o advento da Resolução do CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), atualmente, Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos ¹²⁷¹. Nestes são realizadas sessões de conciliação e mediação tendo à frente pessoas qualificadas, os Mediadores e Conciliadores Judiciais.

O presente trabalho, portanto, justifica-se com o fim de demonstrar que nos conflitos criminais, acima mencionados, deve-se buscar da melhor forma, a composição civil de danos, inclusive com restauração do diálogo entre as partes.

Assim, o objetivo geral do presente estudo é demonstrar a possibilidade de resolução dos conflitos

por meio de métodos adequados, nos crimes de ação penal privada e condicionada à representação. Atrélado ao objetivo geral, tem-se os específicos de que as composições de danos civis podem ser melhor geridas em um Centro Judiciário, no qual os facilitadores - mediadores e conciliadores judiciais - possuem uma capacitação e treinamento mais específico, inclusive para lidar com sentimentos, necessidades e valores das partes envolvidas.

Ademais, nos referidos Centros em virtude de existir um quantitativo expressivo de especialistas em métodos autocompositivos há maior disponibilidade de pauta para realização de sessões, a fim de atender os envolvidos nos conflitos, de forma mais célere e, assim dar maior vazão às demandas que aportam, em elevada quantidade, aos Juizados Especiais Criminais.

A fim de serem alcançados os objetivos, delineou-se na primeira e segunda parte do estudo a importância da pacificação social pelo Poder Judiciário e do incentivo à autocomposição no ordenamento jurídico nacional, para em seguida pontuar-se quais são os tipos de ações penais privadas e condicionadas à representação que chegam aos Juizados Especiais Criminais, fazendo-se, após, um diagnóstico desses Juizados em Fortaleza (CE), para, em continuidade, falar da viabilidade da integração do

¹²⁷¹ Nomenclatura alterada de acordo com a Lei nº. 13.140/15, art. 24 e Lei nº. 13.104/15, art. 165.

Centro Judiciário (CEJUSC) com o sistema dos Juizados Especiais Criminais. A metodologia utilizada foi bibliográfica e documental, sendo nesta quantitativa para demonstrar que os números comprovam os objetos gerais e qualitativa, que permite compreender as informações apresentadas.

Ao final, espera-se demonstrar que os conflitos criminais, objeto deste estudo, com possibilidade de composição de danos civis, serão melhor tratados por meio de métodos autocompositivos, com a participação de mediadores e conciliadores judiciais, em espaço reservado e planejado para que as partes possam dialogar e conciliar, como o existente nos Centros Judiciários. Para assim, comprovar a eficácia da integração entre as unidades dos Juizados Especiais Criminais e os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos.

Diversas consequências positivas que podem advir, como a maior eficiência do Poder Judiciário no tratamento adequado dos conflitos criminais de ação penal privada e condicionada à representação, evitando-se o efeito multiplicador das

vendas e promovendo, efetivamente, o apaziguamento no meio social.

1. O PODER JUDICIÁRIO E A PACIFICAÇÃO SOCIAL

O Poder Judiciário, no exercício da função estatal de prestação jurisdicional, tem a pacificação social como diretriz mais abrangente da sua atuação. A pacificação social engloba a garantia do exercício de direitos e deveres, igualdade de oportunidades, superação de desigualdades sociais, por meio da aplicação adequada das normas.

Nesse sentido, para a pacificação social é que devem convergir todos os planos de atuação elaborados pelo Poder Judiciário, incluídos aqueles que tem por fim a implementação de solução de conflitos por métodos autocompositivos¹²⁷², que se encontram em normativos que disciplinam e incentivam a solução consensual de conflitos apresentados, precipuamente, na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário¹²⁷³, na Lei nº.

¹²⁷² “Os métodos autocompositivos, em que as partes podem indicar as soluções para o conflito, de acordo com suas necessidades, possibilidades e vontade, sem esperar por terceira pessoa, como ocorre nas decisões judiciais em que o juiz dita a forma de resolver o litígio, podem melhorar o desempenho da Justiça e, primordialmente, incentivar e possibilitar, às partes, a restaurarem suas relações e a concretizarem o anseio social pela paz” (BORDONI, Jovina d’Ávila. *O uso das tecnologias*

de informação e comunicação na resolução dos conflitos por meio da mediação e da conciliação: um estudo dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos no Brasil. 2020. 290 f. Tese em Direito. Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direito Constitucional Público e Teoria Política. Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 2020, p. 72).

¹²⁷³ Conforme Watanabe, por meio da política judiciária o Judiciário estará adotando um

13.140, 26 de junho de 2015 e na Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário o permanente aprimoramento de suas respostas às demandas dos jurisdicionados a partir da observação da realidade social, com o objetivo de promover a paz na sociedade. O Conselho Nacional de Justiça, na condição de órgão de controle da atuação administrativa do Poder Judiciário trouxe como Estratégia Nacional desse Poder, de 2021 a 2026, na Resolução nº. 325, de 29 de junho de 2020 a prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos. Refere-se em seu Anexo I, “ao fomento de meios extrajudiciais para prevenção e para resolução negociada de conflitos, com a participação ativa do cidadão”, a fim de que a comunidade seja estimulada a resolver seus conflitos por meio da mediação e da conciliação, inclusive com parcerias, como forma de resolver as demandas já existentes e as que poderiam surgir.

A Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, por sua vez, trata da Política Nacional de Justiça Restaurativa com a adoção de métodos alternativos de tratamento de conflitos para os procedimentos criminais. Em suas

considerações iniciais, a Resolução explicita que diante da complexidade dos conflitos e da violência, devem ser considerados, não somente aspectos relacionais individuais, assim como os aspectos comunitários, institucionais e sociais que favorecem o seu surgimento, de forma que surge a necessidade de serem criados procedimentos e espaços apropriados para a mudança de paradigmas.

Ainda quanto à Resolução nº. 225/2016, o artigo 7º prevê que procedimentos e processos judiciais podem ser encaminhados ao atendimento restaurativo judicial, em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social, o que indica uma ampliação do conceito de solução de conflitos, inclusive para além da seara da composição civil na jurisdição criminal.

Dessa forma, as práticas de mediação, conciliação e outros meios autocompositivos ¹²⁷⁴ assumem um papel relevante, dentro do Poder Judiciário, para a solução de diversos tipos de conflitos, sejam demandas

importante “filtro da litigiosidade” que ao invés de barrar o acesso à justiça assegura o “acesso à ordem Jurídica justa” aos jurisdicionados (WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: LAGRASTA, Valéria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal (Org.). *Conciliação e mediação: ensino em construção*. 2. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2019, p. 61-62).

¹²⁷⁴ O processo é de autocomposição quando as partes envolvidas tentam, por si próprias, chegar a um acordo “recompondo, através de uma mirada interior, os ingredientes (afetivos, jurídicos, patrimoniais ou de outros tipos) que possam gerar o diferente” (WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 56).

cíveis ou criminais¹²⁷⁵, especialmente diante de uma sociedade que se mostra cada dia mais dinâmica em seus relacionamentos, com aumento do número de litígios¹²⁷⁶, que reclamam um pronunciamento judicial célere.

2. INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Consta da exposição de motivos do atual Código de Processo Civil, com alteração da Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, que um dos objetivos da nova legislação é atenuar o excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário, de maneira a proporcionar a concentração de esforços, primando pelo melhor aproveitamento de seus recursos para

prestar um serviço jurisdicional mais célere e eficaz¹²⁷⁷.

No artigo 3º, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil, temos o fundamento legal da solução consensual de conflitos, no qual prevê que o Estado, sempre que possível promoverá a conciliação e a mediação¹²⁷⁸, além de outros métodos de resolução consensual de conflitos, de forma que devem ser incentivados, inclusive no curso do processo judicial, por todos os profissionais do Direito, como juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

A Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015, traz a possibilidade de realização de mediação judicial e extrajudicial, inclusive *online*¹²⁷⁹. Assim

¹²⁷⁵ Segundo restou discutido no Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) - Enunciado 119 – É possível a mediação no âmbito do Juizado Especial Criminal (XXIX Encontro – Bonito/MS). (BRASIL. CNJ. Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais/>>. Acesso em: 01 abr. 2022).

¹²⁷⁶ Dados da pesquisa *Justiça em Números*, 16º Relatório elaborado em 2020, que traz como ano base 2019, o Poder Judiciário, embora com uma curva na redução do estoque de processos, finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação, na espera de alguma solução definitiva (BRASIL. CNJ. *Justiça em Números*, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf>. Acesso em 16 abr. 2022).

¹²⁷⁷ Os meios amigáveis de solucionar os conflitos, por reduzirem os processos na esfera estatal e possibilitarem decisões mais céleres,

tornam-se fortes aliados, tanto do Poder Judiciário como também da sociedade, na medida em que incentivam a transformação cultural e implantam a cultura do diálogo e da solidariedade. (SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a paz social. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio, São Paulo, Fortaleza: ABC, 2003. p. 75)

¹²⁷⁸ A mediação é conceituada na Lei nº 13.140/14, art. 1º, parágrafo único, como: “A atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Já o CPC define a conciliação pela atuação do conciliador, quando dispõe no art. 165, §2º que: O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

¹²⁷⁹ Conforme Bordon e Tonet: “A busca pelo melhor caminho a trilhar, com maior celeridade

observa-se que tanto o Código de Processo Civil, quanto a Lei de Mediação sofreram influência e seguiram as diretrizes da Resolução do CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Com a Resolução do CNJ nº 125/2010, foram criados na estrutura do Poder Judiciário o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania (NUPEMEC), com o encargo de disseminar e dar cumprimento à política autocompositiva dentro do Estado da Federação de atuação do Tribunal a que está vinculado, bem assim, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), responsáveis pela realização das sessões de conciliação e mediação a cargo de mediadores e conciliadores¹²⁸⁰.

3. AS AÇÕES PENAIS PRIVADAS E CONDICIONADAS À REPRESENTAÇÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Os Juizados Especiais Criminais recebem Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCO), que são encaminhados pelas autoridades policiais, para apuração das condutas penais que lhes são relatadas nas Delegacias. Apesar da persecução penal

ser executada, predominantemente, pelo Estado, por meio do Ministério Público (crimes de ação penal pública), são recebidos também procedimentos que dependem do oferecimento de queixa-crime (ações penais privadas) ou de ratificação da representação pela vítima (crimes de ação penal condicionada à representação).

Especificamente, quanto às ações penais privadas e às condicionadas à representação da vítima, tem-se que os crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação - arts. 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro - CPB), dano (art. 163, do CPB), exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, do CPB, lesão corporal (art. 129, do CPB) e ameaça (art. 147, do CPB) são os que estão incluídos na competência dos Juizados Especiais Criminais, em virtude da previsão de pena máxima abstrata não superior a 2 (dois) anos.

Em relação às ações penais de natureza privada, o interesse processual é exclusivo da vítima, a quem cabe o oferecimento da queixa-crime, observados os requisitos do artigo 44 do Código de Processo Penal, caso em que o Ministério Público atua na condição de fiscal do ordenamento jurídico, não cabendo ao mesmo a defesa de interesse exclusivo da vítima.

Os crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria, trazem a

e aumento nos julgamentos das demandas judiciais e, ainda, com a satisfação do jurisdicionado, valendo-se do auxílio da tecnologia, é uma realidade com a qual o Judiciário se depara e da qual não pode se eximir de participar” (BORDONI, Jovina d’Avila; TONET,

Luciano. *Inovação e tecnologia no Judiciário*. Revista Themis. EsmeC-Fortaleza - CE, v. 18, n. 2, p.151-170, jul./dez. 2020, p. 165).

¹²⁸⁰ Os mediadores e conciliadores Judiciais são considerados Auxiliares da Justiça, nos termos do art. 149 do CPC.

exigência de queixa-crime, nos termos do art. 145 do Código Penal. Quanto ao delito de dano a previsão das situações em que o oferecimento da queixa-crime é requisito para prosseguimento da persecução penal consta no artigo 167 do Código Penal. Por sua vez, em relação ao crime de exercício arbitrário das próprias razões, o parágrafo único do art. 345 do Código Penal prevê a ocorrência de violência como requisito para estabelecer a situação em que se procede, exclusivamente, mediante queixa.

No que diz respeito ao crime de ameaça, a exigência de representação da vítima para prosseguimento da persecução criminal consta no parágrafo único do art. 147 do Código Penal. Além dessa previsão, o art. 75 da Lei nº. 9099/95, em seu parágrafo único, reitera a necessidade da representação com a respectiva ratificação como autêntica condição de procedibilidade, no âmbito dos Juizados Especiais.

O crime de lesão corporal, embora seja de ação penal pública incondicionada nos termos do Código Penal, o art. 88 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais prediz que, no caso de crimes de lesões corporais leves e culposas, o prosseguimento do feito depende de representação da vítima.

Nas ações penais condicionadas a atuação do Ministério Público a persecução penal depende de ratificação da representação pela vítima, que pode ser manifestada de forma simples, como uma mera declaração. A partir da representação, o Ministério Público atuará em defesa do

noticiante e da sociedade. Não havendo a ratificação da representação ou o ajuizamento de queixa-crime, a depender do crime, tem-se a decadência, que é uma das causas de extinção da punibilidade do autuado.

Tanto em relação aos crimes de ação privada quanto aos crimes de ação pública condicionada à representação, o instituto da decadência encontra seu regramento no Código de Processo Penal, cujo art. 38 estabelece que o ofendido decairá do seu direito de queixa ou representação (aqui incluída a necessidade de ratificação da representação em juízo prevista na Lei nº. 9099/95), caso não exerça tal direito dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime.

A decadência no processo penal é causa extintiva da punibilidade consistente na perda do direito de representação (também assim entendida a respectiva ratificação) ou queixa em decorrência de não ter sido exercido no prazo previsto em lei, conforme previsão dos artigos 103 e 107, IV, do Código Penal. De tal sorte, a decadência atinge o próprio direito de punir do Estado, de forma indireta, nas ações condicionadas à representação com a devida ratificação em juízo, porque ausente o direito de delatar, não pode agir a vítima intempestivamente.

O prazo decadencial é fatal e improrrogável, não se interrompe pela instauração do inquérito policial ou do termo circunstanciado, nem remessa dos autos ao juízo competente. Também, o prazo decadencial não resta interrompido e nem suspenso com

intimação do representante do Ministério Público, nem mesmo durante o período do recesso forense ou em situação de pandemia declarada.

Vale acrescentar que para afastar a ocorrência da extinção da punibilidade em virtude da decadência é suficiente que o ofendido apresente a queixa-crime ou ratifique a representação perante o juízo (conforme o caso). Isto dentro do prazo legal estabelecido, com a manifestação clara da vontade persecutória, ainda que não haja o recebimento da peça dentro do mencionado prazo.

A ausência de queixa-crime ou a falta de ratificação da representação caracteriza a decadência e acarreta a extinção da punibilidade do agente, nos termos previstos no art. 107, inciso IV, do Código Penal.

Portanto, nas ações penais privadas e nas ações condicionadas à representação do ofendido, dispostas na Lei nº. 9.099/95, a autocomposição pode representar uma oportunidade de acordo ¹²⁸¹, proporcionando-se a

composição civil ¹²⁸² por parte do ofensor, o que evita medidas judiciais, como prevê a referida Lei no seu artigo 74 ¹²⁸³, além de solucionar de forma célere e satisfatória a demanda.

4. DIAGNÓSTICO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS DA COMARCA DE FORTALEZA

Analisando os Termos Circunstanciados encaminhados pelas Delegacias, é possível observar que as contravenções penais com vítimas específicas, em várias situações provêm de conflitos originados nas relações de convivência familiar, relacionamentos afetivos anteriores ou atuais, questões relativas à sucessão, conflitos de vizinhança/condominiais e relações de sociedade comercial, isoladas ou cumulativamente.

A conduta caracterizada como infração penal e que possui uma ou mais vítimas específicas, geralmente decorre de relações de trato continuado e, em muitos casos, tais relações conflituosas

¹²⁸¹ “Os humanos, em resumo, têm a escolha - podem resolver seus conflitos de forma cooperativa ou coativa. Longe de ser o contrário de conflitos, a cooperação torna-se então, uma das principais maneiras de resolver conflitos” (URY, William. *Chegando à paz: resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia-a-dia*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p.55).

¹²⁸² “A composição civil consiste em acordos de natureza civil, como reparação de danos morais e materiais entre vítima e suposto autor” (SOUZA, Diovano de; GRAEBIN, Jonathan Miguel. *Os benefícios da Lei 9.099/95 para a sociedade: no âmbito dos juzados especiais criminais*. Anuário Pesquisa E Extensão Unoesc São Miguel Do Oeste, [S. l.], v. 6, p. e27757, 2021. Disponível

em:

<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/apeusmo/article/view/27757>. Acesso em: 30 abr.. 2022. p. 04).

¹²⁸³ Lei 9.099/95 - Art. 74 - “A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

são também discutidas em processos que tramitam em outras unidades judiciárias.

A distribuição de procedimentos e queixas-crime são cadastradas sob a classe processual de representação criminal, o que possibilita identificar dentre os termos circunstanciados, os procedimentos encaminhados pelo Ministério Público e as queixas-crime antes do seu recebimento pelo magistrado, agrupadas por semestre, em períodos diversos, antes e durante a pandemia de COVID-19.

Na pesquisa acerca da distribuição de procedimentos no Sistema de Processos Judiciais Eletrônicos - PJe/TJCE, acessado pelo endereço

<https://pje.tjce.jus.br/pje1grau/login.seam>, com *login* de usuário do Poder Judiciário, pode-se ver o total dos procedimentos de cada semestre. A tabela disponibilizada no “anexo” demonstra a distribuição dos procedimentos nos Juizados Especiais Criminais da Comarca de Fortaleza.

A partir da análise dos dados da tabela acima, é possível observar que ocorreu uma redução considerável do número de procedimentos recebidos, durante o período mais crítico da pandemia, em que foram decretados sucessivos períodos de isolamento social - *lockdown*. No primeiro semestre do ano de 2020, foram distribuídos 547 (quinhentos e quarenta e sete) procedimentos e houve uma redução significativa da distribuição comparada ao semestre imediatamente anterior, no qual foram distribuídos 798 (setecentos e noventa e oito) procedimentos.

Cabe ressaltar que, após a declaração da situação de pandemia, foram expedidos diversos decretos estaduais e municipais, restringindo a circulação de pessoas, o que pode ter influenciado na redução no número de registro de ocorrências nos meses que seguiram à decretação de *lockdown* e demais restrições. Após a flexibilização das restrições de circulação, foi possível verificar um aumento no número de ocorrências recebidas pelos Juizados Especiais, principalmente oriundas das Delegacias de Polícia, observando-se a diferença apurada nas quantidades de procedimentos recebidos a partir do segundo semestre do ano de 2020, quando iniciada a redução das restrições referentes à pandemia.

Os resultados encontrados indicaram o aumento da quantidade de procedimentos distribuídos nos semestres subsequentes, conforme também se alterou a situação de pandemia (que não segue uma trajetória constante), com adoção de medidas de maior e menor restrição, de acordo com a evolução do controle da própria pandemia, a qual vem se estendendo até o presente momento.

Apesar da necessária adaptação à realização de atividades em meio remoto, o registro de ocorrências aqui analisadas é feito, predominantemente, pelas Delegacias de Polícia que cadastram e distribuem os Termos Circunstanciados aos Juizados Especiais da Comarca de Fortaleza, podendo ter sido influenciado diretamente pelas restrições de circulação da população, inclusive para acessar as delegacias.

Vale lembrar ainda, que a situação de pandemia declarada levou à edição de decretos governamentais que determinavam restrições de circulação e isolamento social como medidas de combate à aquele mal. Tendo em vista a grande quantidade de ocorrências registradas por descumprimento das medidas sanitárias preventivas, identificou-se outro fator de aumento de demanda de pauta para realização de audiências.

A infração de medida sanitária preventiva é um tipo penal cuja pena máxima não excede 2 (dois) anos e que é de competência dos juizados especiais, o que criou uma demanda adicional de pautas para realização de audiências, além do prejuízo já decorrente das redesignações das audiências que não puderam ser realizadas em razão da pandemia, por serem presenciais.

Importante destacar que, no momento inicial de declaração da pandemia, por meio da Portaria nº. 497/2020, as audiências anteriormente agendadas pelas unidades judiciárias foram canceladas por determinação do Tribunal de Justiça, como medida para conter a circulação de pessoas e combater a disseminação do vírus. A medida adotada se mostrou necessária e eficaz diante da situação pandêmica. Contudo, o prejuízo para a prestação jurisdicional restou configurado pela grande quantidade de audiências a serem redesignadas, especialmente no início, antes da decisão pela realização de audiências de modo remoto.

No mês de julho de 2020, o Tribunal de Justiça iniciou a realização

de audiências na modalidade de videoconferências, utilizando o Sistema *Cisco Webex*, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em caráter temporário e emergencial, que posteriormente foi substituído pelo Sistema *Microsoft Teams*, ainda em uso. Mesmo com a implantação de sistemas de videoconferência e adaptação de todos os integrantes, colaboradores e jurisdicionados, ainda existem dificuldades para a realização das audiências por meio de videoconferências.

No mês de julho de 2021, a demanda de pauta para realização de audiências nas unidades dos juizados especiais ainda era consideravelmente grande, uma vez que as audiências são indispensáveis para prosseguimento do feito e instrução processual, na jurisdição criminal.

Com esse diagnóstico vê-se que a possibilidade de realização de audiências de composição de danos nos Centros Judiciários - CEJUSCs, pode trazer inúmeros benefícios, quer seja pela quantidade de audiências que poderiam ser realizadas, de forma a reduzir o número de procedimentos existentes nos Juizados Especiais Criminais, quer pela qualidade, já que seriam realizadas por um número expressivo de conciliadores e mediadores judiciais, que detém

capacitação técnica¹²⁸⁴, conhecimentos e habilidades adequados ao trabalho com os métodos autocompositivos, atuando como facilitadores do diálogo entre as partes.

5. INTEGRAÇÃO DO CEJUSC COM O SISTEMA DE JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

As audiências preliminares possuem natureza pré-processual, porque realizadas no âmbito de termos circunstanciados e representações criminais. Assim, é plenamente possível, que audiências preliminares em contravenções penais, cuja ação penal seja privada ou condicionada à representação da vítima, sejam realizadas no âmbito do Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC).

Os direitos passíveis de composição civil¹²⁸⁵ podem ser transacionados pela própria vítima, sem intervenção direta do representante do Ministério Público, a não ser como fiscal da Lei e na defesa dos interesses da

sociedade. Encaminhar para os Cejuscs estas demandas pode contribuir para a redução do número de processos aguardando designação de audiência preliminar e otimizar os recursos dos juizados especiais na realização de audiências preliminares de crimes de ação penal pública, nos quais a sociedade é representada pelo Ministério Público. Portanto, existem pontos positivos para o Poder Judiciário, para o Ministério Público e para as partes, representadas ou não por seus advogados e defensores, a depender da possibilidade e do interesse.

A integração do Sistema dos Juizados Especiais ao CEJUSC é uma medida possível e com possibilidade de êxito. A utilização dos Centros Judiciários, como estrutura de colaboração com as unidades de Juizados Especiais Criminais é de fundamental importância para otimizar as rotinas das unidades judiciais e facilitar o diálogo entre as partes numa perspectiva da autocomposição de conflitos.¹²⁸⁶

¹²⁸⁴ A capacitação é fundamental para o funcionamento do CEJUSC para que as partes sejam atendidas em suas expectativas e necessidades, sendo imprescindível que a opção por um método de solução de conflitos diverso do judicial, seja conduzido de forma séria e correta (LAGRASTA, Valéria Ferioli. Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e seu caráter de tribunal multiportas. In: LAGRASTA, Valéria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal (Org.). *Conciliação e mediação: ensino em construção*. 2. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2019. p. 124).

¹²⁸⁵ Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) - ENUNCIADO 37 – O acordo civil de que trata o art. 74 da Lei nº 9.099/1995 poderá versar sobre qualquer valor ou matéria (BRASIL. CNJ. *Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE)*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimos-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais/>>. Acesso em: 01 abr. 2022 - nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES).

¹²⁸⁶ Pode-se tratar inclusive de uma medida de inovação, quando entendida por sua definição legal, como sendo IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente

A atuação do Centros Judiciário de Solução Consensual de Conflitos, nas situações específicas a que se refere o presente estudo, pode contribuir para a celeridade processual, para a redução de custos com a tramitação de processos e para a formação da consciência cidadã. Esta última com o empoderamento dos jurisdicionados na condição de solucionadores dos seus próprios conflitos e para a pacificação social, com a redução da litigiosidade¹²⁸⁷.

6. OBSERVAÇÕES À PARTIR DE UM CASO CONCRETO

Apresenta-se um caso concreto ocorrido na 20ª Unidade dos Juizados Especiais da Comarca de Fortaleza e como exemplo de possibilidade de solução de conflitos e pacificação social, a situação do processo de nº. 3003083-64.2019.8.06.0001, onde houve composição do conflito entre as partes envolvidas no âmbito do CEJUSC, a partir do envio do outro processo em tramitação para realização de audiência de mediação.

O procedimento cadastrado no referido Juizado versava sobre lesão

corporal, supostamente praticada por um casal contra um vizinho e, ainda, sobre perturbação do sossego, vias de fato e injúria por suposição praticados pelo vizinho contra a mulher que o teria agredido. Ressalte-se que, foram registrados 2 (dois) procedimentos policiais, mas foi cadastrado um único procedimento no Sistema PJE, pela autoridade policial. Além disso, havia uma ação de indenização por dano moral ajuizada pelo vizinho em desfavor do casal, em trâmite na 35ª Vara Cível.

O acordo realizado no CEJUSC, por encaminhamento da 35ª Vara Cível a 20ª unidade, incluiu o acordo de boa convivência em uma das cláusulas. Assim, as partes pactuaram a extinção dos procedimentos criminais e, após a manifestação do representante do Ministério Público atuante na unidade, houve o arquivamento do procedimento criminal. O exemplo traz, um caso concreto, de solução de litígio cível e criminal por composição amigável entre as partes, realizada no Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos, com posterior extinção do procedimento criminal na unidade de origem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

pelos juizados especiais criminais são carentes de escuta e reconhecimento e a simples abordagem restaurativa em ambiente adequado desperta a condição de diálogo, emoções e afeições com efeito restaurador, de forma que noventa por cento dos conflitos tendem a ser transformados por meios restaurativos (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 237).

produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho; (art. 2º, inc. IV, da Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004, com a redação pela Lei nº 13.243, de 2016).

¹²⁸⁷ Vasconcelos ao falar de práticas restaurativas em juizado criminal, menciona que é impressionante como as pessoas atendidas

A legislação brasileira e suas recentes alterações reforçam a necessidade de fomentar o uso dos métodos adequados de resolução de conflitos, tanto no âmbito cível quanto no âmbito criminal, uma vez que é possível a composição civil de danos no caso das contravenções com vítimas individualmente identificadas (quando a vítima não for a própria sociedade).

A audiência preliminar é um ato procedimental indispensável no procedimento criminal da jurisdição especial. A grande demanda para realização de audiências aliada à escassez de recursos disponíveis prejudicam a celeridade processual e contribuem para a ocorrência da prescrição ou mesmo para uma resposta mais contemporânea à ocorrência dos fatos. A prescrição, por sua vez, tem como consequência a extinção da punibilidade dos infratores, o que leva à percepção de impunidade para a sociedade em geral, de modo que uma resposta do Judiciário, muito além da ocorrência dos fatos pode trazer uma sensação de injustiça¹²⁸⁸.

Os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos nos Tribunais de Justiça de todo o País, que possuem estrutura física adequada à autocomposição podem contribuir com as demandas criminais, em crimes de ação penal privada e condicionada à representação, previstos na Lei 9.099,

de 26 de setembro de 1995 e como isto levar os envolvidos a uma composição civil por meio da atuação de profissionais qualificados, que são os Mediadores e Conciliadores Judiciais.

Esses crimes de menor potencial ofensivo, com vítimas específicas, podem, assim, serem solucionados por meio de composição civil, com a intervenção do representante do Ministério Público, na condição de fiscal do ordenamento jurídico, após a realização da audiência de conciliação ou mediação no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) e retorno do procedimento à unidade de origem.

Ademais, referidos Centros são locais que promovem a cidadania, quando auxiliam no desenvolvimento das pessoas, titulares de direitos e deveres, a melhor conviverem em sociedade, e sentirem-se integrantes de um todo social, pelo despertar da capacidade que possuem em resolver seus próprios conflitos. Assim, no âmbito do CEJUSC, é possível a composição entre as partes de delitos criminais, incluindo eventuais processos em tramitação em outras unidades judiciárias.

Portanto, a integração do CEJUSC ao Sistema de Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, como defendido no presente estudo, traz a possibilidade de encaminhamento dos Termos

¹²⁸⁸ O que nas palavras de Rui Barbosa: [...] Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio,

honra e liberdade. [...] (BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977).

Circunstanciados, nos crimes de ação privada e condicionada à representação, para realização da audiência preliminar no CEJUSC, numa tentativa de composição civil, por meio da mediação e da conciliação do conflito, numa abordagem mais humanizada, que traga para os conflitantes um espaço preparado para a resolução cooperativa dos conflitos, com oportunidade de melhor comunicação, que conta com o auxílio de profissionais com habilidades diferenciadas que buscam favorecer o diálogo entre os conflitantes. E, assim, alcançar o fim principal da atividade jurisdicional que é o apaziguamento das relações sociais, com a difusão da cultura de paz.

REFERÊNCIAS

- CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Portaria nº. 497/2020*. Dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) no âmbito do Poder Judiciário cearense. Diário da Justiça, Poder Judiciário do Estado do Ceará, Fortaleza, Ano X, edição 2339, 16 jun 2020. Caderno Administrativo, p. 2.
- CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Processo Judicial Eletrônico*. Disponível em: <https://pje.tjce.jus.br/pje1grau/login.seam>. Acesso em: 20 abr. 2022.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.
- BORDONI, Jovina d'Ávila. *O uso das tecnologias de informação e comunicação na resolução dos conflitos por meio da mediação e da conciliação: um estudo dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos no Brasil*. 2020. 290 f. Tese em Direito. Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direito Constitucional Público e Teoria Política. Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 2020.
- BORDONI, Jovina d'Ávila; TONET, Luciano. Inovação e tecnologia no Judiciário. *Revista Themis*. Esmeq-Fortaleza - CE, v. 18, n. 2, p.151-170, jul./dez. 2020.
- BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. – 7. ed. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. 313 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2022.
- BRASIL. CNJ. *Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE)*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrendo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais/>. Acesso em: 01 abr. 2022.
- BRASIL. CNJ. *Resolução nº. 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 18 abr. 2022.
- BRASIL. CNJ. *Resolução nº. 225*, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 18 abr. 2022.
- BRASIL. CNJ. *Resolução nº. 325*, de 29 de junho de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>. Acesso em: 18 abr 2022.
- BRASIL. CNJ. *Justiça em Números, 2020*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf. Acesso em 16 abr. 2022.

- BRASIL. *Lei nº. 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso: 10. abr.2022.
- LAGRASTA, Valéria Ferioli. Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e seu caráter de tribunal multi portas. In: LAGRASTA, Valéria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal (Org.). *Conciliação e mediação: ensino em construção*. 2. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2019.
- SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a paz social. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio, São Paulo, Fortaleza: ABC, 2003.
- SOUZA, Diovano de; GRAEBIN, Jonathan Miguel. Os benefícios da Lei 9.099/95 para a sociedade: no âmbito dos juizados especiais criminais. *Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel Do Oeste*. [S. l.], v. 6, p. e27757, 2021. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/apeusmo/article/view/27757>. Acesso em: 30 abr. 2022.
- URY, William. *Chegando à paz: resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia-a-dia*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: LAGRASTA, Valéria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal (Org.). *Conciliação e mediação: ensino em construção*. 2. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados, 2019.

ANEXO

Contravenção/Semestre	2019.2*	2020.1*	2020.2*	2021.1*
Calúnia	64	33	56	45
Injúria	129	93	147	107
Difamação	92	59	64	70
Dano	37	17	28	33
Exercício arbitrário das próprias razões	8	10	1	5
Lesão corporal leve	199	143	158	126
Ameaça	269	192	242	175
Total	798	547	696	561

Fonte: Elaboração Própria a partir de Consulta processual no Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

* Referente ao semestre do ano mencionado.

ATOS PROCESSUAIS POR MEIOS ELETRÔNICOS E REFLEXÕES SOBRE A CITAÇÃO POR WHATSAPP¹²⁸⁹.

PROCEDURAL ACTS THROUGH ELECTRONIC MEANS AND REFLECTIONS ON SUMMONS VIA WHATSAPP

Márcia Michele Garcia Duarte

Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal. Pós-Doutora em Direito Processual pela UERJ. Doutora e Mestre pela UNESA/RJ. Professora Associada da Universidade Federal Fluminense e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Advogada. Mediadora Judicial. Membro do IBDP, do ICPC e da ABEP.

Thaís Dias David Junqueira

Mestranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mediadora extrajudicial certificada pelo Instituto de Ensino Centro de Mediadores. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes. Associada efetiva da ABEP. Advogada.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo examinar os atos processuais praticados por meios eletrônicos. A pesquisa classifica-se na metodologia de investigação bibliográfica, normativa e jurisprudencial, com análise qualitativa e o fito de compreender a evolução do emprego das novas tecnologias pelo Poder Judiciário no recorte temático de prática da comunicação processual de tamanha relevância que é a citação. Como fontes estruturais, analisam-se as resoluções e recomendações do Conselho Nacional de Justiça. O estudo incorpora observações inauguradas pela Lei nº 14.195/2021, que alterou de maneira relevante o tratamento dedicado à citação pelo Código de Processo Civil. Analisam-se os possíveis benefícios

alcançados com o uso da tecnologia para o ato citatório; em paralelo, os pontos de tensão decorrentes de tais alterações, especialmente com relação aos obstáculos tecnológicos à garantia de acesso à justiça para os excluídos digitais. Por fim, perquire-se a *forma-modo* de realização de ato processual na modalidade remota síncrona, com o uso do aplicativo WhatsApp, apontando fundamentos para a defesa técnica dos resultados deste estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; Excluídos digitais; Formalismo Processual; Liberdade das Formas; Lei nº 14.195/2021.

ABSTRACT: The present term paper aims to scrutinize procedural acts

¹²⁸⁹ Artigo recebido em 18/03/2024 e aprovado em 12/08/2024.

implemented by electronic means. As follows, the research investigation method is classified as bibliographical, normative, and jurisprudential, with qualitative analysis and also a purpose to understand the evolution of new technologies applied by the Judiciary regarding court summons, a communication procedure of vital importance. As primary sources, both resolutions and recommendations from the National Council of Justice are examined. Additionally, the survey embraces the impact of Law N°. 14.195/2021, which significantly modified the Code of Civil Procedure's approach to the service of summons. Furthermore, the potential benefits reached by adopting technology for summons are analyzed; in parallel, pressure points related to alterations are contemplated, particularly concerning technological obstacles and the guarantee of access to justice for those who are digitally excluded. Finally, it outlines the *form-mode*¹²⁹⁰ process of conducting remote and synchronous procedural acts employing the instant messaging service WhatsApp, spotlighting legal foundations for the technical defense of the study results.

KEYWORDS: Access to Justice; Digital Excluded; Procedural Formalism;

Freedom of Forms; Law N°. 14.195/2021¹²⁹¹.

INTRODUÇÃO

*uma revolução tecnológica
concentrada nas tecnologias da
informação começou a remodelar a
base material da sociedade em ritmo
acelerado*¹²⁹²

A sociedade contemporânea ingressou inegavelmente numa atmosfera de informações, facilidades e incertezas promovidas por aquela que se pode nominar como Era Digital. São marcos dessa fase na qual tramita boa parte das sociedades a rapidez e a incessante mutação.

Nesse particular, é possível dizer sobre a perene relação entre os diversos campos do conhecimento, sobretudo a economia, Estado e sociedade, que exigem do Poder Judiciário brasileiro rápida adaptação ao novo ciclo de informações e resultados. Isso em compasso com a própria ordem do sistema jurídico contemporâneo, marcado pelo acesso à justiça de forma célere e em tempo razoável, salvaguardando-se garantias, inclusive, as processuais.

Desde 2006, a partir da Lei nº 11.419/2006, introduziram-se novas tecnologias na prestação jurisdicional. De lá para cá, muitas ferramentas

¹²⁹⁰ *form-mode*: a neologism created by the author based on Italian jurist and lawyer Francesco Carnelutti's viewpoints about uses of words "form" and "mode" in the Civil Procedure Code.

¹²⁹¹ Abstract e Keywords produzidos por Clarissa Machado.

¹²⁹² CASTELLS, Manuel. 1942 *A sociedade em rede*; tradução: Roneide Venâncio Majer; atualização para a 6ª edição: Jussara Simões – (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.1). São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 39.

tecnológicas surgiram e se tornaram presentes no cotidiano dos cidadãos, buscando gerar maior celeridade e economia na prestação de informações e a realização de diversas tarefas procedimentais e processuais.

O Código de Processo Civil de 2015, estabeleceu a realização de alguns atos processuais por meio eletrônico. Isso representou tanto a acomodação da legislação às mudanças vividas pela sociedade atual, como um progresso no que diz respeito aos conceitos e valores do direito contemporâneo.

A partir desse novo cenário, a integral satisfação da pretensão judicial se tornou um dos principais objetivos a ser alcançado pelo Direito Processual Civil, mesmo que em oposição a rigorosos – e, por vezes, desnecessários – formalismos. É assim que o princípio da instrumentalidade das formas recebe destaque, tendo como principal referência para a validação do ato processual o alcance de sua finalidade.

No presente estudo, parte-se da exposição das principais características dos atos processuais até as suas formas de comunicação. Confere-se ênfase à citação, tendo como objetivo descortinar a maneira pela qual o princípio da instrumentalidade das formas se relaciona com o emprego de novas tecnologias pelo Poder Judiciário, bem como alguns dos pontos negativos e positivos deste processo de modernização da citação eletrônica.

Analisar-se-á o processo evolutivo da utilização dos meios eletrônicos para a realização da comunicação dos atos processuais,

examinando-se iniciativas do Conselho Nacional de Justiça – especialmente após o início da pandemia do Sars-Cov-2 –, decisões judiciais mais recentes demonstrando a mudança de paradigmas dos julgadores e a Lei nº 14.195/21, que operou mudanças significativas no tratamento legal conferido à citação.

Serão apontados os pontos de tensão relacionados às modificações impostas pela implantação das novas tecnologias no Poder Judiciário, demonstrando a necessidade de se ter um olhar sensível para a questão das desigualdades sociais. Se por um lado a celeridade, a efetividade e a economia são alguns dos benefícios da “justiça digital”, por outro lado, não se pode perder de vista que a digitalização da justiça pode configurar um obstáculo tecnológico à garantia de acesso à justiça para parcela da população.

Sem pretensão de trazer solução para o problema suscitado, as notas que seguem procuram esmiuçar as vantagens relacionadas ao emprego das novas tecnologias para a realização da comunicação dos atos processuais, bem como os seus possíveis efeitos adversos, estimulando a reflexão sobre o tema.

1. EVOLUÇÃO NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL DO EMPREGO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NOS ATOS PROCESSUAIS

Com a Resolução nº 345/2020, o Conselho Nacional de Justiça autorizou os tribunais a implementarem o designado “Juízo 100% Digital”, de modo

que os atos processuais passaram a ser executados exclusivamente por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores ¹²⁹³. Segundo a indigitada Resolução, admite-se a citação, a intimação e a notificação por qualquer meio eletrônico (art. 2º, § único ¹²⁹⁴), mas a escolha pelo “Juízo 100% Digital” é facultativa e será exercida pela parte autora no momento do ajuizamento da ação. A parte ré, por sua vez, pode se opor até o momento da contestação (art. 3º ¹²⁹⁵).

Mais avanços ocorreram, ainda, no ano de 2020. A partir da edição da Resolução nº 354, o CNJ regulou a

comunicação de atos processuais por meio eletrônico; a citação passou a indubitavelmente poder ser cumprida, inclusive, por aplicativos de mensagens e redes sociais, desde que assegurado ter o destinatário do ato tomado conhecimento do seu conteúdo (artigos 8º e 9º ¹²⁹⁶). Além disso, a Resolução estabeleceu que o cumprimento da citação será documentado por meio de comprovante de envio e de recebimento da comunicação processual, com os respectivos dia e horário de ocorrência, bem como de certidão detalhada de como o citando foi identificado e tomou conhecimento do conteúdo da comunicação (art. 10, incisos I e II ¹²⁹⁷).

¹²⁹³ RESOLUÇÃO CNJ nº 345/2020. “Art. 1º Autorizar a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do “Juízo 100% Digital” no Poder Judiciário. §1º No âmbito do “Juízo 100% Digital”, todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores.”

¹²⁹⁴ RESOLUÇÃO CNJ nº 345/2020. “Art. 2º As unidades jurisdicionais de que tratam este ato normativo não terão a sua competência alterada em razão da adoção do ‘Juízo 100% Digital’. Parágrafo único. No ato do ajuizamento do feito, a parte e seu advogado deverão fornecer endereço eletrônico e linha telefônica móvel celular, sendo admitida a citação, a notificação e a intimação por qualquer meio eletrônico, nos termos dos arts. 193 e 246, V, do Código de Processo Civil.”

¹²⁹⁵ RESOLUÇÃO CNJ nº 345/2020. “Art. 3º A escolha pelo “Juízo 100% Digital” é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação.”

¹²⁹⁶ RESOLUÇÃO CNJ nº 354/2020. “Art. 8º Nos casos em que cabível a citação e a intimação pelo correio, por oficial de justiça ou pelo escrivão ou chefe de secretaria, o ato poderá ser

cumprido por meio eletrônico que assegure ter o destinatário do ato tomado conhecimento do seu conteúdo. Parágrafo único. As citações e intimações por meio eletrônico serão realizadas na forma da lei (art. 246, V, do CPC, combinado com art. 6º e 9º da Lei nº 11.419/2006), não se lhes aplicando o disposto nesta Resolução. Art. 9º As partes e os terceiros interessados informarão, por ocasião da primeira intervenção nos autos, endereços eletrônicos para receber notificações e intimações, mantendo-os atualizados durante todo o processo. Parágrafo único. Aquele que requerer a citação ou intimação deverá fornecer, além dos dados de qualificação, os dados necessários para comunicação eletrônica por aplicativos de mensagens, redes sociais e correspondência eletrônica (e-mail), salvo impossibilidade de fazê-lo.”

¹²⁹⁷ RESOLUÇÃO CNJ nº 354/2020. “Art. 10. O cumprimento da citação e da intimação por meio eletrônico será documentado por: I – comprovante do envio e do recebimento da comunicação processual, com os respectivos dia e hora de ocorrência; ou II – certidão detalhada de como o destinatário foi identificado e tomou conhecimento do teor da comunicação.”

Em São Paulo, serventias passaram a realizar citações e intimações eletrônicas, alcançando resultados apontados como satisfatórios. O Juizado Especial Cível e Criminal da comarca de Iacanga, por exemplo, fundamentando-se nas recomendações do CNJ, passou a encaminhar as intimações por e-mail – apontado pelas partes e mediante prévia autorização. A iniciativa mostrou-se eficaz e benéfica, uma vez que possibilita à parte ser prontamente intimada ao ser proferida uma decisão de urgência, gerando celeridade. Além disso, a não utilização de papel impresso é, inegavelmente, medida sustentável.¹²⁹⁸ Atualmente, a modalidade de citação eletrônica por meio de aplicativo de mensagem tem sido amplamente aceita pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.¹²⁹⁹

É certo que a realização da comunicação dos atos processuais por aplicativo WhatsApp marca-se pela notável economia e celeridade e, desde 2015, tal prática vinha sendo adotada no

âmbito dos Juizados Especiais. Em 2017, o CNJ confirmou o caráter legal do uso do aplicativo para proceder às intimações. Por meio do julgamento do Procedimento de Controle Administrativo nº 0003251-94.2016.2.00.0000, considerou válida a portaria que admitiu o uso do aplicativo no Juizado Especial Cível e Criminal de Piracanjuba (GO).¹³⁰⁰

Muitos Tribunais já vinham utilizando o aplicativo de mensagem WhatsApp para dar cumprimento à citação. O TJMG, à guisa de ilustração, disciplinou a utilização do aplicativo de mensagens para o recebimento de citação e intimação, por meio da Portaria Conjunta nº 1109/PR/2020. O uso é voluntário, cabendo às partes aderirem ao procedimento.¹³⁰¹

O TJDF também autorizou, mediante a Portaria Conjunta 52 de 08 de maio de 2020 e a Portaria GC 155 de 09 de setembro de 2020 (posteriormente revogada pela Portaria GC 34 de 02 de março de 2021), o cumprimento da comunicação dos atos processuais

¹²⁹⁸ TJSP. Boas práticas: Varas realizam intimações e citações por meio eletrônico. Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=74409>. Acesso em: 20 fev. 2024.

¹²⁹⁹ Confira-se, como exemplo: TJSP, AI 2014322-88.2023.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 27/02/2023, DJe 27/02/2023; TJSP, AI 2192088-02.2021.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 16/09/2021, DJe 16/09/2021; TJSP, AI 2154502-57.2023.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Modesto de Souza, 7ª Câmara de Direito Privado, j. 28/06/2023, DJe 28/06/2023; TJSP, AI 2141623-52.2022.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, 4ª

Câmara de Direito Privado, j. 22/08/2022, DJe 23/08/2022.

¹³⁰⁰ CNJ - PCA: 00032519420162000000, Relator: DALDICE SANTANA, Data de Julgamento: 23/06/2017.

¹³⁰¹ TJMG. PORTARIA CONJUNTA Nº 1109/PR/2020. “Art. 6º A utilização do aplicativo de mensagens “WhatsApp” para comunicação de atos processuais será voluntária, cabendo às partes, aos procuradores, aos membros do Ministério Público, a autoridades policiais, peritos, assistentes, integrantes de órgãos públicos e demais participantes da relação processual preencher e assinar o Termo de Adesão constante no Anexo I desta Portaria Conjunta.”

através dos meios eletrônicos. O Tribunal tem legitimado as citações e intimações que estão sendo realizadas por WhatsApp, até mesmo, em casos de competência criminal. A cópia das mensagens e a certidão do Oficial de Justiça foram consideradas suficientes para comprovar a validade da citação. Confirma-se o julgado:

HABEAS CORPUS. AMEAÇA. VIAS DE FATO. CITAÇÃO. MEIO ELETRÔNICO. PORTARIA CONJUNTA Nº 52 E PORTARIA GC 155 DO TJDF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO VERIFICADO. PANDEMIA. COVID-19. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. I - Durante o regime especial de trabalho instituído em razão da pandemia da COVID-19, este Tribunal de Justiça autorizou, de forma excepcional e temporária, a utilização de meios eletrônicos para a comunicação dos atos

*processuais e a dispensa da colheita da nota de ciência pelos oficiais de justiça (Portaria Conjunta 52 e Portaria GC 155). II - No caso, a certidão exarada pelo Sr. Oficial de Justiça e as mensagens travadas pelo aplicativo WhatsApp denotam que o paciente foi citado e que recebeu o respectivo mandado. III - A declaração de nulidade processual exige a comprovação do prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP, do qual se extrai o princípio *pás de nullité sans grief*, o que na espécie não foi demonstrado, pois o paciente está sendo patrocinado pela Defensoria Pública, que, inclusive, já apresentou resposta à acusação. IV - Ordem denegada.*¹³⁰²

O STJ tem reconhecido a validade da citação por meio de aplicativo de mensagens, mas elementos indutivos

¹³⁰² TJDF, 0753053-82.2020.8.07.0000, Rel. Des. Nilsoni de Freitas Custodio, 3ª Turma Criminal, j. 04/02/2021, DJe 12/02/2021. Confirma-se, ainda, julgado mais recente: “PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CITAÇÃO POR MEIO DO APLICATIVO WHATSAPP. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DECORRENTE DA COVID-19. CIÊNCIA INEQUÍVOCA PELO RÉU DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA DECIDIDA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. A citação por meio do aplicativo WhatsApp, ocorrida em situação excepcional decorrente da pandemia pelo COVID-19, somente deve ser declarada nula quando houver demonstração de prejuízo para a defesa ou para a acusação, nos termos do art. 563 do CPP, em consonância ao princípio *pás de nullité sans grief*. No caso concreto, a citação atingiu a sua finalidade,

tendo o acusado demonstrado a ciência inequívoca da ação penal, estando patrocinado pela Defensoria Pública. 2. A revisão criminal destina-se à rescisão da sentença penal condenatória transitada em julgado, nas hipóteses taxativamente previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, não se prestando para o simples reexame de matéria amplamente decidida, quando não preenchidos seus requisitos. 3. Improcedente o pedido de desconstituição do acórdão condenatório, uma vez que o requerente não apresentou fundamentos capazes de enfraquecer os elementos probatórios produzidos durante a instrução processual, tampouco desconstituir os fundamentos consignados, tanto na sentença quanto no acórdão. 4. Revisão criminal conhecida e julgada improcedente”. (TJDF, RevCr 0709901-76.2023.8.07.0000, Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, Câmara Criminal, j. 05/07/2023, DJe 14/07/2023).

de autenticidade do ato de comunicação são exigidos. Por exemplo, no julgamento do HC 641.877, pela Quinta Turma, consignou-se que a soma do número de telefone, da confirmação escrita e da foto individual do destinatário, torna possível a presunção de que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de comprovar eventual nulidade. Conforme restou fundamentado pelo Ministro Relator Ribeiro Dantas:

*Necessário distinguir, porém, essa situação daquela em que, além da escrita pelo citando, há no aplicativo foto individual dele. Nesse caso, ante a mitigação dos riscos, diante da concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, número de telefone, confirmação escrita e foto individual, entendo possível presumir-se que a citação se deu de maneira válida, ressalvado o direito do citando de, posteriormente, comprovar eventual nulidade, seja com registro de ocorrência de furto, roubo ou perda do celular na época da citação, com contrato de permuta, com testemunhas ou qualquer outro meio válido que autorize concluir de forma assertiva não ter havido citação válida.*¹³⁰³

No caso julgado através do HC 652.068, a Sexta Turma anulou a citação realizada por WhatsApp. Foi

considerada a ausência de grau suficiente quanto à certeza sobre a identidade do citando, apesar de *prints* da conversa anexados. Segundo o Ministro Relator Sebastião Reis Júnior:

*O paciente foi citado por aplicativo de mensagem (whatsapp), tendo sido juntado aos autos capturas de tela que supostamente comprovariam a conversa entre o citando e o oficial responsável pela diligência (fl. 208). Verifica-se, no entanto, que a diligência foi efetivada sem nenhuma cautela apta a atestar, de forma cabal, a identidade do citando, nem mesmo subsequentemente - o serventuário (Oficial de Justiça) não circunstanciou qual procedimento foi adotado para verificar a identidade do citando, aludindo à simples captura de telas.*¹³⁰⁴

Em agosto de 2023, a ministra Nancy Andrighi anulou uma citação realizada por meio do aplicativo de mensagens WhatsApp, fundamentando ter sido constatada a ocorrência de prejuízo para a ré. Tratava-se de uma ação de destituição do poder familiar. Naquele caso, a comunicação foi feita através do celular da filha da ré e a demandada não sabia ler e escrever, o que foi considerado relevante pela Terceira Turma do STJ e resultou na nulidade do ato. A ministra relatora consignou que a lei processual civil é regida pelo princípio da liberdade de

¹³⁰³ STJ, HC 641.877/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 09/03/2021, DJe 15/03/2021.

¹³⁰⁴ STJ, HC 652.068/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 24/08/2021, DJe 30/08/2021.

formas e, excepcionalmente, tem-se um apego exagerado à forma prevista em lei. Todavia, é possível relevar a sua inobservância, mesmo que grave, desde que o ato alcançasse a sua finalidade essencial.¹³⁰⁵

É possível verificar que o Poder Judiciário vem aderindo, com as devidas cautelas, aos meios eletrônicos para a realização da comunicação dos atos processuais, tanto pelo Conselho Nacional de Justiça, como pelos Tribunais. Como decorrência da pandemia causada pelo coronavírus e diante da necessidade de isolamento social,¹³⁰⁶ o ritmo das mudanças se acelerou consideravelmente.

2. MUDANÇAS NO CPC OCASIONADAS PELA LEI Nº 14.195/2021

Em 26 de agosto de 2021, a Medida Provisória nº 1.040 – que, a

princípio, trataria apenas de tema relacionado à facilitação para abertura e manutenção de micro e pequenas empresas (uma vez que objetivava melhorar o ambiente de negócios no Brasil e a posição do país na classificação geral do relatório *Doing Business* do Banco Mundial) foi convertida na Lei nº 14.195/2021. Com isso, alterou-se de maneira significativa o tratamento conferido à citação pelo CPC.

Antes de mais, recorde-se que a Constituição Federal de 1988 veda expressamente a edição de medidas provisórias que versem sobre matéria de direito processual tanto civil, como penal (art. 62, § 1º, inciso I, alínea “b”, da CF¹³⁰⁷). Por conta disso, foi proposta pelo PSDB a ADI nº 7005¹³⁰⁸, arguindo a inconstitucionalidade da Lei nº 14.195/2021, na parte que altera o CPC, em razão da violação do devido processo legislativo e da vedação de

¹³⁰⁵ STJ. Citação por aplicativo de mensagem pode ser válida se der ciência inequívoca da ação judicial. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/22082023-Citacao-por-aplicativo-de-mensagem-pode-ser-valida-se-der-ciencia-inequivoca-da-acao-judicial.aspx#:~:text=Segundo%20a%20relatora%2C%20a%20possibilidade,de%20atos%20processuais%2C%20e%20ap%C3%B3s](https://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/22082023-Citacao-por-aplicativo-de-mensagem-pode-ser-valida-se-der-ciencia-inequivoca-da-acao-judicial.aspx#:~:text=Segundo%20a%20relatora%2C%20a%20possibilidade,de%20atos%20processuais%2C%20e%20ap%C3%B3s.). Acesso em 23 fev. 2024.

¹³⁰⁶ “A necessidade de distanciamento social imposta pela pandemia da COVID-19 torna recomendável e válida a realização de atos processuais via remota. Assim, são permitidas e aconselháveis a citação e as notificações do autor de violência doméstica por meio de dispositivo eletrônico, como o aplicativo telefônico de mensagens *WhatsApp*.” (TJDF. Citação por aplicativo de celular durante a

pandemia – instrumentalidade das formas. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/crimes-e-procedimentos/citacao-por-aplicativo-de-celular-durante-a-pandemia-2013-instrumentalidade-das-formas>. Acesso em: 22 fev. 2024).

¹³⁰⁷ CF. “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: b) direito penal, processual penal e processual civil.”

¹³⁰⁸ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6264587>. Acesso em: 23 fev. 2024.

tratamento de matéria de direito processual em medida provisória.

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se de forma inequívoca a respeito da inclusão de matérias estranhas em medidas provisórias convertidas em lei. Todavia, a constitucionalidade das leis é presumida. Por isso mesmo, apesar das discussões envolvendo as normas originadas pela Lei nº 14.195/2021, até que a ADI nº 7005 seja julgada, os dispositivos alterados pela referida lei estarão em vigor¹³⁰⁹.

Feita tal ressalva, a redação dada pela Lei nº 14.195/2021 claramente deseja fortificar o uso dos meios eletrônicos para a efetivação da citação. Com a nova lei, a citação passou a ser realizada preferencialmente por meio eletrônico, quando praticável, no prazo de até dois dias úteis contado da decisão que a determinar (art. 246, *caput*, CPC¹³¹⁰). No que toca às outras formas de citação, o prazo estabelecido pela referida lei foi de até quarenta e

cinco dias, contados a partir da propositura da demanda (art. 238, parágrafo único, CPC¹³¹¹).

Para que a citação por meio eletrônico aconteça, é preciso que o citando esteja cadastrado com o respectivo endereço eletrônico no banco de dados do Poder Judiciário, nos termos da regulação do Conselho Nacional de Justiça¹³¹². Em 20 de fevereiro de 2024, Luís Roberto Barroso, presidente do Supremo e do CNJ, anunciou que as médias e grandes empresas, a partir do dia 1º de março, teriam noventa dias para proceder com o cadastro voluntário no Domicílio Judicial Eletrônico. Cuida-se da ferramenta do Programa Justiça 4.0, que centraliza as comunicações eletrônicas de processos de todos os tribunais do país. A partir de maio, o cadastro passou a ser realizado compulsoriamente, por meio de dados da Receita Federal. E, segundo o ministro, o próximo passo é estender o serviço para as pessoas físicas.¹³¹³

¹³⁰⁹ O Supremo Tribunal Federal já declarou caracterizar violação constitucional, especialmente aos princípios democrático e do devido processo legislativo, bem como ao postulado da separação dos poderes, a inclusão, por emenda parlamentar, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto da medida provisória, no processo legislativo de conversão da medida provisória em lei. Confira-se, por oportuno, os seguintes julgados: STF, ADI 5127/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 15/10/2015, Dje 11/05/2016; STF, ADI 5012/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 16/03/2017, Dje 01/02/2018.

¹³¹⁰ CPC. “Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços

eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça.”

¹³¹¹ CPC. Art. 238. “Parágrafo único. A citação será efetivada em até 45 (quarenta e cinco) dias a partir da propositura da ação.”

¹³¹² Resolução CNJ 455/2022. “Art. 16. O cadastro no Domicílio Judicial Eletrônico é obrigatório para a União, para os Estados, para o Distrito Federal, para os Municípios, para as entidades da administração indireta e para as empresas públicas e privadas, para efeitos de recebimento de citações e intimações, conforme disposto no art. 246, *caput* e § 1º, do CPC/2015, com a alteração realizada pela Lei nº 14.195/2021.”

¹³¹³ CNJ. Empresas têm até 30 de maio para se cadastrarem no Domicílio Judicial Eletrônico.

É necessário, também, que o ato citatório eletrônico possua todos os dados exigidos no mandado de citação (mandado de citação físico), conforme preceitua o art. 250 do CPC.¹³¹⁴ A nova lei estabelece, ainda, que as citações por correio eletrônico deverão estar acompanhadas das orientações para realização da confirmação de recebimento e de código identificador, permitindo a sua identificação na página eletrônica do órgão judicial que expediu a citação¹³¹⁵.

Para que a citação efetivamente se cumpra, de preferência, por meio eletrônico, a Lei nº 14.195/2021 estabelece que as partes têm o dever de “informar e manter atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário” para recebimento de citações e intimações (art. 77, inciso VII). As empresas públicas e privadas – independentemente do porte, salvo as micro e pequenas empresas que possuam endereço eletrônico

cadastrado no sistema integrado da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (art. 246, § 5º¹³¹⁶) – devem manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, os quais são instituídos justamente para efeito de recebimento de citações e intimações (art. 246, § 1º¹³¹⁷).

Uma vez recepcionada a citação por meio eletrônico, o demandado deverá confirmar o respectivo recebimento no prazo de até três dias úteis. Caso o citando não o faça, a citação deverá ser renovada pelo correio, por oficial de justiça, pelo escrivão ou chefe de secretaria, ou por edital (art. 246, § 1º-A).

O demandado não pode frustrar a citação eletrônica por sua livre vontade, já que, em sua primeira manifestação no processo, deverá apresentar “justa causa” para a ausência de confirmação do recebimento da citação expedida por meio eletrônico (art. 246, § 1º-B¹³¹⁸). Há,

Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/empresas-tem-ate-30-de-maio-para-se-cadastrarem-no-domicilio-judicial-eletronico/#:~:text=Em%202022%2C%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ,e%20empresas%20p%C3%BAblicas%20e%20privadas. Acesso em: 24 fev. 2024.>

¹³¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. – 63. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

¹³¹⁵ CPC. Art. 246, § 4º: “§ 4º As citações por correio eletrônico serão acompanhadas das orientações para realização da confirmação de recebimento e de código identificador que permitirá a sua identificação na página eletrônica do órgão judicial citante.”

¹³¹⁶ CPC. Art. 246, § 5º: “As microempresas e as pequenas empresas somente se sujeitam ao disposto no § 1º deste artigo quando não possuírem endereço eletrônico cadastrado no sistema integrado da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim).”

¹³¹⁷ CPC. Art. 246, § 1º: “As empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.”

¹³¹⁸ CPC. Art. 246, § 1º-B: “Na primeira oportunidade de falar nos autos, o réu citado nas formas previstas nos incisos I, II, III e IV do § 1º-A deste artigo deverá apresentar justa causa para a ausência de confirmação do recebimento da citação enviada eletronicamente.”

inclusive, sanção para tal comportamento, sendo considerado ato atentatório à dignidade da justiça a falta de confirmação, no prazo legal, do recebimento da citação eletrônica, sem “justa causa”, passível de multa de até 5% do valor da causa (art. 246, § 1º-C).

Por fim, a contagem do prazo para a defesa, no caso da citação realizada por meio eletrônico, dá-se de maneira diferente: o termo inicial será “o quinto dia útil seguinte à confirmação, na forma prevista na mensagem de citação, do recebimento da citação realizada por meio eletrônico” (art. 231, inciso IX).

Feito esse panorama das alterações legais, convém mapear os aspectos positivos e negativos relacionados à citação por meio eletrônico, conforme tópico próprio a seguir.

3. CITAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO: ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

A citação por meio eletrônico, de maneira geral, tem sido vista com bons olhos pelos estudiosos. Em artigo publicado pelo CNJ, foram divulgados interessantes dados obtidos por estudo realizado sobre as modalidades de

citação no âmbito dos Juizados Especiais do Espírito Santo. Apurou-se que o índice de sucesso das primeiras tentativas de citação dependeu do tipo de pessoa destinatária, se física ou jurídica, e da modalidade de citação utilizada. A citação por correio prepondera, independentemente da natureza do demandado, tendo bons resultados quando se trata de pessoa jurídica de grande porte. Mas, ao se tratar de pessoas físicas, fracassa em mais de metade das tentativas.

O cadastro oficial tende a favorecer as citações eletrônicas das pessoas jurídicas, por serem as que menos possuem meios alternativos de contato apresentados pelos autores nas petições iniciais. Por outro lado, as pessoas físicas são as que mais dispõem de outros meios para comunicação mencionados na inicial. A identificação desses canais de contato em aproximadamente um quarto das iniciais, demonstra que o êxito das citações poderá ser aumentado se os meios eletrônicos forem usados preferencialmente à citação pelo correio.¹³¹⁹

A lei em tela, apesar de estar de acordo com a tendência de informatização dos tribunais¹³²⁰ e demonstrar ganhos nos aspectos

¹³¹⁹ GRÉGIO, Grécio Nogueira; SILVA, Gustavo Henrique Procópio; ELESBON, Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer. Evidências em prol das citações eletrônicas nos Juizados Especiais Cíveis, à luz da Lei n. 14.195/2021 e das Resoluções n. 345/2020 e n. 354/2020 do Conselho Nacional de Justiça: estudo de caso no Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Revista Eletrônica do CNJ*, v. 6, n. 1, jan. /jun. 2022 | ISSN

2525-4502. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/249/154>. Acesso em: 23 fev. 2024.

¹³²⁰ O Supremo Tribunal Federal, desde fevereiro de 2020, com a edição da Resolução nº 661, já dispunha sobre o envio de comunicações processuais por mensagem eletrônica registrada, para entidades ou instituições de

celeridade e economia, apresenta alguns outros pontos que merecem ser debatidos. Como exemplo, pode-se pensar nos casos em que houver a falta de atualização cadastral, podendo a comunicação ser entregue para endereço eletrônico não mais utilizado por empresa de grande porte, ainda que a lei obrigue a manutenção de cadastros atualizados.

Imagine-se, ainda, os casos de microempresas e empresas de pequeno porte que tenham endereço eletrônico cadastrado na Redesim, mas que se refira à setor diverso ao jurídico – que, em tese, seria o responsável pelo recebimento de citações e intimações –, como o de contabilidade. Tais situações poderão resultar em numerosos pedidos de nulidade e na demora da prestação jurisdicional, especialmente sendo a “justa causa” um conceito jurídico indeterminado.

Questão extremamente sensível que merece destaque se refere aos excluídos digitais. Notoriamente, para muitos, a tecnologia colaborou significativamente para o acesso efetivo à justiça – especialmente no cenário pandêmico vivenciado, em que o Judiciário brasileiro proferiu 40,5 milhões de sentenças e acórdãos, e 59,5 milhões de decisões judiciais¹³²¹. Em contraponto, não se pode olvidar o cenário tecnológico distanciado de considerável parcela da população, potencializando entraves para o alcance daquele fim.

A utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais, como audiências por videoconferência e citações eletrônicas e por WhatsApp, mostram-se colaboradoras à celeridade, efetividade e economia processual¹³²². No mesmo compasso, o correio eletrônico e os aplicativos de

direito público ou privado que cadastrem um endereço eletrônico institucional no STF especificamente para esta finalidade.

¹³²¹ “Em pesquisa realizada pela *International Association for Court Administration*, o Brasil apresentou alto índice de adequação ao contexto da pandemia, considerando o comparativo de 38 países, figurando no primeiro quartil amostral, em 9ª posição.⁷ Foi destacado que diversos países, diferentemente do que ocorreu no Brasil, não promoveram atendimento às partes durante a pandemia, tais como a Albânia, Armênia, Austrália, Bangladesh, Espanha, Finlândia, Gana, Holanda, Noruega, Nova Zelândia e Sérvia. Nas cortes do Reino Unido, as restrições legais de controle à pandemia, que impediam audiências presenciais, só foram suspensas em julho de 2021 e, no País de Gales e Escócia, em agosto de 2021.⁸ As restrições determinadas impediram as audiências presenciais, tribunais do júri,

impedindo ainda o início de novas ações judiciais.” Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. p. 14.

¹³²² “Há pouco mais de um ano o Tribunal de Justiça de São Paulo iniciou projeto de citação/intimação eletrônica de pessoas jurídicas, com foco na celeridade e economia à prestação jurisdicional. Sem a necessidade de cartas, essa etapa processual se torna mais simples, segura e sustentável. O sistema é melhor para as partes e para a Justiça, pois garante que as citações e intimações cheguem mais rapidamente às empresas que aderiram ao projeto. Nos envios pelo correio, por exemplo, o documento pode acabar sendo entregue em outro departamento e há risco de o processo correr à revelia. Outro aspecto positivo é a sustentabilidade, reduzindo o consumo de papel ao utilizar o meio eletrônico. Além disso, a empresa consegue acessar todas as citações e intimações do Tribunal de Justiça de São Paulo,

mensagens têm crescido em uso pelos indivíduos em manifesta e crescente escala. Entretanto, considerável parcela da população não tem acesso a aparelhos de telefone, à internet e, por vezes, falta-lhes conhecimento e habilidade para usar os meios tecnológicos disponíveis. Sem contar o número significativo de brasileiros analfabetos, totalizando 9,6 milhões em 2022, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), divulgados pelo IBGE.¹³²³

Segundo o módulo Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua, no ano de 2022, entre as 185,4 milhões de pessoas com dez anos de idade ou mais no Brasil, 87,2% (ou 161,6 milhões) utilizaram a Internet no período de referência (correspondente aos últimos três meses anteriores à entrevista), comparado ao percentual de 84,7%, do ano anterior.¹³²⁴ Sendo que, atualmente, o país conta com uma população de

aproximadamente 203 milhões de brasileiros¹³²⁵. Enquanto isso, a análise nacional realizada pela Defensoria Pública apontou que ao menos 24,8% da população encontra-se potencialmente à margem do sistema de justiça e impedidos de reivindicar seus próprios direitos por intermédio da Defensoria Pública¹³²⁶. Ou seja, há mais indivíduos com acesso à internet do que com acesso à justiça por meio da Defensoria Pública.

Mesmo diante de um número expressivo de usuários de internet, ainda persistem as diferenças sociais, culturais e regionais. Pense-se naqueles que não podem ter um aparelho celular ou mesmo adquirir um pacote de dados, por limitações financeiras. Mesmo que esses cidadãos possuam endereço eletrônico, sofrem restrições para a sua utilização. O mesmo se analisa em relação aos idosos, naturalmente, mais vulneráveis e de perceptível dificuldade de adaptação às novas tecnologias¹³²⁷.

de 1º e 2º grau, no mesmo portal.” (TJSP. Conheça o projeto de citação e intimação eletrônica do TJSP. Disponível em: <https://tjsp.jus.br/Imprensa/Noticias/Noticia?codigoNoticia=63173&pagina=88>. Acesso em: 20 fev. de 2024).

¹³²³ IBGE. Em 2022, analfabetismo cai, mas continua mais alto entre idosos, pretos e pardos e no Nordeste. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37089-em-2022-analfabetismo-cai-mas-continua-mais-alto-entre-idosos-pretos-e-pardos-e-no-nordeste>. Acesso em: 23 fev. 2024.

¹³²⁴ IBGE. 161,6 milhões de pessoas com 10 anos ou mais de idade utilizaram a Internet no país, em 2022. Disponível em:

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38307-161-6-milhoes-de-pessoas-com-10-anos-ou-mais-de-idade-utilizaram-a-internet-no-pais-em-2022>. Acesso em: 23 fev. 2024.

¹³²⁵ Fonte: IBGE. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2024.

¹³²⁶ Pesquisa Nacional da Defensoria Pública. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional/>. Acesso em 23 fev. 2024.

¹³²⁷ Em pesquisa realizada pela Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, “um fator que chamou a atenção no estudo é que os idosos, em sua maioria, demonstram medo ou receio

O ingresso na era digital fez com que a prestação jurisdicional começasse a se adaptar ao progresso tecnológico, impactando na prática da comunicação eletrônica dos atos processuais, bem como no cumprimento digital de ordem judicial. Veja-se a vertiginosa importância do tema que leva a estudos de proporção mundial sobre a implementação da justiça digital¹³²⁸ e o efetivo acesso à Justiça¹³²⁹.

Diante da inevitável modernização da justiça, torna-se imprescindível analisar os seus efeitos negativos, decorrentes das desigualdades sociais e econômicas que acometem os cidadãos mais vulneráveis, os quais são denominados como excluídos digitais. Possíveis obstáculos tecnológicos relacionam-se com entrave no acesso à justiça, que

deve ser observada como garantia fundamental à luz da Constituição da República.

A Fundação Getúlio Vargas elaborou, ainda em 2003, o Mapa da Exclusão Digital no qual apurou-se que, à época, os excluídos digitais eram, em sua maioria, membros integrantes da população negra, indígena e parda, e residentes em áreas não urbanizadas¹³³⁰.

A preocupação com a inclusão digital não é recente. Veja-se que o Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades foi instituído ainda em 2009, por meio do Decreto nº 6.991; o CNJ editou a Resolução nº 185/2013 para que o Judiciário providencie auxílio técnico presencial às pessoas com deficiência ou comprovem idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos¹³³¹. Tem-se, ainda, a

em relação aos aparelhos tecnológicos. Do total dos entrevistados, 24% relataram ter medo de utilizar as novas tecnologias, e 40% relataram ter receio de danificar o aparelho”. Disponível em: <https://www5.usp.br/noticias/especial-2/pesquisa-tenta-entender-a-complicada-relacao-entre-idosos-e-tecnologia/#:~:text=Um%20fator%20que%20chamou%20a,receio%20de%20danificar%20o%20aparelho>. Acesso em: 23 fev. 2024.

¹³²⁸ A União Europeia desenvolveu o portal e-Justice, que fornece informações sobre os sistemas de justiça visando a melhorar o acesso à justiça em 23 idiomas. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/home?action=home>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2024. Nacionalmente, o Programa Justiça 4.0, do CNJ, objetiva promover inovações tecnológicas no Judiciário.

¹³²⁹ GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2024.

¹³³⁰ Mapa da exclusão digital/ Coordenação Marcelo Côrtes Neri – Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2003. Disponível em: <https://cps.fgv.br/pesquisas/mapa-da-exclusao-digital>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2024.

¹³³¹ Resolução CNJ nº 185/2013: “Art. 18. Os órgãos do Poder Judiciário que utilizarem o Processo Judicial Eletrônico - PJe manterão instalados equipamentos à disposição das partes, advogados e interessados para consulta ao conteúdo dos autos digitais, digitalização e envio de peças processuais e documentos em meio eletrônico. § 1º Para os fins do caput, os órgãos do Poder Judiciário devem providenciar auxílio técnico presencial às pessoas com deficiência ou que comprovem idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. § 2º Os órgãos do Poder Judiciário poderão realizar convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ou outras associações representativas de advogados, bem como com órgãos públicos, para compartilhar responsabilidades na

Recomendação nº 101/2021, orientando os tribunais a adotarem medidas para garantir o acesso à Justiça aos excluídos digitais – como exemplo, a recomendação de que seja disponibilizado ao menos um servidor em regime de trabalho presencial para atendimento aos excluídos digitais, a fim de garantir o acesso à justiça e auxiliar o jurisdicionado naquilo que se revelar necessário¹³³².

Em junho de 2023, mediante a Resolução nº 508/2023, o CNJ criou a possibilidade de implementação dos Pontos de Inclusão Digital (PID). São espaços que permitem a realização de atos processuais, como depoimentos das partes, testemunhas e outros colaboradores da justiça, por meio de sistema de videoconferência. Outra adaptação foi a criação do atendimento no Balcão Virtual, disponível em cidades, aldeias, povoados e distritos

que não sejam sede de comarca ou unidade física do Poder Judiciário, a fim de promover o acesso aos diferentes ramos da justiça.¹³³³

É que, como se sabe, a garantia de acesso à justiça não pode ser frívola e apenas declarada; ao contrário, deve ser efetivamente aplicada, possibilitando a todo e qualquer cidadão recorrer ao Judiciário quando lesado¹³³⁴.

4. CITAÇÃO POR WHATSAPP: A FORMA-MODO.

Feitas as análises normativas contemporâneas quanto à implementação e ao procedimento para a prática de atos processuais de forma eletrônica, bem como dos julgados correlatos e do retrato digital da população brasileira, mister adentrar, em linhas finais, na reflexão acerca da gênese processual para fundamentar a

disponibilização de tais espaços, equipamentos e auxílio técnico presencial.”

¹³³² Resolução CNJ nº 101/2021: “Art. 2º Recomenda-se aos tribunais brasileiros disponibilizar, em suas unidades físicas, pelo menos um servidor em regime de trabalho presencial durante o horário de expediente regimental, ainda que cumulando funções, para atendimento aos excluídos digitais, a fim de garantir o amplo acesso à justiça, efetuar o encaminhamento digital dos eventuais requerimentos formulados e auxiliar o jurisdicionado naquilo que se revelar necessário.”

¹³³³ Resolução CNJ nº 508/2023: “Art. 1º Incumbe aos Tribunais instalar, na medida das suas disponibilidades e nos termos da presente Resolução, por meio de ações conjuntas com os demais ramos com jurisdição na localidade, Pontos de Inclusão Digital (PID) nas cidades, povoados, aldeias e distritos que não sejam

sede de comarca ou de unidade física do Poder Judiciário, com o objetivo de promover o acesso aos vários ramos da Justiça. Parágrafo único. Considera-se PID qualquer sala ou espaço que permita, de forma adequada e simultaneamente para mais de um ramo do Poder Judiciário, a realização de atos processuais, como depoimentos de partes, de testemunhas e de outros colaboradores da justiça, por sistema de videoconferência, bem como o atendimento por meio do Balcão Virtual, instituído pela Resolução CNJ n. 372/2021, com possibilidade de agregação de outros serviços públicos voltados à cidadania.”

¹³³⁴ RABELO, Thiago Carneiro. Do Jurisdicionado excluído digitalmente. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2021/do-jurisdicionado-excluido-digitalmente>. Acesso em: 21 fev. 2024.

(in)validade dessa medida, à luz protocolar atinente.

Pois bem. Os atos processuais mostram-se de natureza solene, devendo ser observados requisitos específicos para sua validade e eficácia. O olhar voltado ao valor técnico exige enfrentamento da questão de modo a respeitar a lógica do processo, seu objeto e a realização de justiça.

A composição adequada da lide exige o cumprimento de elementos lógicos e concretos (físicos ou digitais). Para a exposição de razões e provas, é necessário que as informações estejam claras, resguardando-se aos produtores a inequívoca ciência para a prática do ato que lhe cabe de maneira preclusiva ou facultativa. O mesmo se diz sobre os reflexos nas relações extraprocessuais, tal como deve ser ofertada a terceiros juridicamente interessados.

As informações processuais devem observar *formas* específicas, sob pena de nulidade, exceto se, executada de outra forma, ainda assim, atingir o seu objetivo. Esses princípios da instrumentalidade e da liberdade das formas, permitem grande margem interpretativa, comportando a justa causa para validação de atos diversos. Além do que, deve ser lido em congruência com os princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo, inibindo que o excesso de formalismo atinja o

resultado do processo eficiente e tempestivo.

Movimentos normativos, tais como os advindos com o Código de Processo Civil de 2015, permitiram maior flexibilização na forma recursal. A exemplo do ocorrido na temática recursal, veja-se que a ausência de documento no instrumento do agravo ensejava sua inadmissibilidade. Pelo sistema atual, concede-se prazo para a parte complementar o instrumento¹³³⁵. O mesmo em relação à complementação de preparo para a admissibilidade recursal¹³³⁶ e não mais a deserção *prima facie*. Extraí-se disso ser incontestado a valorização do resultado em detrimento do formalismo exacerbado. Porém, fala-se em formalismo como sinônimo de engessamento que mereça ser superado. Em verdade, o formalismo deve ser compreendido como segurança jurídica dos atos processuais. Ou seja, não se deve abdicar do formalismo, mas conferir-lhe sua real essência e premência para o justo processo.

Especificamente quanto ao ato citatório, cuida-se do gênero comunicação de atos processuais com consequências de integração na relação processual¹³³⁷, devendo ser efetivada em até quarenta e cinco dias da data da propositura da ação¹³³⁸, ato esse indispensável à validade do próprio processo¹³³⁹.

¹³³⁵ § 3º do art. 1.017 do CPC.

¹³³⁶ § 2º do art. 1.007 do CPC.

¹³³⁷ Art. 238 do CPC.

¹³³⁸ Parágrafo único do art. 238 do CPC.

¹³³⁹ Ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido.

Voltando a conjugar a solenidade desse ato com o uso de aplicativo WhatsApp, primeiramente, deve-se conhecer o programa de software. Trata-se de ferramenta utilizada por mais de dois bilhões de pessoas em mais de cento e oitenta países. É uma ferramenta gratuita, tornando-a acessível à toda população que disponha de equipamento eletrônico compatível. O sistema se apresenta como forma “*simples, segura e confiável*” para transmissão de dados de mensagens escritas, fotos, vídeos, documentos, localização e chamada de voz, com criptografia de ponta a ponta¹³⁴⁰. De acordo com a fornecedora do produto, para registro do número de telefone, é necessária a confirmação de titularidade. Para tanto, é enviado um código exclusivo para cada telefone ou aparelho, que muda a cada confirmação¹³⁴¹.

Sob essa descrição, é presumível que o aplicativo para o qual se direciona o ato processual será acessado pelo proprietário da linha telefônica, sendo de sua responsabilidade eventual acesso por terceiros. Ou seja, quanto à certeza de o destinatário da diligência judicial acessar a mensagem de teor citatório ou intimatório, é razoável e adequado se presumir sua perfeita ocorrência. Nada difere da diligência física e/ ou presencial, na qual um indivíduo se passe por outrem, nisso ocorrendo o crime de falsidade ideológica.

No ato de comunicação processual, para que sejam resguardados os direitos do destinatário, deve o responsável pela diligência reproduzir o protocolo atinente à prática presencial. Certificar-se de estar falando com o real destinatário, registrar a conversa, ler-lhe o teor do mandado, enviar o documento na íntegra e certificar-se da compreensão do exposto. Afora isso, sendo o receptor pessoa diversa e enganadora, essa deverá suportar os ônus, inclusive penais.

Ademais, resguardam-se as medidas processuais que podem ser invocadas pelo real destinatário para buscar a invalidação do ato, quando realizado sem a devida solenidade e validade, ou seja, sem a observância das prescrições legais. Registrando-se que na contemporaneidade, as prescrições legais também advertem quanto à primazia do formato eletrônico.

A idoneidade do ato praticado por WhatsApp, quando observado o protocolo de ato citatório, seguramente pode ser realizado, resguardando o servidor executor do mandado. A fé pública que envolve o teor das certidões dos Oficiais de Justiça passa a ser reforçada com o registro escrito e “prints” de tela anexados ao resultado da diligência.

Em termos pragmáticos, a nulidade do ato citatório, seja quando realizado por WhatsApp ou qualquer outro meio eletrônico ou presencial, terá

¹³⁴⁰ Disponível em:
https://www.whatsapp.com/about?lang=pt_BR.
Acesso em 27 fev. 2024.

¹³⁴¹ Disponível em:
https://faq.whatsapp.com/506595211487528/?helpref=hc_fnav. Acesso em 27 fev. 2024.

como justa causa a mesma razão: vício no procedimento, não da *forma-modo* utilizado. Além do mais, como em qualquer outro ato de comunicação, deve-se assegurar a ciência inequívoca a respeito do ato que se pretende comunicar, bem como, ainda que a lei prescreva determinada forma (instrumentalidade das formas), será válido o ato quando praticado de outro modo quando alcançada a finalidade.

Portanto, à luz do entendimento do STJ, a citação não se sujeita a declaração judicial de nulidade por ter sido efetivada pelo WhatsApp. Isso se dará somente se o requerente comprovar que o referido ato está maculado por inquestionável vício de procedimento e, ainda, não atingiu o seu objetivo.

A lógica dos requisitos dos atos processuais leva à observação do seguinte protocolo: (i) *previsão legal do ato de comunicação e capacidade das pessoas para estarem em juízo e para serem partes*. Neste tópico, qualquer vício de capacidade e de representatividade (em situações não notórias) independem da *forma-modo* (WhatsApp, e-mail ou presencial) para sua alegação; (ii) *existência de autoridade da emanadora da ordem de comunicação judicial*. Igualmente não sofre interferência da forma de comunicação, para alegação de vícios nesse nascedouro; (iii) *agente legítimo e investido de poder para execução do ofício judicial*. Sendo o Oficial de Justiça ilegítimo para a prática daquele ato, não haverá diferença quanto à forma utilizada. Veja-se que a inaptidão do serventuário deve ser grave.

Comparativamente, a lei prescreve que a citação será válida mesmo quando ordenada por juízo incompetente. Tomando por analogia, ainda que o executor do mandado não seja territorialmente competente, o ato será válido. Do mesmo modo, será válido se atingir o seu objetivo, ainda que realizado por Oficial de Justiça de licença, de férias ou afastado, desde que o ato tenha sido realizado de boa-fé. Diz-se isso porque o legislador não distinguiu a incompetência relativa ou absoluta do juízo que determinou a ordem de comunicação processual para assegurar a validade do ato citatório, interpretando-se de igual modo a execução do mandado. Entretanto, deve ser salvaguardado que atos praticados deliberadamente de má-fé, ensejam não somente a nulidade do ato como os desdobramentos cível, criminal e administrativo cabíveis.

Em ilação, põe-se em delimitação a *forma-modo* e o *conteúdo do ato*, devendo ser analisados como elementos independentes. Verifica-se que o formalismo processual não é algo enrijecido que deva ser superado. Ao contrário, é factível à realidade virtual e física, pois não se afasta dessas, mas lhes garante a essência de resguardar direitos e gerar segurança jurídica, enquanto matriz para a previsibilidade e a previsão dos atos.

Não se afasta o formalismo processual para delinear a validade do ato citatório por meio de aplicativo de WhatsApp. O *formalismo processual* e *forma-modo* são fatores dessemelhantes. A prática do ato citatório pelo aplicativo deve ser

realizada à luz do formalismo processual, aqui compreendido como o dever de observância às diretrizes normativas, à correta configuração dos sujeitos participantes, à ciência e à compreensão do ato pelo citando. Eventuais desdobramentos indesejáveis podem macular o ato na mesma medida e proporção, em linhas gerais, que o vulnerariam outras formas eletrônicas ou físicas de comunicação do ato processual.

Encerra-se, citando Carnelutti, em suas lições sobre a liberdade de formas. Interpretando o dispositivo correspondente, entendia que deveria ser feita correção redacional para conferir melhor exatidão científica, substituindo-se a palavra *forma* por *modo*. Explicou que a *suficiência* e não a *perfeição* do modo era o exigido legalmente para a eficácia do ato¹³⁴².

Portanto, àquela época ou na era digital, pode-se afirmar que a evolução da sociedade e da tecnologia devem ser acompanhadas pelo mundo jurídico e, especificamente no assunto aqui enfrentado, constata-se a perfeita harmonização entre o formalismo processual, a instrumentalidade das formas e a liberdade das formas (*forma-modo* como se realiza).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em epílogo, considera-se que a utilização das novas tecnologias pelo Poder Judiciário é um caminho sem volta, pois acompanha o fluxo social,

atendendo às expectativas da sociedade contemporânea, em regra. Deve, portanto, ser recebida com otimismo e disponibilidade para abertura de horizontes pelos construtores e aplicadores do direito.

Naturalmente, frente à patente desigualdade tecnológica, conforme descrito no presente trabalho a partir de alguns dados de amostragem, a sua implementação deve ser gradual e cuidadosa para que a adaptação ao “novo” realize-se da maneira mais harmoniosa possível e atenta aos desafios de coadunar-se aos princípios basilares afinados ao do acesso à justiça, de maneira célere, eficaz e eficiente.

No olhar pragmático, a transição do comportamento social da literatura rupestre à escrita em papiro e à prensa, não se compara à evolução tecnológica que fez uma mesma geração experimentar da datilografia à inteligência artificial como mecanismos de produção de textos. Entretanto, determinados públicos estão distantes de elementos básicos como saneamento e a alfabetização, mais ainda de ferramentas de tecnologia. Ainda que possua materialmente um smartphone, por exemplo, pode ser usuário atingido por analfabetismo funcional ou tecnológico, não sendo capaz de compreender a linguagem do produto computacional.

Cabe indicar, com escusas por se estar na narrativa conclusiva, o importante impulsionamento de

¹³⁴² Livre tradução. CARNELUTTI, Francesco. Santiago Sentís Melendo (Tradutor).

Instituciones del Proceso Civil. Vol. I. Buenos Aires, Librería “El Foro”, 1997, p. 475.

Humberto Dalla e Fabiana Spengler na defesa do processo eletrônico e no trabalhar pela busca de direitos do cidadão sem o uso do meio físico. Entretanto, esse mecanismo só será viável se o cidadão e o Judiciário estiverem servidos de aparelhos tecnológicos e uma boa *internet*. Se, de um lado, busca-se a inclusão digital para completo aproveitamento das ferramentas on-line, garantindo, assim, um maior acesso à justiça, de outro, percebe-se a necessidade primordial de desenvolver mecanismos possibilitadores dessa inclusão digital. Além da criação de políticas públicas de acesso virtual à justiça, é necessário que haja a informação dos seus usuários e a disseminação isonômica de acessibilidade à *internet*. Essas duas ações são decisivas para a inclusão digital.¹³⁴³

O uso da tecnologia para a prática de atos processuais e, principalmente, para cientificar o jurisdicionado desses atos, traz muitas vantagens. Certamente, os avanços do Judiciário foram significativos nesse sentido, não só na previsão normativa abundante, como na análise concreta judicante que reforça a validação dos atos processuais praticados de forma remota síncrona, como ocorre nos aplicativos de WhatsApp, por chamada de voz, foto, mensagem escrita e upload e download de documentos.

¹³⁴³ “Não basta criar políticas públicas de acesso virtual à justiça se paralelo a estas não ocorrer a informação dos seus usuários/consumidores e a disseminação isonômica de acessibilidade à *internet*. Essas duas ações são decisivas para a inclusão digital.” SPENGLER, Fabiana Marion;

Não poderia ser diferente. Afinal, conforme o físico britânico-estadunidense Chris Anderson afirma: “*não vivemos uma era de mudanças, mas uma mudança de era*”. E é preciso que todos os interesses legítimos envoltos nessa relevante transformação social sejam devidamente considerados. Para este estudo, compreender que a *forma-modo* da prática do ato eletrônico dialoga com o formalismo processual protetivo e com a liberdade das formas.

REFERÊNCIAS

- CARNELUTTI, Francesco. Santiago Sentís Melendo (Tradutor). *Instituciones del Proceso Civil*. Vol. I. Buenos Aires, Librería “El Foro”, 1997.
- CASTELLS, Manuel. 1942 *A sociedade em rede*; tradução: Roneide Venâncio Majer; atualização para a 6ª edição: Jussara Simões – (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.1). São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CNJ. Empresas têm até 30 de maio para se cadastrarem no Domicílio Judicial Eletrônico. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/empresas-tem-ate-30-de-maio-para-se-cadastrarem-no-domicilio-judicial-eletronico/#:~:text=Em%202022%2C%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ,e%20empresas%20>

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, pp. 219-257, jan./jun. 2018.

- p%C3%BAblicas%20e%20privada
s. Acesso em: 24 fev. 2024.
- Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, v.1., 23. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2021.
- E-Justice. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/home?action=home>. Acesso em: 23 fev. 2024.
- FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/>. Acesso em: 23 fev. 2024.
- GRÉGIO, Grécio Nogueira; SILVA, Gustavo Henrique Procópio; ELESBON, Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer. Evidências em prol das citações eletrônicas nos Juizados Especiais Cíveis, à luz da Lei n. 14.195/2021 e das Resoluções n. 345/2020 e n. 354/2020 do Conselho Nacional de Justiça: estudo de caso no Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Revista Eletrônica do CNJ*, v. 6, n. 1, jan. /jun. 2022 | ISSN 2525-4502. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/249/154>. Acesso em: 23 fev. 2024.
- IBGE. 161,6 milhões de pessoas com 10 anos ou mais de idade utilizaram a Internet no país, em 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38307-161-6-milhoes-de-pessoas-com-10-anos-ou-mais-de-idade-utilizaram-a-internet-no-pais-em-2022>. Acesso em: 23 fev. 2024.
- IBGE. Em 2022, analfabetismo cai, mas continua mais alto entre idosos, pretos e pardos e no Nordeste. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37089-em-2022-analfabetismo-cai-mas-continua-mais-alto-entre-idosos-pretos-e-pardos-e-no-nordeste>. Acesso em: 23 fev. 2024.
- Mapa da exclusão digital. Coordenação Marcelo Côrtes Neri – Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2003. Disponível em: <https://cps.fgv.br/pesquisas/mapa-da-exclusao-digital>. Acesso em: 22 fev. 2024.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso De Processo Civil: teoria do processo civil*. 5ª ed. – São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020. v.1.
- Pesquisa Nacional da Defensoria Pública. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional/>. Acesso em 23 de fevereiro de 2024.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2022.
- RABELO, Thiago Carneiro. Do Jurisdicionado excluído digitalmente. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2021/do-jurisdicionado-excluido-digitalmente>. Acesso em: 21 fev. 2024.
- SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 72, pp. 219-257, jan./jun. 2018.

- STJ. Citação por aplicativo de mensagem pode ser válida se der ciência inequívoca da ação judicial. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/22082023-Citacao-por-aplicativo-de-mensagem-pode-ser-valida-se-der-ciencia-inequivoca-da-acao-judicial.aspx#:~:text=Segundo%20a%20relatora%2C%20a%20possibilidade%20atos%20processuais%2C%20e%20ap%C3%B3s>. Acesso em 23 fev. 2024.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum, 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.
- TJDFT. Citação por aplicativo de celular durante a pandemia – instrumentalidade das formas. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/crimes-e-procedimentos/citacao-por-aplicativo-de-celular-durante-a-pandemia-2013-instrumentalidade-das-formas>. Acesso em: 22 fev. 2024.
- TJSP. Boas práticas: Varas realizam intimações e citações por meio eletrônico. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=74409>. Acesso em: 20 fev. 2024.
- TJSP. Conheça o projeto de citação e intimação eletrônica do TJSP. Disponível em: <https://tjsp.jus.br/Imprensa/Noticias/Noticia?codigoNoticia=63173&pagina=88>. Acesso em: 20 fev. 2024.
- USP. Pesquisa tenta entender a complicada relação entre idosos e tecnologia. Disponível em: <https://www5.usp.br/noticias/especial-2/pesquisa-tenta-entender-a-complicada-relacao-entre-idosos-e-tecnologia/#:~:text=Um%20fator%20que%20chamou%20a,receio%20de%20danificar%20o%20aparelho>. Acesso em: 23 fev. 2024.

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS EM CONFLITOS ESTRUTURAIS NA ÁSIA E DIRETRIZES JUDICIAIS¹³⁴⁴

CONSTITUTIONAL REMEDIES FOR STRUCTURAL CONFLICTS IN ASIA AND JUDICIAL DIRECTIVES

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS PARA CONFLITOS ESTRUCTURALES EN ASIA Y DIRECTIVAS JUDICIALES

Marco Félix Jobim

Professor Adjunto da Escola de Direito da PUCRS na graduação e pós-graduação *lato e stricto sensu* (mestrado e doutorado) (Porto Alegre/RS/Brasil). Estágio de pós-doutorado na Universidade Federal do Paraná (2015-2017). Doutor em Teoria Geral da Jurisdição e Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestrado em Direitos Fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA-RS). Especialista em Saúde do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil pela UniRitter. Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS. Advogado e parecerista. E-mail: marco.jobim@pucrs.br. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3483-1393>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7781138223264118>.

RESUMO: O estudo aborda o tema das decisões estruturais num contexto global. Para tanto, após uma análise exemplificativa das principais Cortes que já julgaram casos estruturantes, parte-se para o estudo específico do continente asiático com estudo direcionado da obra *Constitutional Remedies in Asia* e como, ao longo das últimas décadas, têm as Cortes se comportado e criado técnicas para lidar com questões referentes a conflitos estruturais. Ao término, será realizada reflexão sobre a possibilidade de proteção às pessoas, grupos e subgrupos como ocorrido na Corte indiana e pautando uma necessária discussão sobre o então veto do art. 2º, II, da Lei 9.882/99.

PALAVRAS-CHAVE: Cortes; Decisões Estruturantes; Contexto Mundial; Ásia; Remédios Constitucionais.

ABSTRACT: The study addresses the topic of structural decisions in a global context. To this end, after an exemplary analysis of the main Courts that have already judged structural cases, this work moves on to a specific study of analyzing the Asian continent with a targeted study of the text *Constitutional Remedies in Asia* and how, over the last few decades, the Courts have behaved and created techniques to deal with issues relating to structural conflicts. At the end, a reflection will be carried out on the possibility of protecting people, groups and subgroups as occurred in the

¹³⁴⁴ Artigo recebido em 04/06/2024 e aprovado em 07/08/2024.

Indian Court and guiding a necessary discussion on the veto of art. 2nd, II, of Law 9.882/99.

KEYWORDS: Courts; Structural Decisions; World Context; Asia; Constitutional Remedies.

RESUMEN: El estudio aborda el tema de las decisiones estructurales en un contexto global. Para ello, tras un análisis ejemplar de los principales Tribunales que ya han juzgado casos estructurantes, pasa a un estudio específico del continente asiático con un estudio específico de la labor de los Recursos Constitucionales en Asia y de cómo, a lo largo de las últimas décadas, los tribunales se han comportado y creado técnicas para abordar cuestiones relativas a conflictos estructurales. Al finalizar, se realizará una reflexión sobre la posibilidad de proteger a personas, grupos y subgrupos como ocurrió en el Tribunal Indio y orientar una necesaria discusión sobre el veto del art. 2º, II, de la Ley 9.882/99.

PALABRAS CLAVE: Tribunales; Decisiones Estructurantes; Contexto Mundial; Asia; Remedios Constitucionales.

INTRODUÇÃO

Muito se conquistou em termos de decisões estruturantes desde 1955 com o julgamento de *Brown v Board of Education* II. Os Estados Unidos foi palco de uma riquíssima doutrina encabeçada já no amanhecer dos anos 70 do século passado por Owen Fiss¹³⁴⁵, Lon Fuller¹³⁴⁶ e Abram Chayes¹³⁴⁷ que, observando casos como *Brown* e *Holt vs. Sarver*¹³⁴⁸, conseguiram vislumbrar uma nova forma de atuação para resolução de casos com um grau de complexidade diferente do até então existente naquela cultura.

Porém, casos com elevada heterodoxia e que merecem um tratamento diferenciado não são exclusivos dos Estados Unidos. Ao longo dos anos que se seguiram das discussões em solo estadunidense, muitos países, em especial aquelas democracias mais emergentes, delas se utilizaram para, à sua forma, darem tratamento diferenciado aos seus casos, fazendo com que as ideias antes circunscritas àquela nação atravessassem continentes e fossem utilizadas, em alguns casos, como a última esperança da pessoa humana em situações de privação radical de direitos, expressão forte e correta utilizada por

¹³⁴⁵ FISS, Owen. The civil rights injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

¹³⁴⁶ FULLER, Lon Luvois. The forms and limits of adjudication. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978.

¹³⁴⁷ CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. Harvard Law Review, v. 89, n.7, p. 1.281-1.316, 1976.

¹³⁴⁸ Sobre o caso Holt vs. Sarver ler: VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. São Paulo: JusPodivm, 2023.

César Rodríguez-Garavito e Diana Rodríguez-Frando.¹³⁴⁹

A partir da constatação de que o modelo de decisão estrutural e das doutrinas da *public law litigation*, mais ligada a *Abram Chayes*, e das *structural reforms* ou *structural litigation*, mais afeitas a Owen Fiss, outras realidades propiciaram, a partir de suas Cortes, principalmente as de vértice ou sobreposição de direitos, julgarem conflitos estruturais utilizando, algumas vezes nomes diferentes, mas na essência fazendo valer-se de técnicas ou medidas estruturantes¹³⁵⁰ para alcançar um estado mínimo de adequação do litígio apresentado ao Poder Judiciário.

O estudo apresentado parte desta ideia e estaciona seus esforços na jurisdição prestada em alguns países asiáticos¹³⁵¹ como *Bangladesh*, *Hong Kong*, Indonésia, Índia e Filipinas para

demonstrar que, para além de conceitos já utilizados na jurisdição constitucional mundial, vêm as Cortes trabalhando já algum tempo com medidas de correção estruturante para o enfrentamento de problemas, conflitos ou litígios estruturais.

Para tanto, estuda-se a obra coletiva *Constitutional Remedies in Asia*, editada por Po Jen Yap¹³⁵², que introduz alguns textos de autores especialistas no estudo dessas decisões nos relacionados países, esperando que possam as reflexões construir pontes entre a doutrina brasileira e a asiática.

1. PANORAMA MUNDIAL DE CONFLITOS ESTRUTURAIS.

A partir da tradição estadunidense, a temática do que agora denominamos no Brasil de processos

¹³⁴⁹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. *Radical deprivation on trial: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in the Global South*. New York: Cambridge University Press, 2015.

¹³⁵⁰ Sobre a nomenclatura utilizada de técnicas ou medidas, recomenda-se: JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes na jurisdição constitucional: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

¹³⁵¹ São países do continente: Afeganistão, Arábia Saudita, Armênia, Azerbaijão, Bahrein, Bangladesh, Brunei, Butão, Camboja, Cazaquistão, Catar, China, Chipre, Cingapura, Coreia do Norte, Coreia do Sul, Egito, Emirados Árabes, Filipinas, Geórgia, Iêmen, Índia, Indonésia, Irã, Iraque, Israel, Japão, Jordânia, Kuwait, Laos, Líbano, Malásia, Maldivas, Mianmar, Mongólia, Nepal, Omã, Paquistão, Quirguistão, Rússia, Síria, Sri Lanka, Tadjiquistão,

Tailândia, Timor-Leste, Turcomenistão, Turquia, Uzbequistão e Vietnã. São territórios não reconhecidos: Taiwan e Estado da Palestina. São dependências: Ilhas de Cocos e Ilha do Natal (Austrália), Guam (Estados Unidos), Acrotíri e Decélia e Território do Oceano Índico (Reino Unido). São entidades especiais reconhecidas: Hong Kong e Macau. Fonte: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/paises-asia.htm>. Veja mais sobre "Países da Ásia" em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/paises-asia.htm>

¹³⁵² Professor at The University of Hong Kong (HKU), Faculty of Law, where he specializes in Constitutional and Administrative law. He graduated from the National University of Singapore with LLB degree, and he obtained LLM qualifications from both Harvard Law School and University College London. He also has a PhD degree from University of Cambridge.

estruturais ¹³⁵³ e algumas variantes, nomes mais abrangentes para alocar conceitos como decisões estruturantes, medidas estruturantes e outras mais, outros países iniciaram a enfrentar seus litígios de uma forma, no mínimo, semelhante àquelas antecipadas doutrinariamente por Owen Fiss, Abram Chayes e Lon Fuller.

Talvez um dos países que tenha iniciado, ainda no final do século passado, a alcançar decisões estruturantes pela via de suas Cortes seja a Colômbia, pelo número de situações apresentadas pelo seu povo. Nestor Osuna ¹³⁵⁴ apresenta uma tábua de casos julgados na Corte colombiana que se apresentam como situações de radical privação de direitos.

El enorme número de casos judiciales sobre derecho a la salud, le permitió a la Corte Constitucional hacer una tipología de las situaciones que generaban esas acciones de tutela y detectar cuáles eran los principales ‘puntos críticos’ del sistema, y con ese insumo de primera mano, en el año 2008 expidió la Sentencia T-760, que propone una alternativa a la protección casuista de este

derecho y aborda la situación de vulneración y desconocimiento del mismo desde sus causas estructurales, para intentar remediarlas con órdenes dirigidas a diversas autoridades y a los particulares que prestan servicios de salud. En esta sentencia, la Corte abandonó la terminología de ‘estado de cosas inconstitucional’, que no ha vuelto a declarar desde entonces. Sin embargo, los alcances de esta sentencia permiten clasificarla en el mismo tipo de estrategia judicial para enfrentar casos reiterados y sistemáticos de desconocimiento de derechos fundamentales.

A Colômbia, em algumas de suas decisões, utilizou uma nova técnica para enfrentamento dos casos que intitulou de *Estado de Cosas Inconstitucional* ¹³⁵⁵ embora, na essência, esteja a falar de correções pela via estruturante.

Alguns autores brasileiros, até mesmo em razão da semelhança de problemas enfrentados entre os países do Sul Global e o Brasil, que dele faz parte, começaram a dedicar seus esforços a compreender os casos lá

¹³⁵³ Algumas obras referência no tema são: ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022; ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (orgs.). *Processos estruturais*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022; VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2024.

¹³⁵⁴ OSUNA, Nestor. *Las sentencias estructurales: tres ejemplos de Colombia*. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/lib>

<ros/10/4504/7.pdf>. Acesso 5 de março de 2024. Escreve: PAIXÃO, Juliana Patricio. *Estado de coisas inconstitucional: sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹³⁵⁵ Dois grandes estudos que poderiam ser citados no Brasil, em que pese existirem outros tantos são: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019; ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de coisas inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

existentes, refletir e transpor ao Brasil suas decisões, com seus sucessos e fracassos, para que se tenha uma noção se podem ou não ser utilizadas em solo brasileiro. Dentre os estudos e países que podem ser citados em caráter introdutório, estão o de Gabriela Möller ¹³⁵⁶, Matheus Casimiro ¹³⁵⁷ e Eduarda Cunha ¹³⁵⁸, estando África, Índia, Colômbia e outros países contemplados nas exemplificadas obras.

Apenas para que se tenha uma compreensão maior do papel das Cortes ao redor do globo, em recente publicação Marco Félix Jobim ¹³⁵⁹ mapeou a atuação estrutural dos seguintes Tribunais, em estudo não exaustivo: i. Corte Suprema de Justiça (*Corte Suprema de Justicia*) – Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica (*Sala Constitucional da Corte Suprema de Justicia da Costa Rica*); II. Tribunal Constitucional do Peru (*Tribunal Constitucional del Peru* – TCP); iii. Corte Constitucional da Colômbia (*Corte Constitucional de Colombia* – CCC); iv. Suprema Corte da Índia (*Supreme Court of India* – भारत का सर्वोच्च न्यायालय); y Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia (*Tribunal Constitucional*

Plurinacional da Bolivia); vi. Corte Constitucional do Equador (*Corte Constitucional del Ecuador*); vii. Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela (*Tribunal Supremo de Justicia*); viii. Corte Constitucional Sul-Africana (*Constitutional Court of South Africa*); ix. Suprema Corte do Canadá (*Supreme Court of Canada* – *Cour Suprême du Canada*); x. A Suprema Corte da Nação Argentina (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*); xi. Suprema Corte de Bangladesh (*Supreme Court of Bangladesh*); xii. A Suprema Corte do Paquistão (*Supreme Court of Pakistan*); xiii. A Suprema Corte das Filipinas (*Supreme Court of the Philippines*); xiv. An Alta Corte Australiana – A Suprema Corte Australiana – (*High Court of Australia*); xv. A Suprema Corte do Quênia – (*The Supreme Court of Kenya*); xvi. A Corte Constitucional Italiana – (*La Corte Costituzionale*); xvii. A Suprema Corte de Uganda – (*The Supreme Court of Uganda*); xviii. Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Corte Interamericana de Derechos Humanos* – *Inter-American Court of Human Rights* – CIDH); xix. Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*Tribunal Europeo de Derechos Humanos* – *European Court of Human Rights* – *Cour européenne des*

¹³⁵⁶ MÖLLER, Gabriela Samrsla. *Proteção à moradia adequada pelo processo estrutural: litígios e comportamento das Cortes*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

¹³⁵⁷ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. *Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

¹³⁵⁸ CASIMIRO, Matheus; CUNHA, Eduarda. *Processos estruturais no sul global*. Londrina, PR: Thoth, 2022; FRANÇA, Eduarda Peixoto da

Cunha. **Processos estruturais no Sul Global**: a transformação de realidades inconstitucionais por meio dos diálogos institucionais. Londrina, PR: Thoth, 2024.

¹³⁵⁹ JOBIM, Marco Félix. **Cortes e o tratamento mundial de conflitos estruturais: *Structural Injunctions, Structural Interdicts, Public Interest Litigation* (PIL), *Writ of Continuing Mandamus*, *Social Action Litigation* (SAL), *Estado de Cosas Inconstitucional* nos Tribunais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.

droits de l'homme); xx. A Suprema Corte dos EUA e demais Tribunais (*U. S. Supreme Court*); e xxi. As Cortes brasileiras (em especial a atuação do Supremo Tribunal Federal). No capítulo final que denomina de “Há outras Cortes? Claro!”, o autor ainda demonstra que o tema está em aberto, encontrando atuação estrutural nas Cortes do Paraguai, Nigéria, Irlanda, Malásia, China, Japão e França. Então, pelo menos 28 países julgam em suas Cortes casos estruturais e, contando Hong Kong que está nas linhas seguintes, somam-se 29 realidades distintas com os mesmos ou assemelhados problemas.

Uma das dificuldades existentes na pesquisa ao autor é que em outras tradições nomes diversos são encontrados como *Structural Injunctions*, *Structural Interdicts*, *Public Interest Litigation*, *Writ of Continuing Mandamus*, *Social Action Litigation*, *Estado de Cosas Inconstitucional*, *Civil Public Interest Litigation* e *Administrative Public Interest Litigation*, sendo estas nomenclaturas apenas indicadoras de que outras tantas podem existir em incontáveis Cortes ao redor do mundo. Mas, embora com nomes diversos, todas ao apresentarem *enforcement* para reestruturar realidades, se valem de medidas estruturantes, encontrando, aqui, um ponto em comum em todos os

Tribunais. Por isso se elege o contexto asiático e uma obra de referência para aprofundamento em algumas das técnicas utilizadas.

2. O LIVRO *CONSTITUTIONAL REMEDIES IN ASIA*.

O livro coletivo *Constitutional Remedies in Asia* é dividido em IV partes, contendo 10 artigos sobre temáticas que envolvem a aplicabilidade dos *remedies* em alguns países da Ásia, assim como há uma visão global do próprio continente asiático no primeiro estudo de Po Jen Yap, intitulado *Constitutional remedies in Asia: an overview*, lembrando que Po Jen Yap é o próprio editor da obra. Seu artigo não está relacionado como uma parte específica da obra, mas sim como um estudo introdutório a toda ela.

A *Part I* – cujo título é *Prospective Invalidation* – conta com dois artigos. O primeiro de Stefanus Hendrianto¹³⁶⁰ – *Back to the future: on prospective invalidation in the Indonesian Constitutional Court* e; o segundo, de M. Jashim Ali Chowdhury¹³⁶¹ – *Bangladesh's inconsistency with the doctrine of prospective invalidation*.

A *Part II* – cujo título é *Suspension order* –, é composta de mais dois artigos.

¹³⁶⁰ Visiting Professor at Santa Clara University School of Law and a guest scholar at the Kellogg Institute for International Studies at the University of Notre Dame. PhD degree from University of Washington School of Law in Seattle and an LLM from Utrecht University of

Netherlands, in addition to his LLB degree from Gadjah Mada University, Indonesia.

¹³⁶¹ Associate Professor at the Department of Law, University of Chittagong, Bangladesh. LLM degree from Tulane University Law School, USA. PhD on constitutional law at King's College London.

O primeiro de Swati Jhaveri ¹³⁶² – *Sunsetting suspension orders in Hong Kong* e; o outro é de autoria de Fritz Eduard Stregar ¹³⁶³ – *Pragmatism and the use of suspension orders by Indonesia's Constitutional Court*.

A *Part III* – intitulada de *Remedial interpretation* –, conta com mais dois artigos. O primeiro de Simon But ¹³⁶⁴ – *Conditional constitutionality and conditional unconstitutionality in Indonesia* – e; o segundo de Francis Ho Chai Chung ¹³⁶⁵ e Jiang Zixin ¹³⁶⁶ – com o título de *An alternative to annulment – remedial interpretation on Hong Kong*.

Por fim, há a *Part IV*, talvez a mais vocacionada para conceder informações sobre o tema proposto no artigo – cujo título é *Judicial directive*. Nessa parte há três estudos: o primeiro de Chintan Chandrachud ¹³⁶⁷ – *Structural injunction and public interest litigation in India*; o segundo de MD Rizwanul Islam ¹³⁶⁸ – *Dissecting quasi-legislative judicial directives of the Supreme Court of Bangladesh* e; o terceiro de Bryan Dennis Gabito Tiojanco ¹³⁶⁹ – *Integrated*

diversity: a pluralist argument for the Philippine Writ of Continuing Mandamus.

3. CONCEITUANDO PROSPECTIVE INVALIDATION, SUSPENSION ORDER E REMEDIAL INTERPRETATION.

Po Jen Yap ¹³⁷⁰, em uma curta apresentação ao livro, refere que a Ásia, pela via de suas Cortes, atingiu um determinado *status* de fortalecimento de novos remédios constitucionais, em especial quando analisados os Tribunais de Hong Kong, Bangladesh, Indonésia, Índia e Filipinas. Afirma o professor da *University of Hong Kong* (HKU) que na prática as Cortes asiáticas desenvolveram, sem uma explícita autorização legislativa ou constitucional, novos remédios constitucionais para alinhar inconsistências legislativas com suas cartas constitucionais.

Many jurisdictions in Asia have vested their Courts with the power of constitutional review. Traditionally, these courts would invalidate an impugned Law to the

¹³⁶² Assistant Professor at the National University of Singapore. Bachelor of Arts in Jurisprudence and Bachelor of Civil Law from the University of Oxford.

¹³⁶³ Professor at Indonesia Jentera School of Law. Bachelor's Degree (LLB) from Faculty of Law, University of Indonesia. Master of Law from Erasmus University of Rotterdam and University of New South Wales. Doctoral Study at University of New South Wales.

¹³⁶⁴ Professor of Indonesian Law and Director of the Centre for Asian and Pacific Law, University of Sydney. Doctoral thesis on Indonesian Constitutional Law.

¹³⁶⁵ LLB and LLM degree from The University of Hong Kong (HKU) and University of Cambridge.

¹³⁶⁶ Graduate degree in the JD program at the University of Hong Kong. Bachelor of Civil Law degree at Oxford University.

¹³⁶⁷ PhD from the University of Cambridge and master's degree from Oxford and Yale.

¹³⁶⁸ Associate Professor at Department of Law of North South University. PhD from Macquarie University, LLM from National University of Singapore and LLB from the University of Dhaka.

¹³⁶⁹ Post-Doctoral Fellow at the National University of Singapore. Doctor of Juridical Science (JSD) from Yale Law School, where he also obtained his LLM.

¹³⁷⁰ YAP, Po Jen. **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. s/p.

extent of this inconsistency with the constitution. In common Law systems, such an invalidation operates immediately and retrospectively; and courts in both common Law and civil Law systems would leave it to the legislature to introduce corrective legislation. In practice, however, both common Law and civil Law courts in Asia have devised novel constitution remedies, often in the absence of explicit constitutional or statutory authorization. [...]

Examining cases from Hong Kong, Bangladesh, Indonesia, India, and the Philippines, this collection of essays examines four novel constitutional remedies which have been adopted – Prospective Invalidation, Suspension Order, Remedial Interpretation, and Judicial Directive – that blurs the distinction between adjudication and legislation.

Mais adiante em seu texto, quando Po Jen Yap¹³⁷¹ trabalha com o tema dos *Constitutional remedies in Asia: An overview*, reafirma suas convicções estabelecidas introdutoriamente, referindo que os remédios constitucionais utilizados nas Cortes asiáticas são: i. *Prospective Invalidation*; ii. *Suspension Order*; iii. *Remedial Interpretation* e; iv. *Judicial Directive*, sendo que a cada um dos *remedies* será feita uma conceituação pelos autores específicos de cada artigo. Ainda, importante referir que em

algumas ocasiões esses novos *remedies* constitucionais serão acompanhados de alguma medida estruturante para que exista um *enforcement* mais eficiente no então decidido.

However, with the rise of modern state, and the realities of governance or lack thereof, both common Law and civil Law courts in Asia have devised innovative constitutional remedies that complement this strike-down Power, usually in the absence of explicit constitutional or statutory authorization. In this edited volume, we shall examine four such constitutional remedies: (1) Prospective Invalidation; (2) Suspension Order; (3) Remedial Interpretation; and (4) Judicial Directive. In enforcing these four remedies, the Courts have either deliberately postponed or expedited a remedy that generally follows from judicial declaration of unconstitutionality, thereby blurring the traditional dichotomy between adjudication and legislation.

A técnica utilizada na *Prospective Invalidation* não é estranha ao sistema brasileiro. Conforme explica Po Jen Yap¹³⁷², refere ser ela uma forma de a Corte não invalidar retrospectivamente a legislação debatida, mas modular o tempo da decisão para casos futuros, o que se assemelha ao tema da

¹³⁷¹ YAP, Po Jen. Constitutional remedies in Asia: An overview. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 1.

¹³⁷² YAP, Po Jen. Constitutional remedies in Asia: An overview. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 1.

modulação¹³⁷³ de efeitos em nossa ordem jurídica. Escreve:

Prospective Invalidation refers to the remedy whereby courts do not retrospectively invalidate the legislation under review, but instead apply their judgment prospectively to future cases that arise under the same law.

Para Stefanus Hendrianto¹³⁷⁴ a *Prospective invalidation* ou *Prospective Overruling* não tem absolutamente nada de novo, sendo utilizada como forma de proteção das Cortes para minimizar os danos em sua imagem quando devem declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Perspective overruling or invalidation is nothing new. Both common Law and civil Law courts have addressed prospective overruling in their countries. Prospective invalidation can also be understood as a type of judicial ‘deferral’, by which courts defer to elected political branches of governmental and minimize the disruption or damage caused by courts’ decisions when legislation

is declared unconstitutional. There are several models of judicial deferral: suspended declarations of invalidity and prospective invalidation.

A orientação do alcance da *Prospective invalidation* de Stefanus Hendrianto parece ser a mesma de M Jashim Ali Chowdhury¹³⁷⁵ que ainda afirma que ao passo que é muito utilizada no mundo é, ao mesmo tempo, bastante contestada.

A Suspension Order is a delayed declaration of invalidity. The impugned Law is deemed to be unconstitutional, but the judiciary delays this declaration, usually with a fixed deadline, so that the legislative is given time to pass corrective legislation.

Já a técnica utilizada na *Suspension Order* difere da *Prospective Invalidation*, uma vez que nela a Corte atrasa a declaração de invalidade da lei para que o próprio processo legislativo passe por uma tentativa de sua própria correção, como aponta Po Jen Yap¹³⁷⁶,

¹³⁷³ No Brasil a modulação tem sido tratada na doutrina com obras como: ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação de efeitos**. 5ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

¹³⁷⁴ HENDRIANTO, Stefanus. Back to the future: On prospective invalidation in the Indonesian Constitutional Court. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London

and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 15.

¹³⁷⁵ CHOWDHURY, M Jashim Ali. Bangladesh’s inconsistency with the doctrine of prospective invalidation. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 33. Escreve: “Prospective Overruling or Invalidation as a form of judicial remedy is widely applied but equally contested across major legal systems of the world”.

¹³⁷⁶ YAP, Po Jen. Constitutional remedies in Asia: An overview. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 3.

que ainda lembra que o Judiciário fixa um *deadline* para que isso ocorra.

Swati Jhaveri¹³⁷⁷, ao discorrer sobre a *Suspension Order*, refere que começou a técnica a ser utilizada, e está a escrever nesse ponto sobre Hong Kong, quando entre a declaração de inconstitucionalidade e a situação fática ocorrer uma indesejável situação macro que transcende o caso particular.

In challenging the constitutionality of legislative provisions, applicants typically apply for a declaration of invalidity. Like order jurisdictions, the Hong Kong courts have been confronted with situations where a finding of unconstitutionality would have undesirable macro effects beyond the facts of the particular case. In such cases, the courts have had to consider marking a 'suspension order' to delay the impact of a lacuna in the Law that follows from a declaration of invalidity'.

Para Fritz Edward Siregar¹³⁷⁸ a *Suspension Order* foi consolidada em um contexto já mundial para que uma declaração de invalidade da lei seja postergada com o objetivo de conceder ao legislador um prazo de correção legislativa, evitando, assim, a instauração de um caos imediatamente

posterior à declaração da invalidação da lei.

Suspension orders have developed not only in Indonesia, but also in different parts of the world, to delay a judicial declaration that a law is invalid. The suspension gives legislators time to correct or update the law the Constitutional Courts have decided. The purpose of this suspension is to mitigate the disruptions and chaos that may arise with an immediate invalidation of the law.

A terceira técnica utilizada – *Remedial Interpretation* –, está muito perto daquelas decisões agregativas ou aditivas¹³⁷⁹ de sentido ou manipulativas. Po Jen Yap¹³⁸⁰ ensina que nela a Corte trabalha no nível da linguagem, realizando uma interpretação coadunando o texto legislativo à realidade constitucional, sem declarar a invalidade da lei.

Remedial Interpretation is a constitutional remedy whereby the courts read-in words or read down the legal effect statutory language, as to make the Law constitutionally compliant, without resorting to an outright invalidation. In essence, the interpretative Power creates 'a practical Power of Law reform (in

¹³⁷⁷ JHAVERI, Swati. *Sunsetting suspension orders in Hong Kong*. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 49.

¹³⁷⁸ SIREGAR, Fritz Edward. *Pragmatism and the use of suspension orders*. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 73.

¹³⁷⁹ Sobre as sentenças aditivas, no Brasil, recomenda-se: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Sentenças Aditivas & Jurisdição Constitucional: a performance diferenciada do juiz constitucional*. Curitiba: Juruá, 2017.

¹³⁸⁰ YAP, Po Jen. *Constitutional remedies in Asia: An overview*. In: **Constitutional remedies in Asia**. p. 6.

substance, a legislative power') for the judiciary.

Francis Ho-Chai Chung e Jiang Zixim¹³⁸¹ explicam que o *Remedial Interpretation* é uma forma de julgamento das Cortes, ou seja, um remédio judicial, no qual há a preservação de uma lei aparentemente inconstitucional a partir de uma decisão interpretativa compatível com a Constituição daquele país cujo Tribunal forçou-se a decidir.

Remedial interpretation, a judicial remedy whereby courts preserve the validity of the otherwise unconstitutional law by interpreting the provision compatibility with the Constitution, comprises the techniques of 'severance, reading in, reading down and strike out.

Simon Butt¹³⁸² refere que esta técnica, que denomina de '*conditional decisions*', faz com que a Corte se apresente com um '*negative legislator*' ou invés de um '*positive legislator*', embora admita que claramente o Tribunal '*makes law*' com esta técnica decisória.

I begin this chapter by considering some of the cases Where the Court has maintained that it is a 'negative legislator', not a 'positive legislator', because it has no power to change legislation. These cases

sit uncomfortably alongside 'conditional' decisions in which the Court clearly makes law.

4. JUDICIAL DIRECTIVE NAS CORTES ASIÁTICAS: STRUCTURAL LITIGATION E QUASI-LEGISLATIVE DIRECTIVE EM DEBATE.

Em continuidade ao estudo da obra *Constitutional Remedies in Asia*, ainda escrevendo num contexto inicial sobre as novas técnicas constitucionais, Po Je Yap¹³⁸³ trabalha com a *Judicial Directive* relatando ser ela 'agressiva e extrema' para aplicação de *remedies* em políticas violadoras de direitos. Bangladesh, Índia e Filipinas são os países asiáticos nos quais as *Judicial Directive* são mais utilizadas como técnicas das Cortes de sobreposição.

Recourse to Judicial Directives is an aggressive (and arguably extreme) application of the court's remedy powers. Within Asia, such constitutional remedies are most commonly found in Bangladesh, India, and the Philippines, where their Supreme Courts have developed these directives as a strategic response to the perceived intransigence, incompetence, or inattentiveness of the political branches.

¹³⁸¹ CHUNG, Francis Ho-Chai; ZIXIM, Jiang. An alternative to annulment – remedial interpretation in Hong Kong. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 98.

¹³⁸² BUTT, Simon. Conditional constitutionality and conditional unconstitutionality in Indonesia.

In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 79.

¹³⁸³ YAP, Po Jen. Constitutional remedies in Asia: An overview. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 7:

O primeiro dos estudos no capítulo IV - *judicial directive* -, é de Chintan Chandrachud, cujo título *Structural injunction and public interest litigation in India* já coloca os dois grandes assuntos trabalhados no texto lado a lado: a atuação estrutural pelas *injunctions* e os litígios de interesse público. Para Chandrachud¹³⁸⁴ a Índia já decidiu nos últimos 40 anos tantos casos de *Public Interest Litigation* (PIL) que já faz parte hoje da rotina indiana. Para confirmar suas afirmações, faz uma retrospectiva não só da história da Corte Suprema, mas abastecer suas reflexões com casos que cada vez se tornam mais complexos e que necessitam de renovados aportes decisórios para resolução das crises existentes.

It has been nearly forty years since the Supreme Court of India first embraced public interest litigation ('PIL'). What began as a novel procedural innovation is now simply part of the rough and tumble of political life in India. PIL is no longer novel – either in the sense that it is undertheorized (as one scholar puts it, there were 'more American law review articles on PIL than any other area of Indian law), or the sense that it is rare (PILs occupy a generous chunk of time in every superior court in the country).

Com isso, acaba Chintan Chandrachud¹³⁸⁵ conceituando *structural injunction* como sendo aquelas determinações realizadas ao longo do tempo com o intento de estimular reformas institucionais numa linha bastante parecida com a de Owen Fiss¹³⁸⁶. Uma das técnicas utilizadas pela Suprema Corte indiana é uma variação do *writ of mandamus* que denomina de *writ of continuing mandamus*, exatamente na linha de que estas ordens sejam contínuas para o enfrentamento do problema apresentado.

The concept of 'structural injunctions' was conceived to precisely capture this – a court issuing a series of interim orders over a period of time in an effort to stimulate institutional reform. To borrow the words of Owen Fiss, they are 'the formal medium through which the judiciary seeks to reorganize ongoing bureaucratic organizations so as to bring them into conformity with the constitution'. Structural injunctions were frequently deployed in the school desegregation cases following the US Supreme Court's seminal decision in Brown v Board of Education. The Supreme Court of India referred to these remedies as the 'writ of continuing mandamus' – a modification of the writ of

¹³⁸⁴ CHANDRACHUD, Chintan. Structural injunctions and public interest litigation in India. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 121.

¹³⁸⁵ CHANDRACHUD, Chintan. Structural injunctions and public interest litigation in India. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by

Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 125.

¹³⁸⁶ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

mandamus, under which public bodies or officials are ordered to perform a legal duty. There are now several high-profile continuing mandamus cases that have been pending for decades and have consistently occupied a portion of the Court's docket.

Para que fique mais claro: a Índia se vale do PIL – *Public Interest Litigation* e, assim julgando determina *structural injunctions* de uma maneira continuada pela via do *writ of continuing mandamus*. Chintan Chandrachud¹³⁸⁷ esclarece que muitos grupos marginalizados procuram a Corte como prisioneiros, trabalhadores agrícolas sem terra e moradores de comunidades com problemas incomuns requisitando remédios extraordinários por meio de uma nova forma de diálogo.

As explained above, PIL was introduced as a post-emergency offering to the people of India by the Supreme Court. Much of the early PIL case Law involved those who otherwise lacked the resources or wherewithal to Access the corridors of the Court. Marginalized groups such as prisoners, landless agricultural laborers, and slum dwellers came with 'unusual problems', requesting 'extraordinary remedies', and seeking to invoke 'a new kind of dialogue' between litigants and the Court. In one group of cases, the Supreme Court issued a number of

directions to address the problem of prisoners awaiting trial for long periods – in many cases longer than the term of sentence were they to be convicted. The Court acknowledged that the right to life under the Constitutional included the right to free legal representation, and lower courts were directed to inform defendants of the existence of this right. In another group of cases, the Court condemned the practice of keeping prisoners in solitary confinement. A letter alleging torture in prison cells was converted into a habeas corpus petition. In the words of Justice Krishna Iyer, jurisprudence could not 'slumber when the very campuses of punitive justice witness torture.

Um dos mais conhecidos casos é *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*¹³⁸⁸ que demonstra que ao se reconhecer uma situação de extrema vulnerabilidade de direitos, é dever da Corte converter uma simples carta de intenção de direitos num PIL para proteção, naquele momento de direito individual, mas que protege o império do direito e, portanto, a coletividade.

Bandhua Mukti Morcha v. Union of India was amongst the most significant PILs during this faze. A letter was written to a Supreme Court judge alleging that workmen in Stone quarries across different states lived in bondage and in

¹³⁸⁷ CHANDRACHUD, Chintan. Structural injunctions and public interest litigation in India. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. pp. 126-127.

¹³⁸⁸ CHANDRACHUD, Chintan. Structural injunctions and public interest litigation in India. In: **Constitutional remedies in Asia**. p. 127.

inhuman conditions. This letter was converted into a PIL. The petitioner contended that the state was under a constitutional obligation to ensure that fundamental rights were not violated. The Central Government had failed to honor its commitments to abolish bonded labor embodied in legislation enacted during the emergency.

Bryan Dennis Gabito Tiojanco¹³⁸⁹, escrevendo sobre a atuação da Corte das Filipinas, refere que o *writ of continuing mandamus* é um remédio contra a negligência governamental em relação ao cumprimento das leis ambientais, especialmente em casos envolvendo privação dos direitos inerentes ao meio-ambiente.

The Philippine Writ of Continuing Mandamus is a remedy Against either official neglect of the government's duty relating to environmental laws, or unlawful deprivation of an environmental right. It directs a government agency, instrumentality, or office to continually works towards the fulfillment of an action or series of actions ordered by the court.

Explica o autor¹³⁹⁰ que a Corte e seus *Justices* tem dúvidas acerca dos danos que podem ser causados em

relação à teoria da tripartição de poderes e, diferenciando a *writ of continuing mandamus* das *structural injunctions* refere que o papel da Corte ainda será refratário em alargar o campo das ordens para outros direitos que não os de cunho ambiental a partir da atuação da Corte em julgamento de casos como *Henares v. LTFRB*, de 2006¹³⁹¹.

*The writ of Continuing Mandamus is what other countries term a structural injunction. Through the structural injunction, courts order the reorganization of government agencies, instrumentalities, and so on, so that they meet legal – particularly constitutional – requirements. While continuing mandamus in the Philippines is presently restricted to environmental protection, structural injunctions in other countries have been issued to reorganize a broad range of governmental institutions, including special education, mental hospitals, and prisons. [...] I believe that the Philippine Supreme Court's 2006 decision in *Henares v. LTFRB* as well as its 2015 *Bt Talong Field Testing Decision* and 2016 *Bt Talong Fild Testing Resolution* all indicate that the Court Will be slow to extend the*

¹³⁸⁹ TIOJANCO, Bryan Dennis Gabito. Integrated diversity: a pluralist argument for the Philippine writ of continuing mandamus. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 156.

¹³⁹⁰ TIOJANCO, Bryan Dennis Gabito. Integrated diversity: a pluralist argument for the Philippine writ of continuing mandamus. In: **Constitutional**

remedies in Asia. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 171:

¹³⁹¹ TIOJANCO, Bryan Dennis Gabito. Integrated diversity: a pluralist argument for the Philippine writ of continuing mandamus. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 172.

scope of the writ outside environmental protection.

Finalizando a análise sobre a obra e os aportes que se pode importar dela para o debate doutrinário e utilização de técnicas pelos tribunais brasileiros tem-se o texto de Md Rizwanul Islam¹³⁹² que introduz o tema das *quasi-legislative directives*. Por detrás da nominada técnica está o receio da criação judicial do direito por juízes desde que se tem debatido, nas democracias emergentes, ser ele intérprete dos atos normativos oriundos do legislativo e, em alguma medida, do executivo, assim como de suas omissas ou defeituosas políticas públicas em direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Em razão disso, a Corte de Bangladesh, nos mais recentes anos, tem utilizado as *quasi-legislative directives* para passar verdadeiras ordens ao parlamento e ao executivo como uma emenda legislativa ou uma lei de aplicação subsidiária.

The role of the judges in the creation of law perhaps never been a straight-forward subject. In theory, in modern democracies, judges are interpreters of the law passed by the Parliament and executive. However, it is nuclear When interpretation encroaches upon law-making, which should theoretically be the domain of Parliament or the executive (in the case of subsidiary legislation).

¹³⁹² ISLAM, Md Rizwanul. Dissecting quasi-legislative judicial directives of the Supreme Court of Bangladesh. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 138.

Furthermore, in recent years, there has been a trend of the Supreme Court of Bangladesh (SC) not limiting its role to interpreting law, but rather, passing quasi-legislative directives too. The term ‘quasi-legislative’ is not common in legal parlance and hence, a clarification of its intended meaning herein may be warranted. Herein, it is used to refer to the judiciary passing orders which are in effect directives for the Parliament or executive to enact or amend a law or subsidiary legislation, respectably. In other words, in this chapter, the term ‘quasi-legislative directive’ is used to refer to the Court passing a directive, which in some sense or degree, resembles legislation or an executive order.

Elucida Md Rizwanul Islam¹³⁹³ que a técnica da *quasi-legislative directives* é uma realidade na *Supreme Court of Bangladesh*, enumerando casos como *Secretary, Ministry of Finance Division v Mr Md Masdar Hossain & others*; *Bangladesh v Md. Aatur Rahman and others*; *Professor Syed Ali Naki and Ors. v. Bangladesh and Ors.*; *Bangladesh and others v Bangladesh Legal Aid and Services Trust (BLAST) and others* e; *National Board of Revenue v Abu Saeed Khan*.

Sobre as diretrizes da Corte no caso *Bangladesh and others v Bangladesh Legal Aid and Services Trust*

¹³⁹³ ISLAM, Md Rizwanul. Dissecting quasi-legislative judicial directives of the Supreme Court of Bangladesh. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. s/p definida.

(BLAST) and others escreve Md Rizwanul Islam¹³⁹⁴:

Thus, the AD issue three directive, namely: Responsibilities of Law Enforcing Agencies, Guidelines for the Law Enforcement Agencies, and Guidelines to the Magistrates, Judges and Tribunals having Power to take cognizance of an offence. Unlike the HCD, the AD limited itself to making directives and did not ask for any specific change to any law. However, had the Parliament before the judgment in this case not passed the Torture and Custodial Death (Prevention) Act 2013, it is not clear the AD would have adopted this more restrained approach in comparison to the HCD. [...]

It may be safely here that the recommendations of the AD, in comparison to the HCD, were more nuance and pragmatic. The directives in this case were based on vários international legal instruments and after undertaking a thorough effort in the interpretation of the scope of fundamental rights guaranteed by the Constitution. Several features of the directives distinguish it from the other two cases described above. In this case, the matter was much graver as it involved the life of liberty of citizens. Furthermore, in this case, the AD had arguably only given flesh to the constitutionality guaranteed fundamental rights of citizens. Thus, to Begin with, the decision here was not made merely on the basis of what the AD thought

to be right. Finally, in this case, the AD was ruling on the legality of provisions which were made in the colonial era, before the ideas of human rights or inalienable fundamental rights had gained currency. Thus, for these reasons, it would be very difficult to label these directives of the AD as impermissible.

Diante de tais circunstâncias, como pensar em desautorizar decisões de uma Corte que constitucionalmente foi assim regulada para a proteção de direitos fundamentais asseguradas pela Carta de Direitos? Como deixar de ler e reler, pela via da interpretação dos textos, legislações e tratados contemporâneos para realidades ainda medievais? Justificar tais posturas é virar-se de costas a problemas de privação radical de direitos que em Estados Constitucionais não podem ser admitidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O estudo comparado de outras realidades é extremamente importante para saber até onde se pode ir ao sistema no qual se pesquisa. A importação desmedida de teses estrangeiras por terem, de alguma forma, sido bem-sucedidas ou fracassadas em determinado país não é sinônimo de sucesso ou fracasso no país que se está pesquisando.

¹³⁹⁴ ISLAM, Md Rizwanul. Dissecting quasi-legislative judicial directives of the Supreme Court of Bangladesh. In: **Constitutional**

remedies in Asia. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. Pp. 150-151.

Porém, de igual forma, saber das realidades vivenciadas¹³⁹⁵ e de como foram elas combatidas em casos de privação radical de direitos deve ser uma busca incessante da doutrina, pois embora a decisão e a técnica muitas vezes possam ser diferentes, um fato persiste igual: o desrespeito aos direitos humanos ou fundamentais¹³⁹⁶ de determinada classe ou grupo de pessoas. Se isso é verdade e, realmente, parece ser, nunca é demais ir atrás de outras fontes e o Brasil absorve muito bem isso em razão do seu hibridismo cultural¹³⁹⁷.

Para isso, o estudo foi ao continente asiático e, inserido no contexto de uma obra produzida a partir, exclusivamente, da atuação de Cortes de alguns países escolhidos, verificou como anda o contexto das decisões judiciais que lidam com conflitos estruturais, retirando da obra algumas

técnicas para serem expostas à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Após um panorama mundial, adentrou-se no tema da obra *Constitutional Remedies in Asia* e, analisando conceitos como *prospective invalidation*, *suspension order* e *remedial interpretation*, pode-se verificar que não são elas muito distantes de algumas técnicas já utilizadas nos Tribunais brasileiros.

Após, talvez sendo o grande assunto do presente texto, estudou-se o capítulo das *judicial directives* e conceituou-se as técnicas da *structural litigation*, do *writ of continuing mandamus* e *quasi-legislative directives* que, todas, a seu modo, também já são empregadas em Cortes brasileiras com algumas reservas, talvez, para a última que, apesar de ocorrer de fato em alguns casos brasileiros, ainda é tímida a sua atuação pelo número de críticas que vem enfrentando por correntes

¹³⁹⁵ Por isso em que pese, na essência, concordar com Edilson Vitorelli e Antônio do Passo Cabral, de que o Brasil deve importar sua doutrina de processos estruturais por ser a melhor do mundo, assim como termos condições com nossas instituições de fazer o melhor processo estrutural possível, sobre o estudo do direito comparado ainda acredito que se deva buscar, incessantemente, os exemplos para aplicá-los ou não nos Tribunais brasileiros, assim como para demonstrar como venceram os países teorias que criticavam a atuação das Cortes. Ver: VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 5ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2024. pp. 11-12. Escreve: “Finalmente, Antônio do Passo Cabral já disse, em alguns eventos de que participamos juntos, algo com o que concordo inteiramente: não faz sentido continuar estudando experiências estrangeiras de processo estrutural. Nenhum país tem a

produção literária, o número de casos e as condições institucionais das quais o Brasil dispõe para desenvolver a matéria. Os casos internacionais, conquanto sejam interessantes, não se comparam ao acervo de textos, decisões e iniciativas que são produzidas nacionalmente. Precisamos estudar a nossa própria experiência e oferecê-la para o mundo”

¹³⁹⁶ Sobre a diferença entre direitos humanos e fundamentais, recomenda-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹³⁹⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: do problema ao precedente**. Da teoria do processo ao Código de processo Civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brail, 2021.

contrárias a uma atuação judicial mais progressista.

Algumas das questões que podem ser retiradas para uma reflexão na doutrina e nos próprios Tribunais brasileiros é: a forma realmente importa quando se está diante de violação massiva de direitos fundamentais? De uma privação radical de direitos? O Processo Constitucional deveria permitir restrições de acesso a Cortes de sobreposição em matéria de violação de direitos, especialmente que afetem para além do indivíduo? A Corte da Índia, ao converter uma carta de intenções numa PIL, – num caso de *Public Interest Litigation* –, parece ter escolhido o caminho que nosso legislador tinha previsto no art. 2º, II, da Lei 9.882/99 que admitia que qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público pudesse ajuizar ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ação essa que ainda teria formalidades procedimentais na lei para ajuizamento, diferente da possibilidade de impetração de habeas corpus que tem sido uma salvaguarda individual e coletiva na proteção de direitos para além dos impetrantes. Tal redação, como se sabe, foi alvo de veto presidencial e deveria estar na agenda de debate diária do Supremo Tribunal Federal.

Embora o Recurso Extraordinário com repercussão geral e outras técnicas processuais concedam alcance aos Tribunais de Vértice ao jurisdicionado, o tempo do processo constitucional e, para além dele, tempo do processo constitucional estrutural em relação à violação existente deve garantir outra

forma, mais célere e direta de conhecimento e debate democrático sobre esses casos.

Ficam aqui as reflexões, angústias e conceituações realizadas ao longo do artigo, esperando que as linhas escritas fomentem a curiosidade necessária para que outras Cortes de outros continentes sejam, cada vez mais, estudadas para o aperfeiçoamento da justiça brasileira.

REFERENCIAIS TEÓRICOS.

- ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação**: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (orgs.). **Processos estruturais**. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- BUTT, Simon. Conditional constitutionality and conditional unconstitutionality in Indonesia. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- CASIMIRO, Matheus; CUNHA, Eduarda. **Processos estruturais no sul global**. Londrina, PR: Thoth, 2022.

- CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n.7, p. 1.281-1.316, 1976.
- CHANDRACHUD, Chintan. Structural injunctions and public interest litigation in India. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019.
- CHOWDHUR, M Jashim Ali. Bangladesh's inconsistency with the doctrine of prospective invalidation. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019.
- CHUNG, Francis Ho-Chai; ZIXIM, Jiang. An alternative to annulment – remedial interpretation in Hong Kong. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019.
- FISS, Owen. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.
- Rizwanul. Dissecting quasi-legislative judicial directives of the Supreme Court of Bangladesh. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019.
- JHAVERI, Swati. Sunseting suspension orders in Hong Kong. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019.
- JOBIM, Marco Félix. **Cortes e o tratamento mundial de conflitos estruturais: Structural Injunctions, Structural Interdicts, Public Interest Litigation (PIL), Writ of Continuing Mandamus, Social Action Litigation (SAL), Estado**
- FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, Coordenação da tradução de: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. **Processos estruturais no Sul Global: a transformação de realidades inconstitucionais por meio dos diálogos institucionais**. Londrina, PR: Thoth, 2024.
- FULLER, Lon Luvois. **The forms and limits of adjudication**. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978.
- HENDRIANTO, Stefanus. Back to the future: On prospective invalidation in the Indonesian Constitutional Court. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019.
- ISLAM, Md
- de Cosas Inconstitucional nos Tribunais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.
- JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na jurisdição constitucional: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.
- MITIDIERO, Daniel. **Superação para frente e modulação de efeitos: precedente e controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MÖLLER, Gabriela Samrslá. **Proteção à moradia adequada pelo processo estrutural: litígios e comportamento das Cortes**. Londrina, PR: Thoth, 2021.

- OSUNA, Nestor. **Las sentencias estructurales**: tres ejemplos de Colombia. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4504/7.pdf>. Acesso 5 de março de 2024.
- PAIXÃO, Juliana Patricio. **Estado de coisas inconstitucional**: sob a perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Sentenças Aditivas & Jurisdição Constitucional**: a performance diferenciada do juiz constitucional. Curitiba: Juruá, 2017.
- PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação** de efeitos. 5ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ-FRANCO, Diana. **Radical deprivation on trial**: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in the Global South. New York: Cambridge University Press, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo**: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- SIREGAR, Fritz Edward. Pragmatism and the use of suspension orders. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 1.
- TIOJANCO, Bryan Dennis Gabito. Integrated diversity: a pluralist argument for the Philippine writ of continuing mandamus. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019.
- VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2024.
- YAP, Po Jen. Constitutional remedies in Asia: An overview. In: **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. p. 1.
- YAP, Po Jen. **Constitutional remedies in Asia**. Edited by Po Jen Yap. London and New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2019. s/p.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo Civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brail, 2021.

A VINCULAÇÃO DA ARBITRAGEM AOS PRECEDENTES JUDICIAIS¹³⁹⁸

THE LINKING OF ARBITRATION TO JUDICIAL PRECEDENTS

Marina Mendes Evangelista

Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCeub. Analista Judiciário do Superior Tribunal de Justiça - STJ. E-mail: marinamendese@gmail.com.

Osmar Mendes Paixão Côrtes

Professor titular do PPGD do IDP. Pós-doutor em direito processual pela UERJ. Doutor em direito pela PUC/SP. Mestre em direito e estado pela Unb. Advogado. E-mail: osmar@paixaocortes.com.br

RESUMO: O artigo analisa a possibilidade de vinculação da arbitragem aos precedentes judiciais. Seu objetivo central foi realizar um estudo dos institutos da arbitragem, um dos métodos do sistema de justiça multiportas, e dos precedentes judiciais, um dos elementos do sistema de unificação da jurisprudência. Assim como investigar se a arbitragem deve necessariamente seguir o entendimento dos precedentes. A pesquisa obteve como principal resultado a observação de que não há previsão legal específica para exigir essa obrigatoriedade. Todavia, a doutrina, por meio do estudo da integralidade do sistema de justiça, que inclui atividades judiciais e extrajudiciais, entende que a vinculação é indispensável para a unidade e a efetividade da solução dos conflitos, sob a égide do CPC/2015.

PALAVRAS-CHAVE: arbitragem; precedentes judiciais; vinculação; sistema brasileiro de justiça.

ABSTRACT: The article analyzes the possibility of binding judicial precedents on arbitration awards in the Brazilian justice system. Its main objective was to study the institutes of arbitration, one of the methods of the multi-door justice system, and judicial precedents, one of the elements of the system of unification of jurisprudence. It also investigated whether arbitration must necessarily follow the understanding of precedents. The main result of the research was the observation that there is no specific legal provision requiring this. However, the doctrine, through the study of the entirety of the justice system, which includes judicial and extrajudicial activities, understands that binding is indispensable for the unity and effectiveness of conflict resolution, under the aegis of the CPC/2015.

¹³⁹⁸ Artigo recebido em 28/05/2024 e aprovado em 18/06/2024.

KEYWORDS: arbitration; judicial precedents; binding; brazilian justice system.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa pretende estudar se existe obrigatoriedade de vinculação das sentenças arbitrais aos precedentes judiciais do Brasil.

Essa análise é importante porque o sistema brasileiro de justiça é composto por atividades judiciais, realizadas pelo Poder Judiciário, e por atividades extrajudiciais, como é o caso da arbitragem, e é necessário investigar a interseção entre elas.

Diante desse contexto, buscar-se-á responder se os árbitros devem necessariamente orientar suas sentenças de acordo com os precedentes judiciais.

Para atingir essa finalidade, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira delas, será tratada a arbitragem, um dos métodos do sistema brasileiro de justiça multiportas, que vem sendo progressivamente construído, para possibilitar múltiplas portas de acesso à justiça, assim como para criar uma interação entre elas, com o intuito de encontrar a solução mais adequada de um problema jurídico¹³⁹⁹. No segundo capítulo, será desenvolvido o tema dos precedentes judiciais, necessário para a racionalização do sistema de justiça e, em última instância, para a segurança jurídica. Na

última etapa, será verificado se existe a obrigatoriedade de vinculação dos precedentes judiciais pelos árbitros e câmaras arbitrais.

A linha de raciocínio usada foi a dedutiva. Por sua vez, a corrente teórica-metodológica foi a jurídico-teórica, pois trata-se de uma pesquisa do tipo básica de cunho qualitativa, que se vale dos procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e documental.

O objetivo deste trabalho foi realizar um estudo dos institutos da arbitragem e dos precedentes judiciais no sistema brasileiro, para identificar se há vinculação necessária dos precedentes judiciais pela arbitragem, a partir do Código de Processo Civil de 2015.

Com isso, a pesquisa pretende colaborar para a racionalização e a unidade do sistema de justiça brasileiro, de forma que haja uma maior efetividade na solução dos conflitos.

1. ARBITRAGEM

O sistema multiportas teve seu início em 1976, nos Estados Unidos. Frank Sander apresentou em uma palestra a ideia de um tribunal no qual funcionários fizessem uma triagem dos litigantes e os direcionassem à porta correspondente ao local que oferecesse a solução mais adequada ao seu conflito.

Didier Jr. e Fernandez explicam que, após muitos desdobramentos, essa

¹³⁹⁹ DIDIER Jr., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas:** sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do

acesso à justiça no Brasil. São Paulo: Editora JusPodivum, 2024. p. 41-42.

proposta culminou na reconstrução do sistema de justiça, que se tornou mais complexo. Sua nova definição inclui múltiplas formas de acesso, mas também múltiplas portas ao longo do caminho e múltiplas interações entre elas.

Isso leva a uma reconfiguração de toda a dogmática processual, como o devido processo legal, a inafastabilidade da jurisdição, o acesso à justiça, os sujeitos envolvidos, de acordo com Navarro¹⁴⁰⁰.

A justiça multiportas tem como objeto o conflito, compreendido como qualquer problema ou dúvida de conteúdo jurídico que se pretenda solucionar, e tem como propósito a busca da solução mais adequada para esse conflito.

Assim, a área jurídica, que antes tinha como foco o processo, agora coloca o conflito como o centro da atenção. O fim último é a pacificação social, por meio de um procedimento mais humanizado, permitindo mais satisfação das partes envolvidas¹⁴⁰¹.

No Brasil, há a presença de elementos de solução de problemas jurídicos diferentes da solução jurisdicional em toda sua história. Wambier e Liblik mostram que há um

incentivo às soluções consensuais desde a Constituição Imperial¹⁴⁰².

Por sua vez, Navarro destaca a previsão da justiça multiportas na Constituição Federal de 1988. No seu preâmbulo, instituiu-se o Estado Democrático, que tem como valor uma sociedade fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A ideia se propaga no texto constitucional em diversas outras oportunidades como no direito dos trabalhadores e na criação dos juizados especiais.¹⁴⁰³

Contudo, o principal marco que determinou a sistematização da justiça multiportas foi a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ela estabeleceu a política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses e consagrou a justiça multiportas como política pública no país.

Outro passo importante foi a adoção de modos adequados à solução de problemas jurídicos como norma fundamental do processo no Código de Processo Civil de 2015, aprofundando as orientações do CNJ¹⁴⁰⁴. Essa ideia está representada especialmente no seu art.

¹⁴⁰⁰ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: JusPodivum, 2024.

¹⁴⁰¹ NAVARRO, Trícia. **Justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2024. p 8-15.

¹⁴⁰² WAMBIER, Luiz Rodrigues; LIBLIK, Regiane França. Fundamentos constitucionais da mediação de conflitos no direito das famílias. In:

WAMBIER, Luiz Rodrigues (org.). **Processo Civil Brasileiro**: no contexto da Constituição Federal de 1988. Londrina, PR: Thoth, 2023. p. 475.

¹⁴⁰³ NAVARRO, Trícia. **Justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2024. p. 16-17.

¹⁴⁰⁴ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: JusPodivum, 2024. p. 63-66.

3º ¹⁴⁰⁵.

Segundo o ensinamento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, houve uma preocupação com a terminologia no referido dispositivo. Antes usualmente chamados de meios alternativos de solução de conflitos, o Código faz alusão a métodos de solução consensual de conflitos, o que leva ao reconhecimento da idoneidade desses meios ¹⁴⁰⁶.

O âmbito do sistema multiportas, em geral, é associado à desjudicialização, cujo propósito é quebrar o monopólio estatal da distribuição e da realização da justiça. No Brasil, isso ocorreu pela dificuldade do Estado em dar uma solução eficaz às demandas judiciais da sociedade contemporânea ¹⁴⁰⁷.

Não obstante, as multiportas também se encontram dentro do Poder Judiciário, em toda a via processual. Elas estão no juízo primário, nos Tribunais de segunda instância, nos Tribunais Superiores. Na fase de conhecimento e na fase de execução.

Dentro desse contexto, Navarro expõe os principais métodos de solução

de conflitos, sejam judiciais ou extrajudiciais: autocomposição, composição impositiva e modelos mistos ou híbridos.

No campo da autocomposição, existem a forma unilateral (desistência da ação, renúncia à pretensão pelo autor e reconhecimento do pedido pelo réu) e a bilateral ou multilateral (negociação judicial ou extrajudicial, conciliação judicial ou extrajudicial, mediação judicial ou extrajudicial, termo de ajustamento de conduta e a Justiça Restaurativa).

No grupo da composição impositiva, tem-se a arbitragem e o processo judicial.

E como exemplo de modelos mistos ou híbridos, há a mediação-arbitragem e o *dispute boards* ¹⁴⁰⁸.

No que tange à arbitragem, objeto do trabalho, Wambier e Talamini discorrem que é fruto da livre escolha das partes interessadas. Elas concordam que um terceiro imparcial, alheio à esfera estatal, irá resolver um conflito existe entre elas ¹⁴⁰⁹.

Por isso, trata-se de uma heterocomposição de origem

¹⁴⁰⁵ 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.

¹⁴⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 152.

¹⁴⁰⁷ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; FLEMING, Gil. A realização da segurança jurídica pela atividade das serventias extrajudiciais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. V. 24, n. 2. 2023. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/76140>>. Acesso em: 04 abr. 2024. p. 213.

¹⁴⁰⁸ NAVARRO, Trícia. **Justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2024. p. 53.

¹⁴⁰⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 128.

convencional. Consenso esse que se refere ao método para obter a solução do problema (proveniente de terceiro), não ao conteúdo da solução. E decorre do direito à liberdade¹⁴¹⁰.

A arbitragem é admissível para solucionar o conflito jurídico patrimonial disponível, como prevê o art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.307/1996, norma que regula o instituto. Isso significa que ela é aceita quando não há legislação impondo a necessidade da intervenção do juiz estatal. A obrigatoriedade existe, por exemplo, para as causas criminais, de falência, relativas ao estado da pessoa e de punição por improbidade ao agente público.

A sentença arbitral, decisão proferida pelos árbitros, equipara-se à sentença judicial e, sendo condenatória, constitui título executivo (art. 31 da Lei n. 9.307/1996¹⁴¹¹ e art. 515, VII, do CPC¹⁴¹²). Por consequência, deve seguir às regras do devido processo legal¹⁴¹³.

O prazo para cumprimento voluntário da sentença arbitral condenatória ao pagamento de quantia certa deve ser determinado na própria decisão (art. 26, III, da Lei n. 9.307/1996). Não sendo fixado, incide o

prazo geral previsto no art. 520 do CPC.

Há possibilidade de impugnação à sentença arbitral quanto às alegações dispostas nos arts. 525, § 1º, do CPC e 32 da Lei n. 9.307/1996. Elas se referem apenas à validade, não ao conteúdo da decisão. A proposição deverá ocorrer no prazo de até 90 dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos (art. 33, § 3º, da Lei n. 9.307/1996)¹⁴¹⁴.

O art. 3º da Lei n. 9.307/1996 admite a submissão ao juízo arbitral mediante o negócio jurídico denominado de convenção de arbitragem, que pode ser uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral. A primeira é uma convenção prévia e abstrata. No caso de ocorrer um litígio, ele será resolvido por arbitragem. E o segundo é um acordo que opta a busca da solução de um conflito concreto, que já existe, ao juízo arbitral.

A cláusula compromissória deve conter todos os elementos para a instauração imediata da arbitragem. Na sua ausência, será necessário um compromisso arbitral para a sua efetivação¹⁴¹⁵.

¹⁴¹⁰ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: JusPodivum, 2024. p. 377.

¹⁴¹¹ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

¹⁴¹² Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral.

¹⁴¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 128-129.

¹⁴¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 515.

¹⁴¹⁵ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: JusPodivum, 2024. p. 378-379.

Sob o aspecto da complexidade do conflito, Navarro expõe duas modalidades de arbitragem: a ordinária e a expedita. A ordinária é recomendada para demandas complexas. Seu procedimento mais amplo e mais custoso, a solução é dada por um árbitro ou um corpo de árbitros e possui prazos processuais maiores e fase de instrução plena.

A respeito da arbitragem expedita ou sumária, a recomendação é para demandas de média complexidade, no aspecto econômico e fático. Por sua vez, a solução é dada, em regra, por apenas um árbitro, a fase instrutória é limitada e é comum a fixação de um limite máximo de valor para litígio ser submetido a ela¹⁴¹⁶.

Na arbitragem, as partes podem escolher se a definição do conflito será dada pelo direito ou pela equidade (arts. 2º, *caput*, da Lei n. 9.307/1996). Podem também optar qual a norma do direito material a ser aplicada (*choice of law*), dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e ainda podem acordar pelo uso dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e das regras internacionais de comércio (arts. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.307/1996).

Ainda está no escopo dos litigantes a escolha do árbitro (art. 13 da Lei n. 9.307/1996). Sua atuação pode ser por meio institucional, quando

vinculada a órgão arbitral institucional ou entidade especializada (art. 5º da Lei n. 9.307/1996) ou de forma *ad hoc*, quando realizada diretamente pelo árbitro, ou um colegiado, constituído para este único fim.

São exemplos dos meios institucionais as Câmaras Arbitrais, públicas ou privadas. Seus regulamentos (*hard law* arbitral) costumam consolidar boas práticas processuais.

Acerca do árbitro, deve ser pessoa natural e capaz. Ele tem o *status* de juiz de direito e de fato. Para efeitos penais, é equiparado aos servidores públicos¹⁴¹⁷.

Um dever em sua atuação é confidencialidade. Essa imposição não está explícita na legislação, mas o art. 13, § 6º, da Lei n. 9.307/1996 prescreve que: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

Destarte, por convenção, ela é aplicada em relação a todas as informações obtidas das partes durante o processo arbitral, inclusive à própria sentença arbitral, sem necessidade de previsão expressa na cláusula ou no compromisso arbitral¹⁴¹⁸.

Ao poder público é dada a possibilidade de adotar a arbitragem. A regra geral consta no art. 1º, §§ 1º e 2º,

¹⁴¹⁶ NAVARRO, Trícia. **Justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2024. p. 343-344.

¹⁴¹⁷ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: JusPodivum, 2024. p. 382-383.

¹⁴¹⁸ ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 53, n. 212, p. 139-154, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139>.

da Lei n. 9.307/1996 e várias outras leis tratam dessa disciplina.

Não é imperiosa a previsão de adoção da arbitragem em um edital, sendo aceitável o seu aditamento para incluir tal possibilidade, bem como a pactuação de compromisso arbitral, após o surgimento do problema.

O princípio da publicidade deve ser observado (art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996 e art. 153 da Lei n. 14.133/2021). Entretanto, de acordo com o objeto da arbitragem, é possível a restrição total ou parcial do acesso à informação (Lei n. 12.527/2011).

Outras peculiaridades são a vedação da modalidade por equidade (art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996) e da cláusula *choice of law* (por exemplo, o art. 3º, II, do Decreto n. 10.025/2019). E a recomendação pela modalidade institucional (art. 3º, IV, do Decreto n. 10.025/2019).

A administração pública também está sujeita a utilizar a arbitragem na qual participa para problemas jurídicos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. São exemplos a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o cálculo de indenizações, o inadimplemento de obrigações contratuais, a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública e as questões fiscais.

Concernente à situação atual da arbitragem no Brasil, Navarro afirma que ela vem revelando sua importância, seguindo uma tendência mundial. Em

sua opinião, os litigantes devem dar preferência à utilização da arbitragem e de outros métodos adequados de solução dos conflitos, tendo em vista a demora, o alto custo e a complexidade da via judicial.

Ainda não há grande alcance de conflitos de pequeno e médio porte. Por sua vez, a arbitragem internacional e a empresarial já estão mais avançadas.

Para o maior fortalecimento da arbitragem, faz-se necessário que o Poder Judiciário a apoie, por meio de cooperação entre os órgãos arbitral e judicial, e garanta o cumprimento das decisões e dos atos arbitrais¹⁴¹⁹.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS

Um dos pilares do direito é a segurança jurídica, como expõe Côrtes. Sua implementação é feita mediante os seguintes instrumentos: a existência de normas e de parâmetros para os julgadores, bem como a presença da imutabilidade e da previsibilidade para os jurisdicionados.

Relativamente à previsibilidade, pode-se alcançá-la por intermédio dos precedentes judiciais.

Não obstante, o sistema brasileiro, tradicionalmente, preocupou-se mais com a uniformidade jurisprudencial, no sentido de evitar dissídios entre os julgadores e de impor a visão consolidada dos Tribunais Superiores, do que com a previsão de mecanismos que tornassem obrigatório o respeito a essas decisões¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁹ NAVARRO, Trícia. **Justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2024. P. 363-366.

¹⁴²⁰ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa**

Essa constatação transparece na opinião de Realí, a respeito de propostas sobre o Poder Judiciário do anteprojeto da Constituição Federal de 1988¹⁴²¹:

Acresce que, além da excludente de irrelevância, a “súmula” n. 400 de nosso Supremo Tribunal considera incabível recurso extraordinário se o Tribunal recorrido der à lei “interpretação razoável, ainda que não seja a melhor” (sic). Ora, o imperativo da Justiça exige prevaleça o que for demonstrado, no recurso, ser a expressão racional plena da lei, e não uma de suas interpretações “razoáveis”, considerada bastante para elidir-se o recurso, diminuindo-lhe a ocorrência... Outro mal é o apego desmedido às súmulas jurisprudenciais, como se estas não fossem por sua natureza sujeitas às mutações do tempo.

Côrtes esclarece que a tentativa de impor o respeito às decisões judiciais, especialmente as dos Tribunais, ocorreu por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, com a instituição da súmula vinculante e dos recursos repetitivos. E o CPC de 2015 reforçou essa meta¹⁴²².

Atualmente, o professor leciona que o microsistema brasileiro de

objetivação de demandas repetitivas e precedentes é composto principalmente, além da súmula vinculante e dos recursos repetitivos, pelo incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), pelo incidente de assunção de competência (IAC) e pela repercussão geral.

Sua finalidade é a unificação da jurisprudência e, a partir dela, buscar a racionalização do sistema de justiça¹⁴²³.

Essa necessidade deu-se em razão da crise enfrentada pelo Poder Judiciário, consistente na grande quantidade de processos apresentados aos tribunais e na demora para a solução definitiva dos conflitos, com o consequente alto custo para sua manutenção.

A figura do precedente jurisprudencial com cunho vinculativo aos juízes e aos próprios Tribunais é característica típica dos ordenamentos jurídicos filiados à *common law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos. Porém, os países de tradição romano-germânica desenvolveram mecanismos adaptados ao seu sistema para dar maior sistematicidade e coerência a ele¹⁴²⁴.

Esse movimento levou à aproximação do nosso sistema *civil law*

julgada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 15-16 e 240-241.

¹⁴²¹ REALI, Miguel. In: GUTEMBERG, Luiz (org.). **Mapa geral das ideias propostas para a nova Constituição.** Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1987.

¹⁴²² CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. **Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. p. 241.

¹⁴²³ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. Aula ministrada no Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. 2024.

¹⁴²⁴ STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 103-A, I. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.; LEONCY, Léo F. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: SaraivaJur/Almedina/IDP, 2023. p. 1.508-1.509.

ao *common law*. Passamos a adotar inclusive a nomenclatura dos seus institutos, como o *overruling* (superação do precedente), o *overriding* (superação parcial) e o *distinguishing* (distinção na aplicação).

Mas deve ficar claro que o direito brasileiro não abandonou sua tradição civilista. Apenas acolheu técnicas de julgamento e de fortalecimento dos precedentes. Afinal, a estrutura jurídica legislativa está determinada na Constituição Federal, em seu art. 5º, II (“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) e na distribuição da competência legislativa entre os entes federados¹⁴²⁵.

Assim, Mitidiero ilustra a forma que os precedentes tomaram no sistema brasileiro, centrados nos arts. 489, § 1º, V e VI, 926 e 927 do CPC¹⁴²⁶:

Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil.

Após a adoção desses novos

mecanismos, o sistema judiciário brasileiro precisa ser reconstruído, a partir da chave de leitura do novo processo civil brasileiro (arts. 6º e 926 do CPC). Ela se consubstancia em duas dimensões da tutela dos direitos: uma dimensão particular, viabilizar em tempo razoável a prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva, e uma dimensão geral, promover a unidade do direito mediante uma ordem jurídica segura, livre e igualitária.

Quando o art. 926, *caput*, do CPC determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, é preciso entender de quais tribunais ele se refere. E é daí que surge a distinção entre as funções dos tribunais, dentro da reformulação imposta pelos precedentes, que leva a uma melhor organização da administração judiciária.

As Cortes de Justiça são os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Elas têm as funções de exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência. Seu fim é que o caso concreto seja decidido de forma justa. Para isso, analisa todos seus aspectos fático-probatório-jurídicos.

Por seu turno, as Cortes de Precedentes, também conhecidas como

¹⁴²⁵ ANAISSE, Paulo César Moy. O sistema de precedentes judiciais brasileiro: o *stare decisis* nacional. In: **O sistema de precedentes brasileiro**: Demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência. LUNARDI, Fabrício Castagna; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FERRAZ, Taís Schilling (coord.). Brasília: Escola Nacional de Formação e

Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, 2022. Disponível em <
<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/o-sistema-de-precedentes-brasileiro/>>. p. 40-42.

¹⁴²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 100.

Cortes Supremas, ocupam o ápice da organização judiciária e são o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Suas funções são outorgar a interpretação prospectiva e dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes.

A atuação das Cortes de Precedentes (o STF nas questões constitucionais e o STJ nas questões federais) deve guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a ela vinculados, da Administração Pública e o comportamento de toda a sociedade civil. Com efeito, essas são as suas funções constitucionais¹⁴²⁷.

Zaneti Jr. relata uma consequência em razão dessa evolução, que é o surgimento de um direito processual constitucional e um direito processual infraconstitucional, cujas características são a formação de um processo constitucionalizado como método de controle judicial do poder e garantia de participação das partes na formação de atos decisórios; a aplicação de uma racionalidade prática procedimental; a falência da departamentalização dos poderes e o reconhecimento da função política do Poder Judiciário; e a circularidade dos planos do direito.

O autor ainda traz uma importante constatação. A de que o precedente se tornou fonte primária no direito contemporâneo brasileiro. Sem

embargo, para que essa mudança seja efetivamente implantada, o jurista precisa reeducar sua forma de pensar, adequando-se ao Estado Democrático Constitucional Pluralista de Direito implantado na Constituição Federal de 1988¹⁴²⁸.

Estabelecido um precedente, é imprescindível oferecer a possibilidade de superar o entendimento nele firmado, sob o risco de tornar o direito engessado e não adaptado às novas realidades sociais, destacando-se que estabilidade não significa imutabilidade. Sem, no entanto, ferir o princípio da segurança jurídica, como adverte Fuga.

Para que isso seja viável, é preciso recorrer às bases do *common law*. O *stare decisis* é uma característica da técnica de decisão desse sistema. Ele se sustenta especialmente na igualdade, coerência e segurança jurídica. Tem como propósito encontrar os fundamentos da decisão, exigir a adesão às decisões da mesma questão e permitir crescimento e mudança quando surgem novas questões ou as antigas assumem novas formas¹⁴²⁹.

Baseado no *stare decisis*, o autor enumera as técnicas de superação do precedente: *overruling* (superação do entendimento); *overriding* (limita ou restringe a aplicação do precedente); *narrowing* (precedente ambíguo, cuja interpretação foi feita de

¹⁴²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 79-87.

¹⁴²⁸ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo:** do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil

de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 395-396.

¹⁴²⁹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes:** da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Thoth, 2020. p. 35-36.

forma restrita); *overturning* (superação parcial do entendimento); *transformation* (o precedente é revogado implicitamente, sem a declaração de sua revogação, e um novo entendimento é fixado); *stealth overruling* (superação furtiva, quando o precedente não é aplicado conscientemente, negando-se seu conteúdo, mas escondem o fato de que o estão fazendo); *sub silentio overruling*, *implied overruling* ou *indirect overruling* (superação do precedente de forma implícita, na qual o tribunal deixa de segui-lo sem dizer expressamente sua superação); *inconsistent distinctions* (distinção inconsciente, afastando-se parcialmente o precedente sem sua revogação expressa); e *undermining* (precedente esvaziado para desobrigar os julgadores a segui-lo)

No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 positivou o *overruling* no art. 927, § 2º (“A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”) ¹⁴³⁰.

Por outro lado, não há indicação concreta de qual via recursal poderá ser usada para a parte requerer a superação do entendimento, concluindo-se que o sistema de precedentes ainda está em

desenvolvimento na justiça brasileira, sendo necessária a atuação dos próprios tribunais e dos legisladores, a fim de proporcionar uma consistência sistêmica¹⁴³¹.

Tendo em vista o cenário apresentado, nas palavras de Marinoni¹⁴³²:

Um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal.

3. A VINCULAÇÃO DA ARBITRAGEM AOS PRECEDENTES

Apresentados os institutos da arbitragem e dos precedentes, resta agora investigar se a sentença arbitral também tem a obrigatoriedade de seguir os precedentes.

Considera-se atualmente que a natureza jurídica da arbitragem é jurisdicional, pois seu fim é obter uma providência técnica, substitutiva da

¹⁴³⁰ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Thoth, 2020. p. 96-121.

¹⁴³¹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e

o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Thoth, 2020. p. 307.

¹⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 100.

atividade alheia e resolutive de conflito. Ademais, a sentença gerada promove os mesmos efeitos da sentença judicial.

Mas é certo que há diferenças entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral. Enquanto na primeira a presença do interesse público reduz as hipóteses de atos de disposição das partes e amplia os deveres e poderes do juiz, na segunda, as partes possuem a administração do próprio processo, tanto no aspecto material como processual.

Dessa forma, alguns institutos processuais não podem ser aplicados à arbitragem, assim como algumas técnicas arbitrais não podem ser incorporadas ao processo judicial¹⁴³³.

Contudo, dentro do que é compatível, cabe ao árbitro orientar seu entendimento de acordo com o precedente, advindo do Poder Judiciário?

Inicialmente, Mendes pontua que a abordagem é meramente doutrinária, visto que não há legislação ou julgamentos sobre o tema. Outra questão importante é que se refere apenas à arbitragem de direito, não sendo razoável aplicar à arbitragem por equidade.

Na arbitragem de direito, o árbitro tem o dever de aplicar as disposições do ordenamento (art. 2º da Lei n. 9.307/1996), não podendo se afastar da interpretação, acerca de determinada

norma, consagrada pelos Tribunais, da mesma forma que o juízo estatal.

A observância dos precedentes na arbitragem não decorreria da autoridade hierárquica entre o árbitro e o Tribunal, que não existe. Mas árbitros e juízes exercem as mesmas funções, devendo observar o mesmo arcabouço jurídico. O árbitro deve vincular-se aos precedentes judiciais na medida em que estes integram o Direito brasileiro, que não se esgota no texto legal.

Se a jurisdição do árbitro é proveniente da vontade das partes, e se todos esperam que essa vontade deve ser respeitada, deixar de seguir os precedentes acabaria contrariando a pactuação de uma arbitragem de direito, que envolve a aplicação de todo o sistema de direito.

O contrário provocaria uma ruptura no sistema, ao admitir que juízes e tribunais devessem observar os precedentes, mas os árbitros pudessem decidir de maneira desconectada a eles¹⁴³⁴.

Gaio Jr. salienta que a autonomia da arbitragem deve ser preservada, mas isso não quer dizer uma desvinculação aos mandamentos constitucionais. Ele propõe que, caso o árbitro não leve em consideração determinado precedente, quando seria devido, é possível a propositura de ação anulatória, com base no art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, por violação à ordem

¹⁴³³ NAVARRO, Trícia. **Justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2024. p. 333-340.

¹⁴³⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MENDES, Carolina Paes de Castro. A vinculação do árbitro aos precedentes judiciais e o cabimento da ação anulatória de sentença

arbitral. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 25, n. 1, 2024. DOI: 10.12957/redp.2024.81880. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/81880>>.

pública¹⁴³⁵.

Há uma ressalva, defendida por Oliveira, de que não são todos os precedentes que devem ser vinculados aos árbitros, mas apenas os elencados na Constituição Federal, pois sua incidência abrange todos os que exercem a função jurisdicional. Considera-se tanto os expressamente estabelecidos (por exemplo, as ações diretas de constitucionalidade) como os implícitos (por exemplo, os recursos visando à uniformização da interpretação por parte dos Tribunais Superiores)¹⁴³⁶.

No mesmo sentido, Didier entende que a norma jurídica estabelecida nos precedentes judiciais obrigatórios possui eficácia vinculante em relação ao próprio órgão jurisdicional e aos que lhe são subordinados (art. 927 do CPC).

Portanto, o entendimento do precedente integra o ordenamento jurídico brasileiro e não há razão para permitir tratamento distinto na relação entre arbitragem e precedente judicial em comparação com a relação da arbitragem com as demais fontes de Direito¹⁴³⁷.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o estudo bibliográfico e legislativo da arbitragem, método da justiça multiportas, e dos precedentes judiciais, considerados como fontes de direito, infere que o problema de pesquisa obteve como resposta que os árbitros e as câmaras arbitrais, no Brasil, devem seguir o entendimento firmado nos precedentes judiciais.

Embora não haja previsão legal específica quanto ao assunto, essa conclusão teórica é construída com fundamento nos princípios da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil de 2015, assim como na percepção do ordenamento jurídico como um sistema, que deve ter como características a racionalização e a unidade, com o fim último na garantia da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ANAISSE, Paulo César Moy. O sistema de precedentes judiciais brasileiro: o *stare decisis* nacional. In: **O sistema de precedentes brasileiro: Demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência**. LUNARDI, Fabrício Castagna; KOEHLER, Frederico Augusto

¹⁴³⁵ GAIO JR., Antônio Pereira. Arbitragem e a aplicabilidade normativa dos precedentes judiciais vinculantes no modelo brasileiro: uma busca pela unidade do direito. In: THEODORO, Ana Cláudia Rodrigues; HILL, Flávia Pereira; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Desjudicialização: atualidades e novas tendências**. Londrina: Thoth, 2024. p. 471.

¹⁴³⁶ OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Arbitragem e precedentes vinculantes: a sujeição dos árbitros à jurisdição constitucional**. Londrina, Thoth, 2023. p. 304.

¹⁴³⁷ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil**. São Paulo: JusPodivum, 2024. p. 204-205.

- Leopoldino; FERRAZ, Taís Schilling (coord.). Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, 2022. Disponível em <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-e-inovacao/o-sistema-de-precedentes-brasileiro/>>.
- ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 53, n. 212, p. 139-154, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139>.
- BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 abr. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 9.307**. Lei da Arbitragem. 1996. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 08 mai. 2024.
- BRASIL. **Lei n. 13.105**. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 04 abr. 2024.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; FLEMING, Gil. A realização da segurança jurídica pela atividade das serventias extrajudiciais. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. V. 24, n. 2. 2023. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/76140>>.
- DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **Introdução à justiça multiportas**: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil. São Paulo: JusPodivum, 2024.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes**: da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Thoth, 2020.
- GAIO JR., Antônio Pereira. Arbitragem e a aplicabilidade normativa dos precedentes judiciais vinculantes no modelo brasileiro: uma busca pela unidade do direito. In: THEODORO, Ana Cláudia Rodrigues; HILL, Flávia Pereira; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Desjudicialização**: atualidades e novas tendências. Londrina: Thoth, 2024.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MENDES, Carolina Paes de Castro. A vinculação do árbitro aos precedentes judiciais e o cabimento da ação anulatória de sentença arbitral. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 25, n. 1, 2024. DOI: 10.12957/redp.2024.81880. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/81880>>.
- NAVARRO, Trícia. **Justiça multiportas**. Indaiatuba, SP: Foco, 2024.
- OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Arbitragem e precedentes vinculantes**: a sujeição dos árbitros à

- jurisdição constitucional. Londrina, Thoth, 2023.
- REALI, Miguel. In: GUTEMBERG, Luiz (org.). **Mapa geral das ideias propostas para a nova Constituição**. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1987.
- STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 103-A, I. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.; LEONCY, Léo F. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: SaraivaJur/Almedina/IDP, 2023.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; LIBLIK, Regiane França. Fundamentos constitucionais da mediação de conflitos no direito das famílias. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (org.). **Processo Civil Brasileiro: no contexto da Constituição Federal de 1988**. Londrina, PR: Thoth, 2023.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: do problema ao precedente**. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ADR E ODR: UM OLHAR A PARTIR DO ORDENAMENTO ESPANHOL ^{1438 1439 1440}

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, ADR AND ODR: A PERSPECTIVE WITHIN THE CONTEXT OF THE SPANISH LEGAL SYSTEM

Paulo Ramón Suárez Xavier

Doctor en Derecho Procesal por la Universidad de Málaga. Professor de
Direito Processual da Universidade de Málaga.

RESUMO: O presente artigo aborda a crescente influência da Inteligência Artificial (IA) nos processos de resolução alternativa de disputas (ADR) e resolução online de disputas (ODR) no contexto do ordenamento jurídico espanhol. Começa discutindo a transformação social impulsionada pela algoritmização e a quarta revolução industrial, que introduziu mudanças significativas em várias esferas, incluindo o direito. Explora a implementação de sistemas baseados em IA no ambiente judicial, destacando suas vantagens e desafios. Destaca a Carta Europeia para o Uso da Inteligência Artificial nos Sistemas Judiciais, que fornece diretrizes para a integração ética e eficiente da IA. O

autor analisa a regulação espanhola sobre o uso de IA na justiça, ressaltando a necessidade de um equilíbrio entre inovação tecnológica e proteção dos direitos fundamentais. Além disso, examina a mediação e a justiça baseada em dados, abordando os desafios e as oportunidades para os ADR. Discute como a IA pode melhorar a eficiência e a precisão na resolução de disputas, mas também levanta questões sobre a equidade e a privacidade dos dados. No que diz respeito aos ODR, se discute sobre seus benefícios de acessibilidade e conveniência, especialmente em um mundo cada vez mais digitalizado.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial; Resolução Alternativa De Disputas (ADR); Resolução Online De

¹⁴³⁸ Artigo recebido em 19/02/2024 e aprovado em 02/08/2024.

¹⁴³⁹ O presente texto corresponde à comunicação apresentada no II Congresso Internacional de Direito Processual Civil sobre os “DESAFIOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA”, realizado na Universidade Portucalense, a 15 e 16 de dezembro de 2023, organizado pelo Instituto Jurídico Portucalense, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Universidade Estácio de Sá, a Universidade de Vigo, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação Brasileira Elas no Processo e com a Associação dos Registradores Cíveis de Pessoas Naturais do Brasil (ARPEN BR), com o apoio do Contrato Programa UIDB/04112/2020, financiado por fundos nacionais da República Portuguesa, através da FCT I.P.

¹⁴⁴⁰ El presente trabajo de investigación se incardina dentro del marco investigador del Proyecto de investigación de I+D+I en el marco de la convocatoria de proyectos orientados a la transición ecológica y a la transición digital 2021 “Construcción de bases para una digitalización Eficiente, legal y garantista de los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo mediante Plataformas tecnológicas”. (TED2021-131127B-I00), en el que el autor figura como miembro del equipo de investigación.

Disputas (ODR); Algoritmização da Justiça; Processo.

ABSTRACT: This article addresses the growing influence of Artificial Intelligence (AI) in the processes of Alternative Dispute Resolution (ADR) and Online Dispute Resolution (ODR) within the context of the Spanish legal system. It begins by discussing the social transformation driven by algorithmization and the fourth industrial revolution, which has introduced significant changes in various spheres, including law. It explores the implementation of AI-based systems in the judicial environment, highlighting their advantages and challenges. It emphasizes the European Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems, which provides guidelines for the ethical and efficient integration of AI. The author analyzes Spanish regulation on the use of AI in justice, underscoring the need for a balance between technological innovation and the protection of fundamental rights. Furthermore, it examines mediation and data-driven justice, addressing the challenges and opportunities for ADR. It discusses how AI can enhance efficiency and accuracy in dispute resolution, but also raises concerns about fairness and data privacy. Regarding ODR, the article discusses its benefits of accessibility

and convenience, especially in an increasingly digitalized world.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; Alternative Dispute Resolution (ADR); Online Dispute Resolution (ODR); Algorithmic Justice; Process.

INTRODUÇÃO

O modo de vida da sociedade humana mudou neste século mais do que em qualquer outro ¹⁴⁴¹, transformando a existência humana em todos os seus aspectos incluindo a sua relação com a lei, a moral e a forma de pensar do indivíduo, da sociedade, da família e do espaço.

O sujeito da sociedade em rede transformou-se nas suas relações com o mundo em suas relações consigo mesmo. Como Heidegger previu ¹⁴⁴², uma revolução silenciosa apoderou-se do modo como o homem se relaciona com a linguagem, que, para além de uma mera forma de comunicação, adquiriu a condição de substrato de todo o tecido social do homem moderno. Para alguns autores arranca a chamada quarta revolução industrial ¹⁴⁴³, para outros, uma nova maneira de lidar com a organização social ¹⁴⁴⁴, processo que Bardenominamina de algoritmização da vida ¹⁴⁴⁵, e no qual os algoritmos se infiltram, com as novas tecnologias, em

¹⁴⁴¹ WALLERSTEIN, Immanuel. *Conocer el mundo, saber el mundo*. Ed. Siglo XXI. 2ª Ed. 2002, Buenos Aires, p. 140.

¹⁴⁴² HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre el humanismo*. Ed. Alianza. Madrid, 2000.p. 3.

¹⁴⁴³ SCHWAB, Klaus. *La cuarta revolución industrial*. Ed. Debate, 4ª Ed. Barcelona, 2018, p. 13 y ss.

¹⁴⁴⁴ CASTELLS, Manuel. *n Suárez Xavier*. Alianza Editorial. Madrid: 1997, p. 88.

¹⁴⁴⁵ BARONA VILAR, Silvia. *Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia*:

todos os ramos da vida e da atividade humana.

O direito, como outras instituições sociais, não escapa ileso desse processo. Suas diferentes manifestações estão se transformando e, em alguns casos, concretizando figuras antes filosóficas como o Panóptico de Foucault¹⁴⁴⁶ ou o homem-ferramenta de Arendt¹⁴⁴⁷ cujo instrumento, a tecnologia, a conectividade faz parte do seu próprio corpo e (des)constitui a sua própria existência.

No campo processual e da administração da justiça, assistimos à irrupção de uma avalanche tecnológica, impulsionada por tecnologias de autoaprendizagem, data mining e cadeias de informação, conceitos até recentemente totalmente desconhecidos dos profissionais do direito e que, agora, assumem enormes proporções. relevância. Por esse motivo, muda a forma como a Administração da Justiça e seu entorno são geridos, especialmente no que se refere às atividades da advocacia, dos graduados sociais e dos solicitadores.

Na área jurídica, as empresas do *law tech* vêm desenvolvendo uma série de sistemas informatizados baseados no fenômeno do big data e na divulgação de dados estatísticos relacionados às atividades jurisdicionais, produzindo a sensação de que a justiça está cada vez mais próxima de um modelo

matemático e gerando modelos reducionistas, que podem resultar na violação do direito à tutela judicial efetiva e do direito à igualdade processual entre as partes.

A multiplicidade de tecnologias existentes e o próprio fenômeno multifacetado em curso, bem como o espaço limitado obriga-nos a optar por um recorte epistemológico muito específico, para considerar exclusivamente a implementação destes modelos algorítmicos no ambiente judicial, suas consequências e possíveis impactos para o exercício da profissão de advogado.

1. ALGORITMIZAÇÃO E MUDANÇAS SOCIAIS

Inicialmente, e antes de tentar fazer qualquer análise do conceito de sociedade em rede, devemos fazer um alerta preparatório. Este trabalho, embora tenha um cunho jurídico, adote a sua metodologia e a sua linguagem, não pode se limitar à metodologia jurídica clássica da dogmática em oposição à hermenêutica; o fato, o valor e a norma considerados compartimentos de uma ciência que se liberta do seu tempo e espaço para adotar uma perspectiva universalista.

Pelo contrário, a sua linguagem é, como exige a pergunta que nos é imposta, multidisciplinar, pelo que

¿solución o problema? Revista Boliviana de Derecho, ISSN-e 2070-8157, Nº. 28, 2019, págs. 18-49.

¹⁴⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Ed. Biblioteca Nueva. Madrid, 2012.

¹⁴⁴⁷ ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Ed. Paidós. 2016.

vamos partir de algumas considerações iniciais sobre o espaço e o tempo.

Milton Santos, na sua obra "*A natureza do espaço*", defende que os diferentes sistemas técnicos de diferentes épocas "*formam uma situação e são uma existência num lugar*" servindo para compreender como se desenvolve o modo de vida, os comportamentos humanos nesse espaço. Mas a forma da sua combinação é o fator determinante para identificar "como os resíduos do passado são um obstáculo para o futuro".¹⁴⁴⁸

Esta análise é relevante e indica que: (i) nas diferentes sociedades distribuídas nos vários territórios dos Estados modernos, a combinação de recursos sociais, económicos e tecnológicos é um fator determinante no seu modo de vida e, (ii) que não só recursos, mas sim a aceitação e implantação relativamente generalizada desses recursos vão determinar as bases do *ethos*, do espaço político, social e cultural envolvente dessa sociedade.

Pois bem, a transformação digital da sociedade na era da globalização, significou um rompimento das fronteiras da informação, antes condicionadas pela territorialidade e materialidade das mídias: passamos dos livros, cadernos e notas a processadores de texto, blocos, microcomputadores, plataformas e os livros digitais, até chegarmos ao fenómeno do *big data*, do processamento massivo da informação

e das chamadas "inteligências artificiais".

Neste sentido, Manuel Castells, após analisar a evolução histórica da Segunda Guerra Mundial como enquadramento, chega ao conceito de revolução tecnológica da era digital e descreve os principais paradigmas da tecnologia moderna. Considera como a primeira delas a informação como base de trabalho dessas tecnologias; como segundo paradigma, a capacidade de penetrar nos efeitos das novas tecnologias, configurando a existência humana por meio dos meios tecnológicos; como terceiro aspeto, destaca a lógica de interconexão de todo o sistema de tecnologia, ou seja, a interoperabilidade entre esses recursos; Como quarto ponto relevante (diretamente relacionado ao terceiro), a flexibilidade, que significa a reversibilidade e possibilidade de modificação, adaptação e recriação dos recursos digitais por meio do rearranjo dos seus componentes e, por fim, a crescente convergência de tecnologias específicas de forma altamente integrada sistema, dentro do qual as mesmas trajetórias tecnológicas desenvolvidas individualmente tornam-se integradas e tornam-se praticamente indistinguíveis¹⁴⁴⁹.

A referida revolução ocorre primeiro silenciosamente, com a expansão dos mercados de 'software', 'hardware', consoles portáteis e aparelhos de telefonia, cuja variedade e

¹⁴⁴⁸ SANTOS, Milton. *La naturaleza del espacio: técnica y tiempo; razón y emoción*. Ed. Ariel S.A. Barcelona: 2000, p. 38.

¹⁴⁴⁹ CASTELLS, Manuel. *La sociedad red*. Alianza Editorial. Madrid: 1997, p. 88-90.

disseminação são mais abundantes e tem como consequência fundamental a disponibilização de uma quantidade ilimitada de dados de carácter mais diverso, obrigando à adoção de meios de regulação da utilização e tratamento da referida informação, especialmente a de carácter pessoal, para fins comerciais, culminando nas atuais regulamentações e normas de proteção de dados pessoais nos diferentes ordenamentos jurídicos dos países e, na Europa, com o Regulamento UE n.º 679/2016, sobre a proteção de dados pessoais.

Mesmo as entidades públicas passaram a deter uma enorme quantidade de informação sobre as pessoas, suas aptidões, qualidades, quotidiano, domicílio, situação económica e os diversos aspetos pelos quais se desenvolve a vida social e política das pessoas, razão pela qual o processamento e acesso a tais dados, organizados na forma de arquivos pessoais, também foram limitados para organizações públicas.

A existência desta quantidade massiva de dados e a necessidade de processá-los, resultou na criação de motores capazes de processar a referida informação para servir a diversos fins. Mas o verdadeiro avanço dessas tecnologias ocorre quando esses "motores" simplesmente deixam de funcionar como meros mecanismos de busca, processamento e classificação e

passam a conseguir interpretar, catalogar de forma autónoma e criativa e também interagir com esses dados: quando surgem as chamadas inteligências artificiais, cujos modelos de atuação, além da ótica connexionista, são direcionados a modelos baseados na engenharia do conhecimento.

Conforme a "Enciclopédia de Inteligência Artificial", Inteligência Artificial (daqui IA) corresponde a um campo da ciência e da engenharia que trata da compreensão, do ponto de vista computacional, do que comumente se denomina comportamento inteligente. Também lida com a criação de artefatos que exibem esse comportamento¹⁴⁵⁰.

Para outros autores, a IA se corresponde com uma parte da ciência da computação que estuda processos simbólicos, materializados na tríade de signo, significado e significante, raciocínio não algorítmico e representações simbólicas do conhecimento ou, num conceito mais simples, definem IA como o estudo de ideias que permitem que os computadores sejam inteligentes¹⁴⁵¹.

Dado o seu avanço e ampla aplicação em diversas atividades, em alguns casos inadvertidamente, a IA se consolida como uma realidade inegável da qual não pode mais abdicar, mas que pode ser limitada, regulada e ter estabelecidas diretrizes fundamentais para sua criação e operação, visando proteger as pessoas, o meio ambiente e

¹⁴⁵⁰: sobre a sua implementação e algumas notas distintivas. *Encyclopedia Of Artificial Intelligence*. Ed. John Wiley & Sons. Nueva York, 1992, p. 34.

¹⁴⁵¹ Vide SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. *Gobernanza, Inteligencia Artificial y Justicia*

Predictiva: los Retos de la Administración de Justicia ante la Sociedad en Red. Tese de Doutorado. Universidadna Justiça: perspetiva de regulação espanhola

os demais valores jurídicos fundamentais das nossas sociedades.

Ou seja, negar os avanços notáveis nos mais diversos campos de aplicação da inteligência artificial é o mesmo que retroceder no tempo uma série de facilidades e melhorias na indústria, no governo e na vida das pessoas. Então, a melhor maneira de obter melhores resultados e confiança é não demonizar esses recursos, mas regular e controlar a sua utilização para garantir o cumprimento dos princípios legais, preservando os vetores e princípios da paz e da dignidade humana.

No campo da matéria em questão, o entorno do sistema judicial, especialmente para a profissão de advogado, o surgimento da inteligência artificial representa enormes avanços, pois permite pela mineração de dados e o aprendizado de automático por algoritmos (supervisionado ou não supervisionado) A elaboração de modelos de documentos, contratos, busca automática e sugestão de jurisprudência e obtenção de projeções e cenários de conflito por meio de sistemas de projeções ou previsão de

resultados denominados sistemas de “justiça preditiva”¹⁴⁵².

No entanto, é justo neste entorno judicial, no que diz respeito à advocacia e aos serviços jurídicos digitais, onde se exige uma regulamentação significativa, com vista à adequação da atividade das empresas do sector da tecnologia jurídica, as *Law Tech* e o *Legal Tech*, tendo em vista a permitir a sua convivência harmoniosa com o exercício livre e independente da advocacia, requerendo o aprofundamento de alguns conceitos, como veremos..

2. SISTEMAS BASEADOS EM AI: SOBRE A SUA IMPLEMENTAÇÃO E ALGUMAS NOTAS DISTINTIVAS

A implementação de sistemas baseados em inteligência artificial nas suas diferentes formas de aplicação supõe uma série de inovações nem sempre vistas com bons olhos nas diferentes atividades do entorno judicial¹⁴⁵³.

Discute-se, por exemplo, se o uso de *blockchain* pode afetar negativamente as atividades realizadas por profissionais como notários e

¹⁴⁵² Em nossa opinião, os sistemas de predição comumente chamados de sistemas de justiça preditiva não podem ser confundidos com um modelo de justiça que emerge da transformação digital da Administração da Justiça, que em nossa opinião é o que efetivamente se constitui como “justiça preditiva”. Para mais informações sobre o tópico vid. nosso SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. *Gobernanza, Inteligencia Artificial y Justicia Predictiva: los Retos de la Administración de Justicia ante la Sociedad en Red*. Tesis Doctoral. Universidad transformando a existência humana em todos os seus aspetos

incluindo a sua relação com a lei, a moral e a forma de pensar do indivíduo, da sociedade, da família e do espaço.

¹⁴⁵³ transformou-se nas suas relações com o mundo em suas relações consigo mesmo. Como Heidegger previu, que representa um enorme avanço nas atividades notariais quando de sua implantação e pode até reduzir a importância dos notários. Veja-se: <http://www.elnotario.es/academia-matritense-del-notariado/7325-blockchain-funcion-notarial-y-registro>

registradores, ou se é possível utilizar robôs para auxiliar juízes e magistrados na preparação de sentenças ou mesmo se estes podem substituí-los.

Tais alterações podem representar um sério risco para o sistema judicial na totalidade, se não forem discutidas com seriedade e com a devida participação cidadã.

Podem ser citados alguns casos em que os sistemas de IA já cumprem a função de substituir a inteligência humana e são implementados fora de qualquer debate. Podemos nos referir a “Prometea”, uma IA desenvolvida pelo Ministério Público da Cidade de Buenos Aires, ou ainda apontar que já existem Tribunais Constitucionais, como o Supremo Tribunal Federal do Brasil, que desenvolveu em conjunto com a Universidade de Brasília uma IA chamada “Victor”¹⁴⁵⁴, capaz de realizar a análise dos requisitos de admissibilidade¹⁴⁵⁵ de uma classe de recursos da competência daquele Tribunal, operação que reduz em quase dois anos o tempo de tramitação dos

recursos do Tribunal¹⁴⁵⁶, mas que não se encontra regulada por nenhuma norma¹⁴⁵⁷.

Porém, para os fins deste breve ensaio, é importante focar os mecanismos baseados em IA capazes de auxiliar ou substituir a atividade de advogado, realizada por meio de empresas de tecnologia jurídica (*legal tech*), ou a irrupção do setor de autosserviço jurídico, em alguns casos, dispensando esses profissionais, como é o caso das empresas do *law tech*.

No seu funcionamento, esses sistemas podem operar sob diferentes perspectivas, seja traçando perfis decisórios de determinado juiz ou magistrado, seja projetando cenários e perspectivas sobre determinada matéria, ou seja, determinando as tendências gerais de um órgão judicial ou de uma determinada ordem jurisdicional num determinado assunto, além de outras funções¹⁴⁵⁸.

Por outro lado, a possibilidade de elaboração de árvores de decisão, modelos preditivos e sistemas de

¹⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ma revolução silenciosa apoderou-se do modo como o homem se relaciona com a linguagem, que, para além de uma mera forma de comunicação, adquiriu a condição de substrato de todo o tecido social do homem moderno. Artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>

¹⁴⁵⁵ Nos referimos ao requisito de repercussão geral.

¹⁴⁵⁶ processo que Bardenominamina

¹⁴⁵⁷ Perceba-se que a Resolução n.º 332 de 2020 do Conselho Nacional de Justiça não se aplica ao STF, considerando que este tribunal não se

encontra no âmbito das competências reguladoras do CNJ.

¹⁴⁵⁸ A questão crucial parece residir nas implicações da análise referente a uma autoridade judiciária específica e não ao tratamento desses dados de forma genérica, uma vez que o direito à proteção de dados dessas autoridades poderia estar sendo violado, pelo fato de que ainda que suas decisões sejam públicas, isso não implicam em si um direito geral de processar livremente seus dados pessoais ou administrativos. O assunto teve um tratamento interessante do ponto de vista administrativo no parecer CN12-033 da Agência Vasca de Proteção de Dados.

autoaprendizagem baseados em processamento de linguagem natural pode permitir a interação entre IA e os destinatários dos serviços jurídicos, substituindo a atividade humana por uma interface tecnológica.

A referida implementação acarreta riscos e benefícios que, embora não impeçam a sua incorporação ao exercício da advocacia, exigem reflexões sobre a forma e a extensão da sua incorporação, exercício classificatório que implica compreender a variedade de ações desenvolvidas pelo profissional de advocacia.

Nesse sentido, Sonia Desmoulin-Canselier identifica que é possível diferenciar entre sistemas automatizados de tomada de decisão e suporte para tomada de decisão. Enquanto o primeiro grupo suplanta a figura humana responsável pela tomada de decisões, o segundo dá o suporte eventualmente demandado pelo especialista humano¹⁴⁵⁹.

No entanto, embora esta classificação se aplique em certa medida às atividades da profissão jurídica, no que diz respeito à implementação de sistemas automatizados de assistência jurídica, como os chamados bots de bate-papo, ou robôs conversacionais, ou os chamados sistemas TAR (revisão assistida por tecnologia de sistemas), não chega a abarcar uma série de outros aspetos que, embora não sejam

relevantes no exame do processo de transformação digital da Administração de Justiça, são extremamente importantes quando nos referimos ao processo de transformação digital de advocacia.

Referimo-nos aos processos disruptivos que se desenvolvem em dois ramos distintos do sector jurídico, o *Legal Tech* e o *Law Tech*, sobre os quais convém realizar algumas breves notas, para melhor compreender em que consiste cada um destes ramos.

Existem diferentes conceitos de *Legal Tech* e *Law Tech*. Para parte da doutrina americana, o *Legal tech* busca desenvolver serviços que facilitem e deem eficiência às rotinas de trabalho das profissões jurídicas, enquanto o *Law Tech* remete a uma tendência de desenvolvimento de autoserviços jurídicos para o público em geral. A *Law Society* não reconhece a independência entre os termos e entende o *Law Tech* como o impulso tecnológico no setor dos serviços jurídicos e no sistema judicial¹⁴⁶⁰.

Adotamos como conceito de *Legal Tech*, o conjunto de empresas do setor jurídico que se dedicam ao desenvolvimento e implantação de tecnologias destinadas a facilitar, automatizar, modernizar ou "smartificar" a prestação de serviços jurídicos, ou seja, são empresas cujos serviços se destinam a prestadores de serviços jurídicos ou empresas e pessoas físicas

¹⁴⁵⁹ DESMOULIN-CANSELIER, Sonia; LE MÉTAYER, Daniel. "Algorithmic Decision Systems in the Health and Justice Sectors: Certification and Explanations for Algorithms in European and

French Law". *European Journal of Law and Technology*, 2018, vol. 9, no 3, p. 05.

¹⁴⁶⁰ Veja-se: <https://cutt.ly/Hgjm8B>.

que contem com assessoria jurídica própria.

Já o *Law Tech* se refere ao ramo de empresas que prestam autosserviços jurídicos, o que implica que as tecnologias por elas utilizadas não sejam utilizadas para apoiar as atividades desenvolvidas pelos profissionais do setor jurídico, mas sim para a sua substituição em certas atividades.

Ambos os setores das empresas de tecnologia jurídica ganham cada dia mais relevância e provocam a eclosão de novos debates, entre os quais podemos citar o fenômeno da uberização da profissão jurídica, que se refere à irrupção de plataformas que colocam clientes e clientes em contato. e contar com tecnologias algorítmicas para contato, gerando discussões sobre os filtros usados pelos algoritmos.

Nesse sentido, chama atenção o recente caso das ações movidas por Raj Abhyanker contra seis empresas do setor nos Estados Unidos: *FileMy LLC*, *LegalZoom*, *Trademarks411*, *TTC Business Solutions*, *Trademark Engine* y *TradeMark Express*, no qual a parte autora alegava que as associações profissionais não estavam exercendo seus poderes para regular a profissão de advogado, uma vez que muitas dessas empresas operam sem licença profissional, ou que essas empresas utilizavam algoritmos tendenciosos, excluindo determinados profissionais da sua esfera de atividade ou reduzindo as chances de igualdade na competição

profissional, exigindo compensação por competição desleal¹⁴⁶¹.

Por outro lado, são marcantes os conflitos que se geram pela oferta de serviços jurídicos por parte das empresas do *Law Tech*, sobretudo naquelas matérias que em alguns países se encontram sob a possibilidade do exercício do direito de ação por meio do *ius postulandi*, cenário em que a advocacia reivindica uma regulamentação ou mesmo a proibição do desenvolvimento do mercado de autosserviço jurídico por startups, como no Brasil e na Argentina.

Caso marcante, por exemplo, é o de empresas ligadas à defesa do consumidor contra companhias aéreas em questões repetitivas, como indenização por atrasos e cancelamentos, cujos serviços foram classificados como intrusismo pela Ordem dos Advogados do Brasil, resultando em 97 processos disciplinares e denúncias de intrusismo profissional¹⁴⁶².

Por outro lado, podemos citar a irrupção de outras empresas que utilizam sistemas como "Jurimetria", que elabora perfis de decisão muito precisos não só relacionados a um caso específico, mas chegando até mesmo a expor dados estatísticos relacionados às tendências decisórias de cada magistrado, revelando as tendências de cada tribunal, facto que pode ter enorme importância para o exercício da profissão de advogado.

¹⁴⁶¹ Para mais sobre este tema, veja-se: <https://cutt.ly/7gmQNV>.

¹⁴⁶² Sobre o tema, veja-se: <https://cutt.ly/mjo2Q8v>.

Vale destacar que, entre outras funções, tais ferramentas de previsão permitem conhecer as tendências de raciocínio jurídico de cada juiz, advogado ou autoridade administrativa, dados que refletem a elaboração de um perfil profissional com base em dados estatísticos.

Por isso, questiona-se se a utilização de algoritmos para elaboração de estratégias processuais respeita o sentido básico de justiça, ou se extrapola as normas éticas para o exercício da advocacia, violando o direito à proteção de dados.

Poder-se-ia argumentar contra a objeção ao tratamento desses dados com a tese de que na realidade factual as tendências de cada tribunal já são conhecidas pela prática profissional no exercício da profissão, mas a questão central é que esse algoritmo se apropria de um conjunto de dados públicos e de informação privada, do raciocínio individual para ser convertida em capital de um terceiro, inclusive violando o direito à identidade argumentativa dos profissionais da justiça.

Não se trata de averiguar se uma ou mais empresas recolhem dados públicos para atuarem no exercício das suas atividades, mas sim que procedam ao tratamento dessa informação como atividade principal, ou seja, que as referidas estatísticas provêm de

arquivos públicos são tratados de forma automatizada por operadores privados sem a devida autorização e sem qualquer supervisão ou controle, gerando até mesmo informações sensíveis para órgãos judiciais¹⁴⁶³.

Neste sentido, importa referir que tanto o Regulamento UE 2016/679, sobre Proteção de Dados, como a Lei Orgânica de Proteção de Dados 3/2018, têm como âmbito de aplicação exclusivamente as pessoas físicas, o que implica que o tratamento das informações e dados veiculados por entidades públicas não se encontram regulamentados pelo Direito Espanhol, nem pelo Direito Comunitário¹⁴⁶⁴.

Por outro lado, não se pode prever que a regulamentação da matéria dependa da sua normalização por parte da União Europeia, uma vez que carece de competências para regular a estrutura interna das instituições dos Estados-Membros para além do denominado acervo comunitário. Em outras palavras, cada Estado-Membro é competente para legislar sobre o tratamento destes dados públicos.

Na França, a recente Lei da Reforma da Justiça em seu art. 33 prevê que "os dados de identidade dos magistrados e membros do judiciário não podem ser reutilizados para o fim ou efeito de avaliar, analisar, comparar ou prever suas reais ou supostas práticas

¹⁴⁶³ Há uma discussão importante sobre quem detém a propriedade dos dados públicos, se a Administração Pública ou toda a sociedade. Essa discussão traz reflexos importantes sobre a solução do problema que estamos levantando. O assunto foi amplamente discutido na

elaboração da Lei de Reforma da Justiça na França.

¹⁴⁶⁴ Não nos referimos aos dados processados pela Administração Pública, mas sim aos dados por ela divulgados, na forma de decisões judiciais, atos administrativos, relatórios, entre outros de natureza diversa.

profissionais" (tradução nossa), enquanto se discute sobre a possibilidade de que as sentenças não contêm mais o nome dos juízes e magistrados que as emitem.

Na Inglaterra, onde a prática de utilizar algoritmos de justiça preditiva é mais amplamente aceita, sem qualquer regulamentação da matéria, especialmente por conta do seu ordenamento jurídico, o *common law*, que justifica a plausibilidade de um sistema capaz de catalogar a fonte inesgotável do direito que constitui a jurisprudência.

Sem embargo, no caso do *civil law*, que tem como fonte precípua a lei e abriga uma realidade jurídica muito diferente dos antes referidos sistemas de *common law*, de modo que o uso da justiça preditiva acaba por expor a fragilidade que eventuais decisionismos encobertos podem trazer e que na França culminam na proibição do tratamento e divulgação de dados públicos do sistema judicial pelas empresas. Solução que não parece ser a mais acertada.

Por outro lado, deve-se levar em conta que os sistemas de justiça preditiva não se confundem com os chamados sistemas de Revisão Assistida por Tecnologia (TAR), que são sistemas de aprendizagem automática assistidos por um profissional ou por um

pequeno grupo de profissionais ¹⁴⁶⁵, combinando mecanismos de mineração de dados e autoaprendizagem para facilitar a pesquisa em fontes jurídicas, ferramentas que podem ou não compor a mesma solução de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC).

En contraposición a los sistemas de justicia predictiva, los sistemas TAR son herramientas de aprendizaje automático supervisado o no supervisado que ayudan en el ejercicio de la abogacía o procura mediante el uso de herramientas de minería de datos y *machine learning*, y que pueden o no venir asistidos de este entrenamiento por el experto jurídico.

3. SOBRE A CARTA EUROPEIA PARA O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM SISTEMAS JUDICIAIS

A Carta Europeia de Ética para a Utilização de IA nos Sistemas Judiciais e de seu Entorno, elaborada pela Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ) foi aprovada na 31ª sessão plenária do CEPEJ (Estrasburgo, 3 e 4 de dezembro de 2018) e não configura um marco legal, pelo que não pode ser invocada como norma aplicável a determinado

¹⁴⁶⁵ CAYON SOLAR, José Ignacio. Inicialmente, e antes de tentar fazer qualquer análise do conceito de sociedade em rede, devemos fazer um alerta preparatório. Este trabalho, embora tenha um cunho jurídico, adote a sua metodologia e a sua linguagem, não pode se limitar à metodologia jurídica clássica da

dogmática em oposição à hermenêutica; o fato, o valor e a norma considerados compartimentos de uma ciência que se liberta do seu tempo e espaço para adotar uma perspectiva universalista.. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá XI* (2018), p. 82.

procedimento¹⁴⁶⁶, mas de seu conteúdo podemos inferir critérios interpretativos consistentes com o respeito aos direitos humanos, consagrados em nosso ordenamento jurídico.

A carta trata indistintamente o uso dessas tecnologias nos sistemas judiciais e em seu entorno (como a profissão de advogado) e define que os sistemas de IA não podem ser usados para minar a independência dos juízes em sua tomada de decisão, e devem ser usados com respeito pelos princípios do Estado de Direito e dar preferência ética aos direitos humanos, por meio de um desenho de enfoques.

Nesse sentido, os sistemas de IA devem ser projetados com uma arquitetura cujas camadas algorítmicas tenham critérios transparentes, abrigando em seus estágios de aprendizagem critérios que evitem violações diretas e indiretas de direitos humanos.

Determina, ainda, que quando se utilizam ferramentas de inteligência artificial para a solução de um conflito, como ferramenta para colaborar na tomada de decisões judiciais ou para orientar a opinião pública, é imprescindível zelar para que não prejudiquem as garantias do direito de o acesso ao juiz e o direito a um processo

justo, privilegiando, como já dissemos, o direito à igualdade de armas e ao respeito pelo processo de confrontação das partes.

Neste sentido, dada a capacidade da justiça preditiva de revelar a discriminação existente, agrupando ou classificando dados relativos a indivíduos ou grupos, atores públicos e privados, a Carta determina que a sua utilização deve garantir que os métodos utilizados não reproduzam ou agravem discriminações e que não ensejem análises deterministas, ocasionando os chamados vieses discriminatórios, que comprometem os direitos fundamentais dos justiciáveis.

Assim, a Carta defende a possibilidade de utilização de tais análises estatísticas para prevenir a discriminação, com a sua utilização em atividades de inspeção judicial, o que permitiria um maior controle das decisões judiciais por parte da Administração da Justiça.

Defende-se, ainda, que na construção dos modelos de aprendizagem automática e na elaboração de cenários estatísticos, se deve tentar refletir o mais claramente possível a experiência de profissionais de todo o ambiente da justiça e também de pesquisadores, retroalimentando o

¹⁴⁶⁶ servindo para compreender como se desenvolve o modo de vida, os comportamentos humanos nesse espaço. Mas a forma da sua combinação é o fator determinante para identificar "como os resíduos do passado são um obstáculo para o futuro" A própria Carta, em seu texto, afirma que não contém nenhum marco legal, mas que seu conteúdo se baseia exclusivamente em um modelo ético e de

autorregulação, modelo semelhante ao já conhecido para as declarações responsáveis a partir de uma escala ou série de questionários de autoavaliação.

Veja-se:

<https://www.algoritmolegal.com/wp-content/uploads/2018/12/Etica-de-la-IA-documento-del-Consejo-de-Europa-del-4.12.2018.pdf>

sistema com base em garantias éticas e prevenindo a existência de erros não resolvidos com um sistema de inspeção (correição) de sentenças baseado em informações sensíveis fornecidas ou elaboradas pela IA, bem como estabelecer um sistema de recursos adequados para corrigir os erros que venham a ser detectados.

No que diz respeito à segurança, a Carta se preocupa em estabelecer que os modelos e algoritmos criados devem ser capazes de ser armazenados e executados em ambientes seguros, de forma a garantir a integridade do sistema e a sua intangibilidade, implicando a utilização de tecnologias como as cadeias de informação (blockchain), a fim de garantir não só a segurança da informação, mas também a sua inalterabilidade por agentes externos ao processo, garantindo que a informação sobreviva íntegra a eventuais ataques cibernéticos.

A adoção destas precauções não implica que a introdução do modelo de justiça digitalmente transformado e a implementação de novas tecnologias na profissão de advogado seja arbitrária, mas antes procura sustentar com argumentos, documentos e estatísticas as reivindicações das partes e as decisões judiciais, sob diferentes pontos de vista técnicos, permitindo ao juiz uma melhor análise dos cenários de cada caso, dando agilidade no processamento dos autos e permitindo uma maior transparência aos advogados e partes.

Quanto à sua aplicabilidade, o grande problema da Carta de Ética é que enquanto seu conteúdo for meramente

declarativo e carecer de força normativa, a proteção dos direitos dos cidadãos perante os tribunais não estará garantida, pois a aplicação de ferramentas como a “Jurimetria” gera um desequilíbrio na relação entre as partes e o órgão jurisdicional, uma vez que as regras do jogo são previamente estabelecidas e perfis não autorizados de agentes públicos são traçados de forma a beneficiar as partes com um conhecimento estratégico que viola o princípio de igualdade processual.

Neste sentido, verifica-se a importância de um marco regulatório aplicável à matéria, uma vez que a Carta Europeia de Ética não chega a ter eficácia jurídica e não acarreta qualquer garantia quanto à utilização de dados pessoais de juízes e magistrados para a elaboração de perfis e divulgação de dados estatísticos oficiosos do Poder Judiciário, nem estabelece o itinerário ético que deve nortear a utilização de tais sistemas na profissão de advogado.

Do mesmo modo, no que se refere a outras propostas regulatórias, como a proposta de Regulamento de Inteligência Artificial, atualmente em discussão na União Europeia, parece que o critério adotado não atende às necessidades de regulação e limitação do uso de ferramentas do *Legal Tech* e do *Law Tech*, por se basear em uma classificação genérica, insuficiente para cobrir o complexo campo deontológico.

Portanto, é necessário indagar a forma e a competência para a regulamentação desta importante matéria no ordenamento jurídico espanhol, cujas conclusões podem ser estendidas, com as devidas distinções,

à maioria dos países do entorno Iberoamericano.

4. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA JUSTIÇA: PERSPECTIVA DE REGULAÇÃO ESPANHOLA

Por tudo quanto tratamos até este ponto no presente trabalho, pudemos constatar que (i) os avanços da inteligência artificial estão se tornando uma realidade imparável para todos os campos da atividade humana; (ii) que essa avalanche tecnológica alterou substancialmente as relações estabelecidas na sociedade, gerando a chamada Sociedade em Rede ou a “algoritmização da vida”; (iii) que a forma como a justiça é analisada e administrada também vem sofrendo profundas mudanças com a utilização de sistemas inteligentes que podem atuar como profissionais da justiça ou auxiliá-los no sistema de tecnologia TAR, ou mesmo estabelecer preditores de cenários para definir um roteiro em ações judiciais em geral (empresarial, administrativa ou judicial), no mal denominado sistema de justiça preditiva.

Também pudemos constatar que o assunto não parece estar devidamente regulado, havendo por parte da União Européia uma tentativa de realizar uma regulamentação ética para conquistar a confiança nos sistemas de inteligência artificial, como é o caso de outros países, como Brasil e Canadá, sem sucesso até o presente momento.

A discussão é tão rica em pontos de inflexão quanto a inteligência artificial é rica em pontos de inflexão quanto rica

é a inteligência artificial e seus diferentes campos de aplicação e, portanto, é imperativo abordar a questão ética do uso desses sistemas especificamente na profissão de advogado.

Neste caso, existe de facto a necessidade de um modelo deontológico e disciplinar para regular o seu emprego, pois quando tratamos de questões relacionadas com o seu emprego na Administração Pública, parece claro que devemos obedecer a um enquadramento legal e não a princípios éticos, especialmente devido ao princípio da legalidade consagrado em quase todos os sistemas jurídicos.

Para além desta obrigação de submissão à lei que se extrai do princípio da legalidade, vinculativa para o Poder Público, a utilização de ferramentas de inteligência artificial nos domínios da advocacia deve obedecer a parâmetros deontológicos.

É neste ponto que entendemos que o problema fundamental tem sido mal levantado pelos sistemas de justiça em geral, pois as atividades de busca, classificação e tratamento de jurisprudência para fins de assessoria jurídica requerem a orientação técnica de um advogado, o que implica no mesmo regime deontológico e disciplinar de qualquer outra atividade exercida por estes profissionais.

Nesse sentido, a nossa primeira conclusão é que as empresas do *Law Tech* e do *Legal Tech* com indistinção do serviço prestado, quer aconselhando advogados, quer com a elaboração de contratos e atas por sistemas de aprendizagem automática, a

classificação de documentos juridicamente relevantes utilizando *data mining* e outras funções do advogado, devem estar sujeitas à obrigatoriedade de inscrição no Colégio Profissional correspondente, no caso do ordenamento jurídico espanhol e nas Ordens dos Advogados, no caso de Brasil e Portugal, por exemplo.

Esta obrigação não é baldia, uma vez que decorre, na Espanha, por exemplo, do conteúdo do art. 1º da Lei nº 2, de 15 de março de 2007, sobre as sociedades profissionais (LSP), que define que tais sociedades terão essa consideração sempre que o seu objeto social seja o exercício conjunto de uma atividade profissional.

Com efeito, atendendo à atual regulamentação da matéria em Espanha, sustentamos que independentemente de se tratar de atividade especificamente de advocacia ou de assessoria jurídica, ou mesmo simplesmente de recolha de dados estatísticos, o trabalho desenvolvido pelas Law Tech implica necessariamente uma atividade jurídica cujo âmbito está incluído nas atribuições dos advogados, o que acarreta a incidência do art. 1º da LSP, independentemente da exclusividade reivindicada pelo art. 2º da referida regra, já que assim autoriza o art. 3, que inclui a possibilidade de obrigação de dupla filiação.

Por colegiação, entende-se nos termos da LSP o registro na Ordem dos Profissionais pertinente, no nosso caso o Colégio de Advogados (correspondente à Ordem dos Advogados) e em alguns casos até no Colégio de Procuradores (Ordem dos Solicitadores), desde que determinado pelo art. 8, 4 da LSP¹⁴⁶⁷.

Relativamente ao regime disciplinar, o artigo 9.º do LSP determina que a sociedade profissional e os profissionais que nela atuam exercerão a atividade profissional que constitui o objeto social de acordo com o regime deontológico e disciplinar da respetiva atividade profissional, o que implica a sua sujeição às normas deontológicas da profissão.

Nesse sentido, entendemos que a regulamentação dessas normas éticas na forma como os organismos europeus atualmente se propõem é totalmente equivocada, uma vez que ignora o poder disciplinar e autônomo de regulação das associações profissionais, às quais o mesmo não pode ser imposto. para as autoridades judiciais, dada a sua natureza especial e regime jurídico.

Com efeito, a conclusão necessária e lógica é que enquanto as associações profissionais não assumirem a vanguarda na regulamentação da utilização dos sistemas de IA no domínio profissional, bem como o tratamento dos dados

¹⁴⁶⁷ Reflete, assim a aceitação e implantação relativamente generalizada desses recursos vão determinar as bases do colegiado para regulamentar o uso de IA do ponto de vista deontológico, bem como tentando estudar os efeitos da exclusão digital e os mecanismos de

transição tecnológica entre os profissionais da advocacia. Veja-se: <https://www.oabrs.org.br/processoeletronico/noticias/advocacia-e-indispensavel-na-era-digital-lema-comite-oabrs/41234>.

profissionais e (ou) pessoais das autoridades administrativas e judiciais, podem estar sujeitos a imposições estatais autoritárias e violações do livre exercício da profissão, como a situação descrita acima na França, onde se partiu de uma desregulamentação absoluta para uma proibição absoluta, que entendemos ser incompatível com o Estado de Direito e o princípio da transparência da Administração Pública. Liberdade esta que não pode ser exercida sem qualquer limitação.

Por este motivo, urge que as associações profissionais, neste caso os Colégios de Advogados e o Conselho Geral da Advocacia Espanhola, estabeleçam um conjunto de normas deontológicas para a aplicação da inteligência artificial no exercício da advocacia.

A questão é transcendental, pois a nível de responsabilidade profissional, eventuais erros nos sistemas de inteligência artificial podem ter reflexos em vários procedimentos e gerar responsabilidades em diferentes esferas. Neste sentido, aceitar que a responsabilidade recai exclusivamente sobre o profissional e não sobre um serviço jurídico não supervisionado ou regulamentado, corresponde a expor não só os cidadãos, mas também toda a classe profissional a riscos desnecessários.

Neste sentido, reafirmamos que a competência para regular eticamente o uso de novos meios de inteligência artificial na profissão jurídica recai, no caso espanhol, no Conselho Geral da Advocacia Espanhola, mas com absoluto respeito das competências dos Conselhos Autônomos e Colégios de Advogados a quem corresponde ordenar o exercício profissional nas áreas territoriais que lhe são próprias.

Assim, se garante e se obriga que as empresas *Law Tech* devam atuar e cumprir sua missão de acordo com a mesma agenda deontológica que norteia a profissão de advogado e, por outro lado, é imposta uma regulamentação ética capaz de garantir a confiabilidade profissional e social nestes mecanismos.

No que diz respeito à inteligência artificial, *data mining*, tecnologias TAR e todos os outros mecanismos tecnológicos que estão a ser desenvolvidos, entendemos que os Colegios de Advogados e Ordens dos Advogados devem também se modernizar e atualizar, elaborando uma verdadeira agenda regulatória, ética e tecnológica face aos desafios que devem afrontar, para além da falsa pretensão estabelecida no eixo 3, Objetivo 1, Meta 78 do Plano 2017 para os Advogados Espanhóis até 2020¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁸ Ao longo do documento, a única referência à inteligência artificial está na meta 78 do plano, que se resume à defesa de direitos diante das transformações: “M78 Modelos de proteção e defesa de direitos diante das transformações científicas. A sociedade é produzindo uma revolução técnico-científica de alcance

imprevisível. Os rápidos avanços na manipulação genética, neurociência, inteligência artificial ou biotecnologia afetam diretamente os direitos básicos dos cidadãos e a prática profissional. A Advocacia deve estar na vanguarda da análise da relação entre ciência e direito, pois ao analisar o impacto do progresso

Neste sentido, o que se exige das Associações Profissionais dos diferentes países (Colégios e Ordens Profissionais) é, em primeiro lugar, coragem para exigir que as empresas do *Law Tech* e as que prestam serviços jurídicos semelhantes sejam obrigadas a se registrar e a ter um grupo de profissionais realmente preparados que orientem jurídica e eticamente seus serviços, incorporando suas atividades ao regime ético e disciplinar da profissão de advogado.

Por outro lado, se reclama a ordenação do emprego das referidas tecnologias, proibindo o uso de informação sensível de cidadãos, da Administração Pública, bem como impedindo a elaboração de perfis profissionais de juízes, magistrados e demais profissionais, visto que não obstante a protecção de dados da Administração Pública não esteja sendo violada, os dados pessoais e os direitos

da personalidade dos profissionais de justiça eventualmente podem ser conculcados, como o direito à personalidade argumentativa, autonomia e liberdade¹⁴⁶⁹.

Tal perspectiva supõe uma inegável necessidade de modernizar os Estatutos Deontológicos da Advocacia, suscitando discussões com relação à possibilidade de que esta regulação poderia ser realizada de forma individual pelos distintos Colégios em seu âmbito territorial ou se depende de forma exclusiva do Conselho Geral da Advocacia Espanhola.

Na nossa visão, a resposta à questão no ordenamento jurídico espanhol se encontra plasmada no Estatuto Geral da Advocacia Espanhola, cujo artigo 4 determina a competência dos Colegios de Advogados em seu âmbito territorial para:

h) Ordenar a actividade profissional dos associados, zelando pela

científico nas futuras regras do jogo, podem ser identificados setores jurídicos e ramos profissionais que requerem maior atenção e desenvolvimento para a defesa e protecção efetiva dos direitos e liberdades. O Conselho Geral organizará ações de formação e especialização, em colaboração com centros de investigação científica, para conhecer estas mudanças e contribuir para que se enquadrem num sistema dinâmico e eficaz de direitos e liberdades”.

¹⁴⁶⁹ Atualmente estão em discussão os reflexos do big data nos novos direitos de personalidade e identidade. Se trata de um dos aspectos mais polêmicos desta discussão, já que alguns autores argumentam que não há direito à identidade argumentativa e que também não há direito fundamental de acesso, após analisar a evolução histórica da Segunda Guerra Mundial como enquadramento, chega ao conceito de

revolução tecnológica da era digital e descreve os principais paradigmas da tecnologia moderna. Considera como a primeira delas a informação como base de trabalho dessas tecnologias; como segundo paradigma, a capacidade de penetrar nos efeitos das novas tecnologias, configurando a existência humana por meio dos meios tecnológicos; como terceiro aspeto, destaca a lógica de interconexão de todo o sistema de tecnologia, ou seja, a interoperabilidade entre esses recursos; Como quarto ponto relevante (diretamente relacionado ao terceiro), a flexibilidade, que significa a reversibilidade e possibilidade de modificação, adaptação e recriação dos recursos digitais por meio do rearranjo dos seus componentes e, por fim, a crescente convergência de tecnologias específicas de forma altamente integrada sistema, de comunicação.

formação profissional, pela ética e dignidade e pelo devido respeito pelos direitos das pessoas; exercer o poder disciplinar na ordem profissional e colegial; redigir os seus Estatutos particulares e respectivas modificações, submetendo-os à aprovação do Conselho Geral dos Advogados Espanhóis; elaborar e aprovar o seu próprio regimento interno, sem prejuízo da sua aprovação pelo Conselho Geral, e demais acordos para o desenvolvimento das suas atribuições

(...)

k) Adotar as medidas que favoreçam e reprimam a intrusão profissional.(nossa tradução)

Por outro lado, o artigo 68 do Estatuto determina que compete ao Conselho Geral dos Advogados Espanhóis ordenar o exercício profissional dos advogados, bem como redigir o Estatuto Geral dos Advogados Espanhóis, aparentemente determinando que se trata de uma competência concorrente.

Entendemos que a competência recai sobre ambas as instituições, desde que seja exercida no âmbito local, no caso dos Colegios Profissionais ou no caso de questões com transcendência em todo o Estado, a competência recairá sobre o Conselho Geral dos Advogados.

Em qualquer caso, urge a adoção de medidas não só para regular a atividade das *Law Tech* e zelar pelos interesses dos advogados, dos cidadãos e da Administração da Justiça como um todo, mas também para regular o

exercício do Direito nestas novas modalidades, reforçando a consolidação da advocacia com vistas a um futuro em que a exclusão digital não implique nenhum obstáculo ou desigualdade para o exercício ético e eficiente da advocacia, função essencial ao funcionamento da Justiça.

5. MEDIAÇÃO, JUSTIÇA BASEADA EM DADOS E RETOS PARA OS ADR

O problema do acesso à justiça não afeta apenas o contexto jurídico, mas sim a própria noção de cidadania dentro de um regime democrático, pois se reflete na exclusão de parte dos sujeitos do processo de conhecimento das instâncias em que se enquadram os o Estado de Direito, que se reflete em todos os níveis, gerando o que Nancy Fraser chama de *misrepresentation*, haja vista o grau de tridimensionalidade assumido pela autora ao tratar da justiça, incluindo em seu conceito as representações sociais, econômicas e políticas da Justiça¹⁴⁷⁰.

Isso não implica desacreditar as instituições, mas sim buscar o marco democrático para repensar a justiça no marco da vida democrática, adotando a decisão sobre a melhor forma de romper as barreiras impostas pela deficiência na prestação desse serviço público e pela cultura de conflito que vivemos nas sociedades de hoje.

Nancy Fraser argumenta que o marco para a garantia do acesso à justiça consiste em considerar todos aqueles que estão sujeitos a uma dada

¹⁴⁷⁰ FRASER, Nancy. *Escalas de Justicia* 'software'

estrutura de governança como estando em posição moral de serem sujeitos da justiça em relação a tal estrutura¹⁴⁷¹, posição que continua apresentando uma posição conflitante, com relação à justiça.

Este é realmente um problema que deve ser enfrentado pela justiça transformada, que inclui o cidadão como centro de suas decisões e está aberta à participação cidadã. Já tratamos desse assunto em trabalhos anteriores¹⁴⁷² e o que um estudo da atual conformação de nosso sistema judiciário deixa claro é que as mudanças que se processaram não foram para além de um processo de digitalização, mas os temas de governança e inclusão cidadã permanecem pendentes.

Para que tal processo de mudança possa ser levado a efeito é fundamental a adoção de meios que permitam ao cidadão conhecer e deliberar sobre os meios mais

adequados para a resolução dos seus litígios, decisão que seguramente não passará pela mediação se o sistema judicial continuar a apostar na cultura do conflito e nas promessas da justiça social do constitucionalismo – e agora do constitucionalismo cosmopolita¹⁴⁷³.

Ou seja, mais do que convencer os justiciáveis dos benefícios da adoção dos ARD e ODR, cabe ao Estado implementar ferramentas capazes de demonstrar às partes quais são realmente seus direitos e obrigações e informá-las sobre o direito dos tribunais (a jurisprudência) que é parte integrante do direito de acesso à informação, para implementar uma cultura de paz e gestão não adversarial de conflitos e, em segundo lugar, estabelecer um sistema multiportas que se baseia na informação e cultura, de forma a permitir ao cidadão escolher o método de resolução que melhor se adapte às suas necessidades¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷¹ Ídem, p. 126.

¹⁴⁷² 'hardware' *Transformación Digital de la Administración de Justicia: viejos paradigmas, nuevos horizontes*. Ed. Colexadoção La Coruña, 2021.

¹⁴⁷³ O constitucionalismo cosmopolita é uma corrente do constitucionalismo defendida especialmente por Luigi Ferrajoli, com características de um projeto normativo transformador atuais FERRAJOLI, Luigi. *proteção*. Madrid: Trotta, 2018.

¹⁴⁷⁴ Esta tendência é evidente e analisada de uma perspectiva histórica muito interessante Mesmo as entidades públicas passaram a deter uma enorme quantidade de informação sobre as pessoas, suas aptidões, qualidades, cotidiano, domicílio, situação econômica e os diversos aspectos pelos quais se desenvolve a vida social e política das pessoas, razão pela qual por BARONA VILAR, Silvia. "Fomento de las ADR en

España: hacía un modelo de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivizaciónA existência desta quantidade massiva de dados e a necessidade de processá-los, resultou na criação de motores capazes de processar a referida informação para servir a diversos fins. Mas o verdadeiro avanço dessas tecnologias ocorre quando esses "motores" simplesmente deixam de funcionar como meros mecanismos de busca, processamento e classificação e passam a conseguir interpretar, catalogar de forma autônoma e criativa e também interagir com esses dados: quando surgem as chamadas inteligências artificiais, cujos modelos de atuação, além da ótica". *Conforme a "Enciclopédia de Inteligência Artificial", Inteligência Artificial (daqui IA) corresponde a um campo da ciência e da engenharia que trata da compreensão, do ponto de vista computacional, do que comumente se denomina*

Ao contrário, parte da doutrina, representada especialmente por de la Oliva Santos, defende que a demanda por justiça é perfeitamente legítima e não deve ser ignorada ou desconsiderada. E é ignorada quando ao invés de se preocupar com mais e melhores recursos humanos e meios materiais para a Justiça, o Estado reage principalmente promovendo alternativas ¹⁴⁷⁵, insinuando que a consolidação do modelo jurisdicional em detrimento do sistema multiportas é a solução mais viável para o desenvolvimento do serviço público de justiça.

Não concordamos com esta posição, em primeiro lugar porque ao lado do direito à tutela jurisdicional efetiva coexiste a restrição imposta pela limitação orçamentária ¹⁴⁷⁶ e a necessidade de eficiência e melhoria na gestão do serviço público de justiça, o que requer a compreensão de três tipos de pontos de vista sobre a necessidade de dotar o sistema de justiça como um todo com celeridade, eficiência e segurança.

Esses pontos de vista são sintetizados pela já citada Nancy Fraser em três perspectivas fundamentais da justiça, constituindo uma teoria tridimensional, sendo a primeira delas a posição econômica, que leva em consideração as reivindicações do

mercado e a capacidade financeira do Estado; a segunda é a valorização social, pois o serviço público de justiça existe pelo e para o cidadão e, por fim, a dimensão política, na qual se reivindica a representatividade das demandas por justiça e um modelo capaz de superar a crise e as tensões geradas pela *misrepresentation* ¹⁴⁷⁷.

Também é verdade que os ODRs e ADRs não são e não podem ser considerados desculpas para a real incapacidade do Estado para resolver todos os conflitos que se estabelecem no seio da sociedade, mas também é verdade que estes problemas surgiram quando a justiça se tornou o cenário para resolver todo e qualquer problema social.

Por isso, mais do que investir na ampliação do quadro de funcionários do Judiciário, que já é bastante numeroso, é preciso refletir sobre formas de garantir o mesmo acesso à tutela jurisdicional efetiva ou ao direito fundamental à justiça, sem pensar que a única solução viável opção é o litígio, o que não implica limitar o acesso aos tribunais no exercício do direito de ação.

Já nos referimos à necessidade de implementação de critérios de governação e utilização da informação disponível em arquivos públicos para concretizar a chamada administração transformada, neste caso a

comportamento inteligente. Também lida com a criação de Seqüência, N.º 51, dezembro de 2005, pp. 169-201.

¹⁴⁷⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”. *Revista Otrosí*, N.8, outubro-diciembre 2011. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, p.8.

¹⁴⁷⁶ RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. “Jurisprudencia constitucional y Derecho Presupuestario. Cuestiones resueltas y temas pendientes”. *num conceito mais simples, define*. N. 44, año 1995, p. 15 y ss.

¹⁴⁷⁷ FRASER, Nancy. *Escalas de Justicia*. Ed. Herder, Barcelona, 2008, p. 41 y ss.

Administração de Justiça Transformada e os elementos estatísticos para avaliação dos cenários dessa transformação. residem naqueles referentes aos arquivos judiciais eletrônicos e à documentação eletrônica que os constituem.

Tais elementos podem e devem ser a matéria-prima que sustentará a construção e consolidação deste sistema de justiça multiportas, onde se encontram as múltiplas opções que os cidadãos encontram na gestão, solução e resolução de conflitos. É por isso que aparecem múltiplas fórmulas que deram lugar a uma Justiça com múltiplas portas, que foi chamada de *multi-door-Justice System*¹⁴⁷⁸.

O referido sistema é constituído pelos diversos métodos de resolução de litígios, que se podem considerar comparativamente entre si como mais ou menos adequados para a resolução do conflito de interesses suscitado entre dois ou mais sujeitos, ou mesmo em cenários de confusão de interesses numa mesma personalidade jurídica.

Torres Osorio elenca os meios de resolução de conflitos autocompositivos e heterocompositivos, incluindo mediação, conciliação e negociação no primeiro grupo, enquanto os heterocompositivos seriam o processo

judicial e a arbitragem, métodos que estão evoluindo para permitir a resolução de conflitos. online, por meio de ODR (*online dispute resolution*)¹⁴⁷⁹, que surgem para atender a demanda por métodos mais ágeis e acessíveis, o que impôs um modelo de alteração no referido ADR para adaptação ao novo ambiente digital.

Um bom exemplo disso é a Plataforma de Resolução de Litígios Online, que permite a apresentação de uma reclamação a nível europeu, que inicia uma disputa, exclusivamente em matéria de compras virtuais por parte dos consumidores, em qualquer país da União Europeia. (UE) e em qualquer língua, regulamentado pelo Regulamento 524/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo online¹⁴⁸⁰.

Mais recentemente, foram incorporados nova legislação sobre a matéria, com a Lei 7/2017¹⁴⁸¹, de 2 de novembro, que incorpora ao ordenamento jurídico espanhol a Diretiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativa à resolução alternativa de litígios de consumo, com o objetivo de regular o trabalho das entidades de resolução de litígios em matéria de consumo estabelecidas em Espanha.

¹⁴⁷⁸ BARONA VILAR, Silvia. *Nociones y principios de las ADR*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, p. 27.

¹⁴⁷⁹ A nível europeu, recorde-se que o Regulamento (UE) n. 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução online de litígios para conflitos de consumo e que altera o Regulamento (CE) n.º

2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Regulamento sobre consumidores ODR).

¹⁴⁸⁰ La plataforma de resolución de litigios en línea puede ser consultada en: <https://cutt.ly/Vgjnq6v>.

¹⁴⁸¹ visando proteger as pessoas, o meio ambiente e os demais valores jurídicos fundamentais das nossas sociedades.

Deve ficar claro que nossa proposta não é a utilização desses dados por conciliadores, árbitros e mediadores para impor às partes a solução do conflito, mas sim aproveitá-los como forma prévia e legítima de dar a conhecer às partes suas expectativas e o carregamento de suas ações, permitindo mais informações e uma melhor escolha neste sistema multiportas.

6. ALGUNS APONTAMENTOS RELATIVOS AOS ODR

No que afeta aos Métodos de Resolução de Disputas Online (ODR, sigla em inglês) representam uma alternativa moderna e conveniente para resolver conflitos sem a necessidade de recorrer aos tribunais tradicionais. Esses métodos utilizam tecnologias digitais e plataformas online para facilitar a comunicação e a negociação entre as partes envolvidas em um litígio.

Na União Europeia, a regulação dos ODR é abordada principalmente pelo Regulamento (UE) n.º 524/2013, que estabelece uma plataforma online para resolução de litígios entre consumidores e comerciantes. Essa plataforma visa proporcionar um meio eficaz e acessível para resolver disputas decorrentes de transações comerciais online, permitindo que os consumidores apresentem reclamações sem a necessidade de recorrer a procedimentos judiciais.

Embora os ODR ofereçam certas vantagens, como conveniência, rapidez e redução de custos, também apresentam desafios significativos que

podem vulnerar os direitos fundamentais e o acesso à justiça dos cidadãos.

Um dos principais impactos negativos dos ODR é a falta de transparência e de garantias processuais. Em muitos casos, as plataformas de ODR operam com regras próprias e procedimentos padronizados, que podem não oferecer as mesmas proteções legais e direitos processuais garantidos pelos sistemas judiciais tradicionais. Isso pode resultar em assimetria de poder entre as partes e em decisões arbitrárias ou injustas.

Uma das principais preocupações é a falta de transparência e previsibilidade nos procedimentos de ODR. Ao contrário dos tribunais tradicionais, onde as regras processuais são estabelecidas por lei e seguem princípios jurídicos bem estabelecidos, as plataformas de ODR muitas vezes operam com regulamentos próprios e procedimentos padronizados, que podem não ser claros ou acessíveis para as partes envolvidas. Isso pode resultar em assimetria de poder entre as partes, com uma delas possivelmente se beneficiando de uma compreensão mais profunda das regras do processo.

Além disso, a falta do estabelecimento garantias processuais adequadas nos ODR pode levar a decisões arbitrárias ou injustas. Sem a supervisão de um juiz imparcial e a aplicação rigorosa das regras de evidência e procedimento, as partes podem não ter a oportunidade de apresentar adequadamente seus argumentos ou contestar as alegações feitas contra elas. Isso pode minar a

confiança no processo de resolução de disputas e nas decisões resultantes.

Outra preocupação é a proteção dos direitos das partes durante o processo de ODR. Isso inclui o direito a um julgamento justo, o direito à igualdade perante a lei e o direito de ser ouvido. Sem garantias processuais robustas, esses direitos fundamentais podem ser comprometidos, especialmente para grupos vulneráveis ou menos familiarizados com o uso da tecnologia, que podem enfrentar dificuldades adicionais para se fazerem ouvir e compreender os procedimentos.

Para abordar essas preocupações, é fundamental que os ODR sejam regulamentados de maneira a garantir a proteção das garantias processuais e dos direitos fundamentais das partes. Isso pode incluir a adoção de padrões mínimos de procedimento, a transparência dos processos de tomada de decisão, a imparcialidade dos mediadores ou árbitros envolvidos e o acesso a recursos efetivos para contestar as decisões injustas. Além disso, é importante fornecer às partes informações claras e acessíveis sobre seus direitos e responsabilidades durante o processo de ODR, garantindo assim uma participação equitativa e informada de todas as partes envolvidas.

Outrossim, a digitalização dos processos de resolução de disputas pode excluir grupos vulneráveis que não têm acesso ou habilidades para utilizar as tecnologias necessárias. Isso pode agravar as disparidades socioeconômicas e dificultar o acesso à justiça para aqueles que mais precisam.

Embora os Métodos de Resolução de Disputas Online (ODR) ofereçam potencialmente uma maneira eficiente e acessível de resolver conflitos, é importante reconhecer que sua utilização pode acarretar perigos específicos para grupos vulneráveis. Esses grupos podem incluir pessoas com deficiência, idosos, minorias étnicas, imigrantes, pessoas de baixa renda e outros que possam enfrentar barreiras adicionais ao acesso à justiça.

Um dos principais desafios enfrentados por grupos vulneráveis na utilização dos ODR é a falta de acesso à tecnologia e à internet. Muitas pessoas em situação de vulnerabilidade podem não ter os recursos necessários, como dispositivos eletrônicos ou conexão à internet estável, para participar efetivamente de processos de resolução de disputas online. Isso pode resultar em sua exclusão dos benefícios oferecidos pelos ODR e perpetuar ainda mais a desigualdade de acesso à justiça.

Além disso, a falta de habilidades digitais pode representar uma barreira significativa para grupos vulneráveis. Pessoas idosas, por exemplo, podem ter dificuldade em compreender e utilizar as plataformas de ODR, enquanto imigrantes podem enfrentar obstáculos devido a barreiras linguísticas ou culturais. Essa falta de familiaridade com a tecnologia pode tornar mais difícil para esses grupos entenderem e participarem efetivamente dos procedimentos de resolução de disputas online, prejudicando assim sua capacidade de buscar justiça.

Outra preocupação é a possibilidade de discriminação

algorítmica ou viés nos sistemas de ODR. Algoritmos e inteligência artificial podem ser utilizados para tomar decisões em alguns processos de resolução de disputas online, e esses sistemas podem inadvertidamente perpetuar preconceitos e discriminações contra grupos vulneráveis. Isso pode resultar em decisões injustas ou desproporcionais que prejudicam esses grupos de maneira desproporcional.

Além disso, a falta de proteção de dados pessoais nas plataformas de ODR pode representar um risco significativo para a privacidade e segurança dos grupos vulneráveis. Informações sensíveis compartilhadas durante o processo de resolução de disputas online podem ser expostas a violações de segurança ou uso indevido por terceiros, aumentando assim a vulnerabilidade desses grupos a abusos e exploração.

Para mitigar esses impactos negativos, é fundamental que os ODR sejam desenvolvidos e implementados levando em consideração as necessidades e preocupações específicas dos grupos vulneráveis. Isso inclui a promoção de políticas que garantam o acesso equitativo à tecnologia e à internet, a implementação de medidas para proteger contra discriminação algorítmica e viés, e o fortalecimento das salvaguardas de privacidade e proteção de dados pessoais. Somente assim podemos garantir que os ODR sirvam como uma ferramenta eficaz e inclusiva para o acesso à justiça para todos os membros da sociedade.

Outra preocupação é a privacidade e a proteção de dados pessoais nas plataformas de ODR. O compartilhamento de informações sensíveis durante o processo de resolução de disputas online pode expor as partes a riscos de violação da privacidade e de uso indevido de seus dados por terceiros.

Além disso, a falta de supervisão e controle público sobre as plataformas de ODR pode comprometer a qualidade e imparcialidade das decisões, minando a confiança no sistema de justiça como um todo.

Portanto, é essencial que os ODR sejam regulamentados de forma adequada para garantir a proteção dos direitos fundamentais e o acesso à justiça para todos os cidadãos. Isso inclui a implementação de salvaguardas legais, garantindo a transparência e a equidade dos procedimentos, bem como o respeito pelos princípios fundamentais do devido processo legal e da proteção de dados pessoais.

Neste ponto, cabe ponderar sobre algumas questões de índole processual. Neste mister, cabe aclarar que se bem os Métodos de Resolução de Disputas Online (ODR) representam uma abordagem moderna e inovadora para lidar com conflitos, oferecendo benefícios como conveniência e eficiência, também podem oferecer riscos relacionados com a merma das garantias processuais dos envolvidos no procedimento. Por isso, é essencial destacar algumas questões processuais críticas que merecem atenção cuidadosa para garantir a equidade e a

justiça nos processos de resolução de disputas online.

Uma das questões fundamentais diz respeito à executividade dos acordos alcançados por meio dos ODR. Embora seja verdade que os ODR podem facilitar a negociação e o acordo entre as partes, é crucial garantir que esses acordos sejam executáveis e vinculativos. A falta de clareza ou garantias nesse sentido pode minar a confiança no processo de resolução de disputas online, levando as partes a questionarem a eficácia e a validade dos acordos alcançados.

Outro ponto crítico é a questão da independência das partes vulneráveis em relação às plataformas de ODR. É importante assegurar que as partes envolvidas em disputas online tenham acesso a um processo justo e imparcial, livre de influências externas ou vieses. No entanto, a dependência das partes em relação às plataformas de ODR para facilitar a resolução do litígio pode levantar preocupações sobre a imparcialidade do processo. Garantir a independência das partes e a neutralidade do facilitador do ODR é essencial para preservar a integridade e a equidade do processo.

Por último, mas não menos importante, é preciso considerar a possibilidade de renúncia de direitos por parte dos consumidores durante o processo de ODR. Embora a agilidade na resolução de disputas seja um objetivo legítimo, é fundamental garantir que as partes não sejam coagidas ou pressionadas a renunciar a seus direitos fundamentais apenas para alcançar uma solução rápida. A renúncia de direitos deve ser um ato voluntário e

informado da parte, e não uma condição prévia para a resolução do litígio. Qualquer tentativa de induzir as partes a renunciar a seus direitos de forma injusta ou desproporcional deve ser estritamente proibida e punida conforme a legislação aplicável.

Em resumo, embora os ODR ofereçam muitas vantagens, é essencial abordar e resolver questões processuais críticas para garantir que esses métodos sejam eficazes, justos e equitativos para todas as partes envolvidas. Isso requer uma regulamentação adequada, garantindo a executividade dos acordos, a independência das partes e a proteção dos direitos fundamentais dos consumidores durante todo o processo de resolução de disputas online.

7. À GUIA DE CONCLUSÕES

Como já referimos no início deste trabalho, pretende-se apontar o caminho que consideramos adequado para o desenvolvimento e aplicação de normas de regulação dos sistemas de inteligência artificial no âmbito da advocacia, das ADR e dos ODR permitindo a modernização da profissão e o respeito pela pessoas e instituições.

Para isso, tivemos em consideração algumas questões fundamentais, como a distinção entre o uso estatístico de informação jurisprudencial para estabelecer um sistema de previsão de sentenças judiciais denominado por algumas tecnologias de justiça preditiva e ADR, que podem ser utilizadas de diferentes perspectivas na profissão.

Nesse sentido, partindo do pressuposto de que o uso dessas tecnologias no campo profissional da advocacia passa pelo tratamento de dados públicos, essencialmente em bancos de dados do Poder Judicial e ao mesmo tempo de dados privados, investigamos quem seria o concorrente para regular o uso dessas tecnologias disruptivas no entorno jurídico, constituído, entre outros, pela advocacia.

Esta análise nos colocou frente ao sistema ético que a CEPEJ pretende estabelecer, com a utilização de uma Carta de Ética, que se baseia em escalas para verificar se um sistema de IA é de fato ético ou não e se cumpre os requisitos insculpidos na própria Carta.

Examinando seu conteúdo e verificando a completa ausência de competências por parte da União Europeia para estabelecer estes critérios a nível interno nos EM, já que não detém competências para legislar sobre a forma e a organização das instituições nos Estados-membros e menos para regular o exercício da profissão de advogado, concluímos que o instrumento idealizado pela UE neste momento carece de qualquer efeito normativo, pelo que questionamos como se regularia o respeito a uns princípios éticos na utilização da IA no exercício da profissão de advogado.

Nesse sentido, por tudo quanto examinado, pudemos concluir que, por se tratar de uma questão eminentemente ética, intrinsecamente relacionada ao exercício da atividade disciplinar e à regulação deontológica da profissão de advogado, a

competência para o estabelecimento de um marco ético repousa concorrentemente no Conselho Geral dos Advogados e, nas respectivas áreas territoriais, nos Colégios de Advogados.

Assim, sem ânimo de conclusividade, reiteramos, a modo de conclusão, a necessidade urgente de regulamentar os aspectos relacionados à inteligência artificial por, para e em substituição à advocacia, antecipando e evitando limitações autoritárias e excessivas como a proibição absoluta imposta na França ao uso estatístico de dados jurisprudenciais por profissionais e sua divulgação, medida que opinamos desnecessária, ineficaz e restritiva do direito ao livre exercício da profissão.

Portanto, com vistas à defesa dos interesses de todos os advogados e cidadãos, fortalecendo e atualizando o exercício da profissão diante dos desafios da algoritmização, é necessário (i) elaborar um conjunto de metas no novo Plano para o Profissão de Advogado que inclua a inteligência artificial como parte indispensável da atividade profissional; (ii) estabelecer um conjunto de metas para superar a exclusão digital entre profissionais; (iii) regulamentar o tratamento de dados pessoais e dados sensíveis pelas *Law Tech* e (iv) estabelecer o regime ético e disciplinar que deve nortear o uso dessas tecnologias na profissão de advogado.

Ao implementar a regulamentação ética da IA auxiliar (TAR) e do assessoramento autônomo (robôs consultivos), poderemos garantir que não incorreremos nos custos de renunciar a um aspecto regulatório

fundamental do exercício profissional nas próximas décadas, como finalmente aconteceu na França.

Neste sentido e a título de conclusão, urge a implementação de um Planejamento Estratégico para a advocacia do Século XXI, tarefa que implica regular, mas também investigar, educar e inovar, assumindo a vanguarda no processo de implementação da advocacia algorítmica e todas as mudanças que a acompanham.

Por outro lado, no se que se refere à utilização destas tecnologias em processos que utilizam as ADR (ou MASC), cabe destacar a necessidade de uma regulação capaz de abarcar de forma satisfatória o direito de acesso à informação que concerne ao justicável e um adequado uso e tratamento dos dados pessoais e dos dados públicos no processo.

Sem embargo e sem ânimo de exaustividade, sinalizamos à necessidade de que estes processos se amoldem às exigências do Estado de Direito e aos princípios que regem a cada uma das ADR, sem perder de vista los efeitos processuais envolvidos na utilização de cada uma destas modalidades.

Finalmente, com relação aos ODR, é imperativo reconhecer que estes métodos oferecem uma abordagem inovadora e promissora para a resolução de conflitos, especialmente em um mundo cada vez mais digitalizado. No entanto, é crucial abordar as questões levantadas em relação à executividade dos acordos alcançados, à independência das partes e à proteção dos direitos das partes vulneráveis. A

regulamentação adequada dos ODR é essencial para garantir a equidade, a transparência e o respeito pelos direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Além disso, é importante enfatizar que a regulamentação dos ODR não deve ser vista como uma barreira à inovação, mas sim como uma oportunidade para desenvolver padrões e práticas que promovam a confiança e a eficácia desses métodos de resolução de disputas. Ao adotar uma abordagem equilibrada e holística para regulamentar os ODR, podemos aproveitar ao máximo os benefícios que eles oferecem, ao mesmo tempo em que protegemos os direitos e interesses das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

- ARENDR, Hannah. *La condición humana*. Madrid. Ed. Paidós. 2016.
- BARONA VILAR, Silvia. *Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia*. Rev. Boliviana de Derecho, ISSN-e 2070-8157, Nº. 28, 2019, págs. 18-49.
- BARUH, Lemi; POPESCU, Mihaela (2015). “Big data analytics and the limits of privacy self-management”. New media & society, pp. 1-18. <https://doi.org/10.1177/1461444815614001>
- BLOCH, Ernest. *El pensamiento de Hegel*. 2 Ed. Fondo de Cultura de Mexico. 1983. Disponible en: https://biblioteca.uazuay.edu.ec/opac_css/index.php?lvl&id=39862
- CARMONA CUENCA, Encarnación. *Igualdad Material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista de Estudios Políticos Nueva Época. N. 84 v. 1.

- CASTELLS, Manuel. *La sociedad red*. Alianza Editorial. Madrid: 1997.
- CAYON SOLAR, José Ignacio. “La codificación predictiva: inteligencia artificial en averiguación procesal de los hechos relevantes”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá XI* (2018).
- CORVALÁN, Juan Gustavo. *La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea*. Diario La Ley. 29/09/2017. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/doctrina7747.pdf>.
- CRAWFORD, Kate; METCALF, Jacob. “Where are human subjects in big data research? The emerging ethics divide”. *Big data and society*. (2016) Disponible en: <https://doi.org/10.1177/2053951716650211>
- DESMOULIN-CANSELIER, Sonia; LE MÉTAYER, Daniel. “Algorithmic Decision Systems in the Health and Justice Sectors: Certification and Explanations for Algorithms in European and French Law”. *European Journal of Law and Technology*, 2018, vol. 9, no 3, p. 13.
- FELIPE GÓMEZ, Laureano. *Interoperabilidad en los Sistemas de Información Documental*. Revista Códice. V. 3, nº 1 jun/2007. Ed. Universidad La Salle.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Ed. Biblioteca Nueva. Madrid, 2012.
- HALPÉRIN, Jean-Louis. *Exégese*. Revista de Derecho de Barranquilla. N. 48, 2017. ISSN: 0121-8697.
- HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre el humanismo*. Ed. Alianza. Madrid, 2000.
- _____. *Ser y tiempo*. Ed. Trotta. 3ª Ed. 2018.
- KAI-FU, Lee. *As superpotencias da inteligência artificial*. Ed. Relógio D'Água. Lisboa, 2019.
- KAULR KALRA, Harsimran. *A Review Study on Humanoid Robot SOPHIA based on Artificial Intelligence*. Disponible en: <http://www.ijtc.org/download/volume-4/mar-4/IJTC201803001-20Intelligence-s320.pdf>
- LINANT DE BELLEFONDS, Xavier. *L'utilisation d'un « système expert » en droit comparé*. *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 46, 1994, No. 2, p. 703-718.
- PINO DIEZ, Raúl. *Introducción a la Inteligencia Artificial*. Universidad de Oviedo. Oviedo: 2001.
- RAMIÓ, Carles. *Inteligencia artificial y administración pública*. Ed. Catarata. Madrid: 2019.
- RODRIGUÉZ-ARANA, Jaime. *La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa*. *Revista Misión Jurídica*. n. 6 año 2013.
- SANTOS, Milton. *La naturaleza del espacio*. Ed. Ariel S.A. Barcelona: 2000.
- SAPHIRO, Stuart C. *Encyclopedia Of Artificial Intelligence*. Ed. John Wiley & Sons. Nueva York, 1992.
- SCHWAB, Klaus. *La cuarta revolución industrial*. Ed. Debate, 4ª Ed. Barcelona, 2018.
- SOLOVE, Daniel J. (2013). “Introduction: Privacy self-management and the consent dilemma”. *Harvard law review*, v. 126, n. 7, pp. 1880-1903. Disponible en: http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol126_solove.pdf
- SUÁREZ GONZALO, Sara. *Big social data*. *El profesional de la información*, 2017, marzo-abril, v. 26, n. 2. P. 283-292. eISSN: 1699-2407

- SUÁREZ XAVIER, Paulo Ramón. *Gobernanza, Inteligencia Artificial y Justicia Predictiva: los Retos de la Administración de Justicia ante la Sociedad en Red*. Tesis Doctoral. Universidad de Málaga, 2020.
- SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's lawyers: An introduction to your future*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- VIOLA, Luigi. *Interpretazione della legge con modelli matematici*. Vol. I, 2ª Ed. Ed. Diritto Avanzato. Milán, 2018.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *Conocer el mundo, saber el mundo*. Ed. Siglo XXI. 2ª Ed. 2002, Buenos Aires.
- WOLFGANG SARLET, Ingo. *Los derechos constitucionales en el constitucionalismo contemporáneo*. En PRESNO SERNA, Miguel Ángel. (org.) *Los derechos sociales como un instrumento de emancipación*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2010. P.35-61.

DIREITO À MORADIA EM REPERCUSSÃO GERAL: A DISCUSSÃO SOBRE A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO LOCATÍCIO COMERCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL^{1482 1483}

RIGHT TO HOUSING IN GENERAL REPERCUSSION: THE DISCUSSION ABOUT THE SEIZURE OF GUARANTOR'S FAMILY PROPERTY OF SURETY IN COMMERCIAL LEASING CONTRACT IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT JURISPRUDENCE

Renan Francelino da Silva

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Pesquisador bolsista da Fundação de Amparo a Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco (FACEPE). Pesquisador e Coordenador do Grupo de Estudos do Grupo U.Data - Laboratório de Pesquisas Empíricas em Direito (PPGD-UNICAP). Membro da Clínica de Litigância Estratégica e Interesse Público da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Católica de Pernambuco (ECJ-UNICAP). Brasil, Recife/PE. E-mail: renan.2022603244@unicap.br. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6547830112603497>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3272-0566>.

José Mário Gomes Wanderley Neto

Doutor em Ciência Política e Mestre em Direito pela UFPE. Professor no PPGD da UNICAP. Recife/PE, Brasil. E-mail: jose.gomes@unicap.br.

Alexandre de Paula Filho

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Pesquisador bolsista da Fundação de Amparo a Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco (FACEPE). Professor universitário e de pós-graduações e advogado. Brasil, Recife/PE. E-mail: adepaulafl@hotmail.com.

RESUMO: É possível, à luz da Constituição e da legislação processual, estabelecer limites para a penhora do bem de família em dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação? Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem, ao longo dos anos, reafirmado a predominância da tese em favor da penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de

locação em detrimento do direito fundamental à moradia. Este artigo pretende analisar empírica e qualitativamente a decisão colegiada proferida no Recurso Extraordinário Nº 1.307.334/SP, através de um estudo de caso, com o propósito de compreender os motivos que influenciaram no processo decisório do Supremo Tribunal Federal. Em sede de conclusão,

¹⁴⁸² Artigo recebido em 06/12/2022 e aprovado em 13/04/2023.

¹⁴⁸³ Os autores informam que a pesquisa que deu origem a este artigo foi desenvolvida no Grupo U.Data - Laboratório de Pesquisas Empíricas em Direito (o qual está vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco) - e recebeu o financiamento da Fundação de Amparo a Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco (FACEPE).

identificou-se que o Plenário voltou a analisar a mesma matéria em razão de uma distinção entre a natureza da locação – residencial x comercial – que não fora tema de discussão na jurisprudência clássica, fixando-se novo entendimento, porém em precedente sem natureza vinculante. No julgamento mais recente, foi reafirmado o entendimento sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família pertencente ao fiador de contrato locatício independentemente de sua natureza (residencial ou comercial), notadamente porque a norma infraconstitucional não só prevê a excepcionalidade à impenhorabilidade do bem neste caso, como também não distingue, por questões de isonomia, o fiador seja o contrato residencial, seja comercial.

PALAVRAS-CHAVE: Impenhorabilidade do bem de família; fiador; contrato locatício comercial; processo decisório; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: Is it possible, according to the Constitution and procedural legislation, to establish limits for the seizure of family property in debt resulting from a surety granted in a lease contract? Traditionally, the Supreme Court has, over the years, successively affirmed and reinforced the predominance of thesis in favor of levies of execution upon residential family property of surety of commercial rent contract, to the detriment of the fundamental right to housing. This article intends to analyze empirically and qualitatively the collegiate decision

handed down in Extraordinary Appeal Nº 1.307.334/SP, through a case study, with the purpose of understanding the reasons that influenced the decision-making process of the Supreme Court. In conclusion, it was identified that the Plenary analyzed the same subject again due to a distinction between the nature of the lease – residential x commercial – which had not been the subject of discussion in classical jurisprudence, establishing a new understanding, however in non-binding precedent. In the most recent judgment, the understanding on the constitutionality of the seizure of the family property belonging to the guarantor of the lease agreement was reaffirmed, regardless of its nature (residential or commercial), notably because the infraconstitutional norm not only provides for the exceptionality of the property's unseizability in this case, as it also does not distinguish, for isonomy reasons, the guarantor is the residential contract, or commercial.

KEYWORDS: Immunity from seizure of guarantor's family property, surety; commercial rent contract; decision-making process; Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O Tribunal, por maioria, apreciando o Tema 1.127 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “É constitucional a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação, seja

residencial, seja comercial”, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Plenário, Sessão Virtual de 25.2.2022 a 8.3.2022.

Entre os dias 25 de fevereiro de 2022 e 08 de março de 2022, o Ministro Alexandre de Moraes levou à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) a matéria constitucional discutida no Recurso Extraordinário (RE) 1.307.334/SP, interposto pela parte autora, contra o acórdão proferido pela 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Naquela ocasião, discutia-se, a partir dos artigos 1º, III, 6º e 226, da Constituição Federal, a possibilidade de penhora de bem de família de fiador, dado em garantia de contrato de locação de imóvel comercial, em distinção com a locação residencial, o que afastaria o artigo 3º, VII, da Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família - Lei Nº 8.009, de 29 de março de 1990, e a tese enunciada no Tema de Repercussão Geral Nº 295 do STF, oriunda do RE 612360.

Em julgamento colegiado, o Plenário do STF negou provimento ao recurso extraordinário interposto e estabeleceu a seguinte tese, com o intuito de pacificar o entendimento sobre a matéria discutida e uniformizar a jurisprudência do próprio Tribunal: “É constitucional a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial”.

O conflito em questão, ao qual foi atribuída Repercussão Geral, e a decisão proferida pelo STF, suscitou discussões tanto na esfera doutrinária quanto jurisprudencial (em especial, na Suprema Corte brasileira), no tocante à transgressão do direito constitucional à moradia e ao direito infraconstitucional à impenhorabilidade do bem de família do fiador.

A literatura nacional sobre processo decisório em conflitos envolvendo direito à moradia e contrato locatício aponta para um padrão de comportamento majoritário, no qual o STF tem, ao longo dos anos, reafirmado a predominância da tese em favor da penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação, em detrimento do direito fundamental à moradia.

Essas discussões parecem convergir em algumas problemáticas: é possível, à luz da Constituição e da legislação processual, estabelecer limites para a penhora do bem de família em dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação? Por que motivo, pouco tempo após estabelecidas algumas balizas para a interpretação da questão, o STF teria retomado a discussão? Este artigo pretende analisar empírica e qualitativamente a decisão colegiada proferida no Recurso Extraordinário Nº 1.307.334/SP, através de um estudo de caso, com o propósito de compreender o motivo que influenciou no processo decisório do Supremo Tribunal Federal, tomando como objeto de estudo os principais precedentes - vinculantes ou não - que serviram de fio condutor para

a construção dos entendimentos da Corte no tocante à matéria da penhora do bem de família do fiador em contrato locatício comercial.

Este artigo divide-se em quatro partes. Inicialmente, apresenta-se os aspectos gerais sobre a impenhorabilidade do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da literatura nacional. Em seguida, apresenta-se um panorama do histórico do julgamento de conflitos, em repercussão geral, sobre o bem de família do fiador, no STF e no STJ, a partir das Teses fixadas por cada um dos Tribunais. A terceira parte descreve a metodologia adotada para responder ao problema de pesquisa formulado. Uma vez expostas essas questões preliminares, analisa-se qualitativamente o acórdão do RE 1.1307/SP.

1. BREVE NOTAS SOBRE A (IM) PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A impenhorabilidade do bem de família é um instrumento jurídico, previsto na legislação processual brasileira vigente, que visa proteger o bem imóvel residencial familiar do procedimento executório da penhora¹⁴⁸⁴ e assegurar o direito fundamental à moradia, a dignidade do devedor, o direito deste ao patrimônio mínimo, dentre outros bens juridicamente relevantes.¹⁴⁸⁵

Sua origem ainda é incerta¹⁴⁸⁶⁻¹⁴⁸⁷. Entretanto, a doutrina brasileira parece defender o entendimento de que ela remonta o modelo norte-americano *homestead*¹⁴⁸⁸ e a história do instituto do

¹⁴⁸⁴ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 353.

¹⁴⁸⁵ TOLEDO, André Medeiros; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Proposta de uma possível relativização da impenhorabilidade do bem de família. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 19, n. 2, p. 01 - 47, mai./ago. 2018, p. 6. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.36482>.

¹⁴⁸⁶ PRETEL, Mariana Pretel e. Bem de família: análise da (im) penhorabilidade dos bens que guarnecem a residência do executado sob a ótica da (im) prescindibilidade. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 10 jun. 2010. Disponível em:

http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_Mariana_Pretel&ver=647.

Acesso em 03 ago. 2022. A autora afirma que esse bem é protegido e resguardado por leis de outros ordenamentos jurídicos.

¹⁴⁸⁷ Apesar de o instituto da impenhorabilidade do bem de família encontrar suas raízes no *Homestead Law Exemption Act* (1862), existem

outros diplomas que preveem esse instituto: o canadense, o francês, o italiano, o português, o mexicano, sobretudo o (s) diploma (s) legal (legais) brasileiro. Conf. SILVA, Renan Francelino da. Perspectivas analíticas civil-constitucionais: análise da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial a partir de Ingo Wolfgang Sarlet. In: *Publius 2019: VII Congresso de Direito Constitucional*, 2019.

¹⁴⁸⁸ BATISTA, Fernando Natal. Considerações jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a impenhorabilidade do bem de família legal à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à moradia. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 16, n. 3, p. 179-196, jul./set. 2017, p. 182. Segundo o autor, o *homestead* foi “O antecedente histórico mais significativo, que primeiro normatizou e disciplinou a proteção do bem de moradia familiar, foi o “Homestead Exemption Act”, uma lei texana, datada de 26 de janeiro de 1838, cujo objetivo era proteger a propriedade dos pequenos produtores rurais dos

*bem de família*¹⁴⁸⁹ (objeto sobre o qual recai o efeito da impenhorabilidade) e da proteção conferida a este conferida¹⁴⁹⁰⁻¹⁴⁹¹ no Direito.

Nesse sentido, a doutrina segue o entendimento de que o referido instituto surgiu no Texas, em 1849, no contexto de Pós-Guerra Civil, quando do reconhecimento da independência desse território por parte dos Estados Unidos da América, do Reino Unido, dos Países Baixos¹⁴⁹². À época, o Governo

Federal texano, sob a presidência de Abraham Lincoln, promulgou a *Lei Homestead Act* (ou, como ficou conhecida no país, *Homestead Law Exemption Act*), que visava instituir e distribuir terras para quem se dispusesse a estabelecer-se como colono e pequeno fazendeiro no país no Oeste das terras estadunidenses e proteger tais terras da penhora em decorrência de débitos fiscais¹⁴⁹³.

agentes financeiros, evitando-se, assim, a desocupação territorial daquele ente federativo”.

¹⁴⁸⁹ “O bem de família, na história do direito, é instituição recente, concebida para resolver problemas traumáticos, agudizados por crises econômicas. Surgiu na República do Texas, com a denominação de *homestead*, mediante lei do ano de 1839, logo após sua independência do México e antes de Integrar os Estados Unidos, difundindo-se depois por vários Estados desse país”. Conf. LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, vol. 5, 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 415. Além disso, àquela época, tal lei “declarou isentos de execução fiscal por dívidas as sortes de terras até 50 acres, ou terrenos urbanos”. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família internacional (necessidade de unificação). *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 102, p. 101- 111, 2007, p. 75).

¹⁴⁹⁰ “A Lei do Homestead trouxe, ao lado da impenhorabilidade dos bens domésticos móveis, que foram, primeiramente, objeto de proteção, também a dos bens imóveis. Daí residir, nesta última característica, a originalidade do instituto e o objeto central de sua abrangência”. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família internacional (necessidade de unificação). *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 102, p. 101- 111, 2007, p. 103.

¹⁴⁹¹ COSTA, Rosalina Moitta Pinto da; AZEVEDO JÚNIOR, Manuel Albino Ribeiro. A impenhorabilidade do bem de família à luz do princípio da efetividade da tutela executiva:

análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, p. 958-980, set./dez. 2021, p. 967. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.57706>.

Conforme os autores, “A ideia da proteção do bem de família está bastante atrelada à proteção do mínimo existencial da pessoa, ou seja, àqueles direitos mínimos que qualquer ser humano tem de possuir, inerentes a sua própria qualidade de ser humano, para que então possa crescer e se desenvolver. A moradia é assim reconhecida por nosso ordenamento jurídico como um dos elementos do mínimo existencial”.

¹⁴⁹² POTTER, L. A; SCHAMEL, W. The Homestead Act of 1862. *Social Education*, 6(61), 359-364, 1977. O artigo foi registrado no ARCHIVES, National. *Teaching with Documents: The Homestead Act of 1862*. National Archives and Records Administration, 2010, pp.56-55. <http://www.archives.gov/education/lessons/homestead-act/> (Acessado em: 26 de outubro de 2021).

¹⁴⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil - Vol. V / Atual*. Tânia da Silva Pereira. - 25. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 739. Comentando esse instituto, ele aduz que: “Na Constituição Texana de 1845, o homestead era definido como uma porção de terra pertencente aos chefes de família protegida contra a alienação judicial forçada, por quaisquer débitos contraídos por seu proprietário posteriormente à aquisição da propriedade. O valor não poderia exceder a dois mil dólares e ao tamanho de duzentos acres de

No Brasil, o instituto da impenhorabilidade do bem de família foi inserido no ordenamento jurídico através do Código Civil de 1916¹⁴⁹⁴, em razão da Emenda Constitucional Feliciano Pena. Tal Emenda, que levou à baila congressista a discussão acerca da matéria do *bem de família* e de seus efeitos jurídicos no país, previu os artigos 70 a 73¹⁴⁹⁵ do Capítulo V - “Do Bem de Família”, do Código Civil de 1916 (Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916).¹⁴⁹⁶

terra em área rural, uma vez que ainda não se previa o homestead urbano, o que somente veio a ocorrer muito tempo depois. O proprietário também não podia vender o homestead sem o consentimento da esposa”.

¹⁴⁹⁴ Pode-se dizer que o instituto da impenhorabilidade do bem de família acompanhou o processo evolutivo do direito processual brasileiro a partir do período histórico de independência do Brasil (de 1822). Desse marco, o instituto acompanhou diversos períodos históricos, em especial a transição do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei 1.608, de 13 de setembro de 1939) para o Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹⁴⁹⁵ “Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio. Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completarem sua maioridade. Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado. Parágrafo único. A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se verificar que a solução destas se tornou inexequível em virtude de ato da instituição. Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus

A impenhorabilidade do bem de família, em sua origem, pretendia proteger a família e o instituto familiar: a) afastando o bem imóvel residencial familiar da penhora em decorrência de dívidas executórias (fiscais, por exemplo) e b) garantindo a serventia de tal bem como abrigo para as pessoas que nela residiam¹⁴⁹⁷.

Partindo dessa premissa, o legislador infraconstitucional inseriu, nos artigos 1.711 a 1.722¹⁴⁹⁸ do Código Civil de 2002, o bem de família. Tal

representantes legais. Art. 73. A instituição deverá constar de instrumento público inscrito no registro de imóveis e publicado na imprensa e, na falta desta, na da capital do Estado.” BRASIL. Lei Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acessado em 20 de out. 2021.

¹⁴⁹⁶ SILVA, Renan Francelino da. Perspectivas analíticas civil-constitucionais: análise da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial a partir de Ingo Wolfgang Sarlet. In: *Publius 2019: VII Congresso de Direito Constitucional*, 2019, p. 386-387.

¹⁴⁹⁷ SILVA, Renan Francelino da. Perspectivas analíticas civil-constitucionais: análise da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial a partir de Ingo Wolfgang Sarlet. In: *Publius 2019: VII Congresso de Direito Constitucional*, 2019, p. 387.

¹⁴⁹⁸ Dentre os artigos que tratam do instituto, estes são os mais importantes: “Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial. (...) Art. 1.712. O bem de família consistirá em prédio residencial

medida não se deu apenas para preservar o referido instituto em nosso ordenamento, mas atribuir-lhe uma nova roupagem a fim de atingir a efetividade dos efeitos jurídicos que recaem sobre tal bem.

No entanto, ao fazê-lo, abriu-se duas lacunas: o conceito de bem de família no Brasil e o alcance dos efeitos desse instituto nos bens previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira lacuna se dá em razão de que o Código Civil apenas prevê, de

forma geral, o conceito e as primeiras diretrizes sobre o bem de família *voluntário* (que é um dos tipos do bem de família previstos no ordenamento jurídico brasileiro).¹⁴⁹⁹ Esse bem é instituído por ato de vontade do casal ou de entidade familiar e por meio de registro no Cartório de Registro Público de Imóveis (CRPI)¹⁵⁰⁰, que dá origem a dois efeitos (quando registrado como Bem de Família voluntário): a impenhorabilidade relativa¹⁵⁰¹ e a inalienabilidade relativa.¹⁵⁰²

urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos em domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família. (...) Art. 1.714. O bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis. Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio. Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz. (...)” BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 04 de ago. 2022.

¹⁴⁹⁹

SILVA, Renan Francelino da. Perspectivas analíticas civil-constitucionais: análise da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial a partir de Ingo Wolfgang Sarlet. In: *Publius 2019: VII Congresso de Direito Constitucional*, 2019, p. 397.

¹⁵⁰⁰ Nesse sentido, o bem de família *voluntário* “É um patrimônio especial, que se institui por ato jurídico que natureza especial, pelo qual o

proprietário de determinado imóvel nos termos da lei, cria um benefício de natureza econômica, com escopo de garantir a sobrevivência da família em seu mínimo essencial, como célula indispensável à realização da justiça social”. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 107.

¹⁵⁰¹ Ademais, “[...] a impenhorabilidade é relativa, em dois sentidos: a) seletivamente: só exime o bem da execução por dívidas subsequentes à constituição do bem de família, não podendo ser utilizado o instituto de proteção desta como um vínculo de fraudatário dos credores que já o sejam no momento de seu gravame, e é então requisito de sua validade a solvência do pater famílias. Da mesma forma a impenhorabilidade não se estende as dívidas provenientes dos impostos e taxas condominiais incidentes sobre o próprio imóvel; b) temporariamente: somente subsiste enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem maioridade. Tratando-se de filho maior incapaz, estabelece o art. 1722- CC, perdura o bem de família se existirem filhos sujeitos à curatela”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil - Vol. V / Atual*. Tânia da Silva Pereira. - 25. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 739.

¹⁵⁰² “a inalienabilidade não é absoluta: o bem de família poderá ser alienado, desde que, por meio de requerimento judicial, sejam apresentados motivos relevantes que justifiquem tal decisão, cabendo ao juiz permitir a alienação, após ouvir

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro prevê dois tipos de bem de família, cada qual com o seu próprio regime: coexistem na legislação civil, segundo Gonçalves, duas espécies de bem de família, às quais aplicam-se regimes distintos: a) o voluntário decorre da vontade dos cônjuges, companheiros ou terceiro; e b) o involuntário ou obrigatório resultante da lei: o bem de família legal¹⁵⁰³.

Por outro lado, esse diploma legal não trata especificamente (do instituto processual) do instituto da impenhorabilidade aplicado ao bem de família (*voluntário* ou *legal*).

Em razão da especificidade de matéria, a impenhorabilidade do bem de família também está prevista no inciso VIII do art. 833 do Código de Processo Civil de 2015 (Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015). Trata-se de uma das excepcionalidades ao procedimento da

penhora desse bem¹⁵⁰⁴, que visa assegurar a pequena propriedade rural, assim definida em lei¹⁵⁰⁵, desde que trabalhada pela família.

O bem de família *legal* está previsto e regulamentado na Lei nº 8.009/90 (ou, como ficou conhecida, Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família).

A Lei 8.009/90 prevê o conceito de bem de família *legal* (art. 1º, da Lei 8.009/90) e os efeitos (jurídico-processuais) da impenhorabilidade que recai sobre tal bem (parágrafo único do art. 1º, da Lei 8.009/90).

O art. 1º¹⁵⁰⁶ da referida Lei prevê que o bem de família é considerado o imóvel residencial¹⁵⁰⁷ próprio do casal ou da entidade familiar, ao qual é atribuído o efeito da impenhorabilidade. O parágrafo único do artigo 1º dispõe que a impenhorabilidade compreende

o Ministério Público”. TOLEDO, André Medeiros; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Proposta de uma possível relativização da impenhorabilidade do bem de família. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 19, n. 2, p. 01 - 47, mai./ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.36482>.

¹⁵⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família. 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁵⁰⁴ Tal procedimento está previsto no CAPÍTULO IV (DA EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA), Seção III (Da Penhora, Do Depósito e da Avaliação), Subseção I (Da Penhora), do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁵⁰⁵ Destaque-se, para tanto, o art. 3º, V, da Lei 12.651/12, o art. 4º, II, da Lei 8.629/93, o Estatuto da Terra e as definições do INCRA quanto ao tamanho do módulo fiscal por município (MINAMI, Marcos Youji. Comentários aos arts. 831-853, CPC. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos;

PANTALEÃO, Izabel; GOUVEIA, Lucio Grassi de. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Tomo III. São Paulo, Lualri Editora, 2017, p. 138).

¹⁵⁰⁶ “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.” Conf. BRASIL. Lei 8.009, de 29 de mar. 1990. *Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 05 de ago. 2022.

¹⁵⁰⁷ Nos termos do art. 5º da Lei 8.009/90, é considerada “residência”, para os fins da cláusula de impenhorabilidade, o *único* imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

não apenas o imóvel edificado, como também outros bens que o compõe¹⁵⁰⁸.

Conjugando ambos os dispositivos, pode-se entender que bem de família *legal* é o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, que não responde a qualquer tipo de dívida, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas na mesma Lei.

Por tal razão, a Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família considera bem de família *legal* o imóvel no qual o proprietário e sua família residem (*residência*¹⁵⁰⁹) com animus de permanência (*animus permanendi*¹⁵¹⁰).

¹⁵⁰⁸ “A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.” BRASIL. Lei 8.009, de 29 de mar. 1990. *Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 05 de ago. 2022.

¹⁵⁰⁹ Para compreender o instituto do bem de família *legal* e os efeitos da impenhorabilidade que recaem sobre ele, é importante tratar dos aspectos específicos e gerais sobre a residência no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre isso, conf. SILVA, Renan Francelino da. Perspectivas analíticas civil-constitucionais: análise da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial a partir de Ingo Wolfgang Sarlet. In: *Publius 2019: VII Congresso de Direito Constitucional*, 2019.

¹⁵¹⁰ Para Venoza, essa garantia recai sobre o imóvel, em razão da permanência (*animus permanendi*) de uma moradia para a família. VENOSA. Sílvia de Salvo. *Direito de Família*. 9. Ed. São Paulo; Atlas, 2009. 6v. Busca-se, com isso, preservar o que Gagliano e Pamplona (2015) chamam de “mínimo patrimonial de uma vida digna”. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO

De modo geral e do ponto de vista do direito estritamente material, o bem de família é “o imóvel destinado à moradia da família do devedor, com bens móveis que o guarnecem, que não pode ser objeto de penhora judicial para pagamento de dívida”¹⁵¹¹ que, distinto do bem de família estatuído pelo Código Civil, é imposto pelo próprio Estado, por norma de ordem pública, em defesa da Família.¹⁵¹²⁻¹⁵¹³

No entendimento de Didier Jr., essa proteção é ainda mais ampla. Tomando como base o art. 226, §4º, CF¹⁵¹⁴, estaria dentro da ideia de ‘bem de família’ também o imóvel residido por família monoparental, união estável,

PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional*. 5. Ed. 6v. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁵¹¹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, vol. 5, 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 414.

¹⁵¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direitos Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010

¹⁵¹³ “O estudo do bem de família abrange a manifestação de direitos fundamentais e opções políticas de proteção e guarida que o Estado confere à sociedade, promovendo segurança jurídica e privilegiando princípios como a proteção da dignidade da pessoa humana, da família e da propriedade privada”. Conf. COSTA, Rosalina Moitta Pinto da; AZEVEDO JÚNIOR, Manuel Albino Ribeiro. A impenhorabilidade do bem de família à luz do princípio da efetividade da tutela executiva: análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, p. 958-980, set./dez. 2021, p. 966. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.57706>.

¹⁵¹⁴ Art. 226, § 4º, Constituição Federal: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

união homoafetiva, irmãos que vivem juntos e até mesmo aquele que vive sozinho. “Na verdade, houve uma mudança de compreensão acerca do sentido da proteção: de proteção da família à proteção da moradia, indispensável à preservação da dignidade da pessoa”¹⁵¹⁵. É neste sentido o enunciado de número 364 da Súmula do STJ: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Por assim sê-lo, a impenhorabilidade do Bem de Família corresponde a instrumento jurídico que

visa proteger o direito fundamental à moradia e o direito ao patrimônio mínimo de todos¹⁵¹⁶ por isentá-lo do procedimento executório de dívidas.¹⁵¹⁷ Tal entendimento encontra amparo no que a doutrina chama de Patrimônio Mínimo ou Mínimo Existencial por se tratar de “direitos mínimos que qualquer ser humano tem de possuir, inerentes a sua própria qualidade de ser humano, para que então possa crescer e se desenvolver”¹⁵¹⁸.

Nesse sentido, o art. 833 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) apresenta o rol¹⁵¹⁹ de bens e direitos de propriedade do executado que são

¹⁵¹⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.p. 841.

¹⁵¹⁶ TOLEDO, André Medeiros; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Proposta de uma possível relativização da impenhorabilidade do bem de família. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 19, n. 2, p. 01 - 47, mai./ago. 2018, p. 6. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.36482>.

¹⁵¹⁷ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 353.

¹⁵¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 309.

¹⁵¹⁹ Art. 833. São impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os

montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra. BRASIL. Lei Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

impenhoráveis, ou seja, que não podem ser constritos para pagamento do credor, em atenção ao princípio da menor onerosidade para o devedor.

No entanto, essa regra não é absoluta. Em estudo de lei processual comparada (CPC/1973 x CPC/2015), sustentou-se que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 alterou o regime de impenhorabilidade e, com isso os bens anteriormente intitulados “absolutamente impenhoráveis” (como o salário) tornaram-se (relativamente) “impenhoráveis”¹⁵²⁰.

Dentre os bens cuja impenhorabilidade pode ser relativizada está o bem de família, que, com o passar dos anos, vem sendo alvo de discussões (sobremaneira na esfera jurisprudencial) - que aprofundaremos nos tópicos seguintes deste artigo - por se tratar de um bem protegido nos planos constitucional e infraconstitucional, tendo em vista o direito fundamental e social à moradia, que lhe é intrinsecamente vinculado.

As hipóteses de flexibilização da impenhorabilidade do bem de família estão previstas no já citado art. 3º da Lei do Bem de Família¹⁵²¹. O propósito desta pesquisa é aprofundar em um dos seis incisos vigentes, qual seja o VII, que autoriza a penhora de bem de família “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”, incrementado à Lei 8.009/90 por força de disposição da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91).

De acordo com a redação do referido texto legal, estará disponível ao juízo da execução o bem de família do fiador do contrato de locação. Pela redação legal, essa situação não se dá exclusivamente nos casos em que o fiador oferecer o bem em garantia no contrato mas, a bem da verdade, pela simples fiança - como se extrai do termo “obrigação”, que remeteria a qualquer crédito que decorra da relação jurídica. Também não se limita ao inadimplemento do aluguel, mas de qualquer obrigação inerente ao contrato

2018/2015/lei/l13105.htm . Acessado em 20 de out. 2021.

¹⁵²⁰ BEZERRA, Louise Serrano; GODOY, Pedro Henrique Almeida de. Da impenhorabilidade à penhora parcial de salário: análise comparativa à luz dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015. *Revista FIDES*, v. 11, n. 2, p. 614-632, 2020.

¹⁵²¹ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu

coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015)

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)

(a exemplo de impostos, taxas condominiais e de administração, prêmio de seguro contra incêndio etc.)

A norma visa proteger o direito do locador ao crédito, uma vez que, especialmente nas locações residenciais, provavelmente não se encontrará bens imóveis no patrimônio do locatário. Assim, permite-se centrar na figura do fiador sobre o qual, pela condição de garante da obrigação, tem-se maior expectativa de êxito na constrição patrimonial.

Também analisando a literalidade do texto legal, percebe-se que não há restrição quanto à natureza do contrato de locação, podendo-se flexibilizar a impenhorabilidade tanto para o fiador de locação residencial como para o de locação comercial.

A questão não é simples. A doutrina diverge acerca da própria constitucionalidade ou dos contornos hermenêuticos a serem conferidos ao inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90. Faria e Trujillo, por exemplo, entendem que ao privilegiar o direito de crédito imobiliário em contraposição ao direito à moradia, subverte-se o próprio objetivo constitucional sob o qual se interpreta a referida lei, que é a garantia do mínimo existencial¹⁵²². O fundamento, segundo os autores, é que se insere exceção de conteúdo jurídico exclusivamente contratual em face da instituição do bem de família, cujo alicerce é a dignidade da

pessoa humana, para atender um interesse puro de mercado¹⁵²³.

Como se verá a partir dos próximos tópicos deste trabalho, o debate acerca do alcance da norma em questão não fica só na doutrina, mas tem sido objeto de diversas viradas de entendimento na jurisprudência dos tribunais superiores de nosso país.

2. HISTÓRICO DE JULGAMENTO DE CONFLITOS EM REPERCUSSÃO GERAL SOBRE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS: UMA TRAJETÓRIA TEMATIZADA

No Brasil, o tema da (im)penhorabilidade do bem de família reúne debates em torno do direito material (o bem de família e suas espécies no ordenamento jurídico brasileiro) e processual (a impenhorabilidade do referido bem no mesmo ordenamento) que formam tal instituto.

Como já introduzido, o objetivo da pesquisa ora proposta que se passa a enfrentar a partir deste item é compreender o motivo que influenciou no processo decisório do Supremo Tribunal Federal e na reanálise da trajetória jurisprudencial desta Corte no tocante à matéria da penhora do bem de família do fiador em contrato locatício, dado que existem, ao longo do tempo, decisões divergentes acerca da matéria.

¹⁵²² FARIA; Lucas de Oliveira Faria, TRUJILLO, Elcio. A Súmula 549 do STJ: um ataque à visão constitucional do Direito Civil contemporâneo. *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n. 33, jun. 2018, p. 180.

¹⁵²³ FARIA; Lucas de Oliveira Faria, TRUJILLO, Elcio. A Súmula 549 do STJ: um ataque à visão constitucional do Direito Civil contemporâneo. *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n. 33, jun. 2018, p. 190.

Antes, faz-se importante entender o contexto histórico da jurisprudência dos dois tribunais superiores que vêm interpretando a matéria.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) - enquanto Corte Superior cuja atribuição conferida pela Constituinte de 1988 é de uniformizar a interpretação da lei federal a nível nacional -, tem se posicionado sobre o instituto do bem de família¹⁵²⁴ e sobre o efeito de impenhorabilidade que recai sobre ele¹⁵²⁵. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal - enquanto Suprema Corte brasileira cujo dever conferido pela CF/88 é o de zelar por sua interpretação -, também tem se posicionado sobre o instituto do bem de família e sobre o efeito de impenhorabilidade que recai sobre ele, notadamente quando a discussão tem recaído sobre a hermenêutica de direitos fundamentais, a exemplo do direito à moradia, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana.

Iniciemos analisando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

A edição nº 44 do Jurisprudência em Teses do STJ reúne as teses [ao todo, são 19 (dezenove)] voltadas para o Bem de Família¹⁵²⁶. Tais Teses foram divulgadas pela Secretaria de Jurisprudência da Corte Cidadã após pesquisa na base de jurisprudência do mesmo Tribunal. Dentre elas, estão as Teses de nº 15 e de nº 16 (Quadro 1 - Teses do STJ sobre o Bem de Família), que tratam especificamente da penhora do bem de família do fiador vinculado a um contrato locatício comercial.

O Quadro 1 indica que o STJ vem se posicionando sobre a matéria do Bem de Família e que entende ser legítima e possível a penhora do imóvel residencial pertencente a fiador de contrato locatício, ainda que este instrumento tenha sido pactuado antes da vigência da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91), que acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei n. 8.009/90, que prevê a

¹⁵²⁴ COUTINHO, Mateus Alecrim. *A trajetória do bem de família na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do Brasil: entre a proteção da dignidade e a mercantilização da moradia na Súmula nº 549/2015*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2020. Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Marques. O autor acompanhou a trajetória do referido bem na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a partir da perspectiva da proteção da dignidade da pessoa humana do fiador e da mercantilização da moradia na Súmula 549/2015 do próprio STJ.

¹⁵²⁵ Por se tratar de um direito previsto infra-constitucionalmente, é possível reunir um conjunto de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o bem de família, tanto

voluntário (previsto no Código Civil de 2002) como legal (previsto na Lei 8.009/90).

¹⁵²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Jurisprudência em Teses Nº 44*. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf. Acesso em: 04 de ago. 2022. Tais teses foram apresentadas pela Secretaria de Jurisprudência, através do Jurisprudência em Teses Nº 44, mediante exaustiva pesquisa na base de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, a pesquisa não foi realizada nos repositórios oficiais da jurisprudência deste Tribunal.

impenhorabilidade do bem dessa natureza.

Em 2014, em julgamento pela sistemática de Recursos Repetitivos a partir do Tema nº 708/STJ, o Superior tribunal de Justiça decidiu favoravelmente à penhora do bem do fiador em contrato locatício, contra o disposto no art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90.

Em outubro de 2015, um ano após a fixação do Tema 708, em julgamento de Recurso Especial cuja matéria versava penhora do bem de família em contrato locatício, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça sumulou a questão através do Enunciado nº 549/STJ¹⁵²⁷⁻¹⁵²⁸.

A Jurisprudência do STJ reúne uma série de precedentes envolvendo a penhora do bem de família do fiador em contrato locatício. No entanto, os precedentes que serviram de paradigma e amparo para o tema nº 708 carregam, em sua essência, a possibilidade da

penhora do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, e não residencial.

Dentro desse contexto, visualizava-se uma lacuna e um problema: a qual tipo de contrato se aplica a impenhorabilidade? Ao contrato com fins comerciais ou residenciais? Essa lacuna parece estar inserida no texto do artigo 3º, inciso VII, Lei do Inquilinato - Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 -, que prevê a penhora do bem de família do fiador em contrato locatício, porém não distingue o tipo de contrato ao qual a penhora poderá ser aplicada (se comercial ou residencial).

Com base nisso, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu reanalisar, sob a sistemática dos Recursos Especiais Repetitivos reunidos a partir do Tema nº 1.091, se é possível penhorar o bem de família do fiador, quando dado em garantia em contrato locatício comercial.¹⁵²⁹⁻¹⁵³⁰

¹⁵²⁷ “É válida a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação”.

¹⁵²⁸ Todavia, os julgamentos precedentes, do STJ, tanto o REsp 1.363.368/MG, AgRg no AREsp 624.111/SP; REsp 1.363.368/MS; AgRg no AREsp 160.852/SP; AgRg no AREsp 31.070/SP; AgRg no Ag 1.181.586/PR; e AgRg no REsp 1.088.962/DF, carregam, em sua essência, a possibilidade da penhora do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, e não residencial. Conf. VELOZO, Abílio de Araújo. 1ª turma do STF comete lamentável equívoco em julgamento sobre a possibilidade da penhora do bem de família do fiador na locação comercial. *Migalhas*. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI298909,911041-1+turma+do+STF+comete+lamentavel+equivoc>

o+em+jugamento+sobre+a. Acessado em 01 de nov. 2021.

¹⁵²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Repetitivo discute penhora de bem de família dado pelo fiador como garantia de locação comercial*. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/24062021-Repetitivodiscute-penhora-de-bem-de-familia-dado-pelo-fiador-como-garantia-de-locacaocomercial.aspx>. Acessado em: 12 de novembro de 2021.

¹⁵³⁰ Todavia, “no âmbito do STJ especificamente, prevalece o entendimento pela penhorabilidade”. Conf. TOLEDO, André Medeiros; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Proposta de uma possível relativização da impenhorabilidade do bem de família. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 19, n. 2, p. 01

À época, o STJ parece ter pautado a questão devido à decisão mais recente do Supremo Tribunal Federal sobre a mesma matéria. Em 2018, através do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 605.709, a Primeira Turma da Suprema Corte decidiu que eventual bem de família de propriedade do fiador não se sujeita à penhora para pagar dívida de locação *comercial*¹⁵³¹. Tal entendimento, segundo o Ministro da Segunda Seção do STJ, Luis Felipe Salomão, provocou dúvidas sobre o que fora decidido pelo próprio STJ, em especial sobre a controvérsia envolvendo o tipo e contrato (se residencial ou comercial) ao qual o fiador está vinculado¹⁵³².

Percebe-se que

O Superior Tribunal de Justiça ao longo dos anos tem proferido decisões que revelam uma mudança em suas bases fundamentais sobre a incidência da norma de impenhorabilidade do bem de família, com a aplicação das exceções legislativas a essa regra. De fato, cada vez mais, têm sido considerados também os

*princípios fundamentais do credor quando da avaliação para conferir ou não a proteção ao imóvel do devedor caracterizado como bem de família.*¹⁵³³

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, o entendimento clássico era datado de em 2006, no qual se entendeu constitucional o art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90.¹⁵³⁴

A questão voltou a ser discutida em 2010, quando, inclusive, transformou-se em Tema de Repercussão Geral (Tema nº 295/STF), no qual a Suprema Corte ratificou o posicionamento favorável à constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador da locação¹⁵³⁵.

Em 2018, como já mencionado, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 605.709, a Primeira Turma da Suprema Corte abriu um precedente que reacenderia a discussão, ao decidir que o bem de família de propriedade do fiador não se

- 47, mai./ago. 2018, p. 18. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.36482>.

¹⁵³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário nº 605.709*. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 12 de jun. de 2018. Órgão Julgador: Primeira Turma.

¹⁵³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário Nº 605.709*. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 12 de jun. de 2018. Órgão Julgador: Primeira Turma.

¹⁵³³ COSTA, Rosalina Moitta Pinto da; AZEVEDO JÚNIOR, Manuel Albino Ribeiro. A impenhorabilidade do bem de família à luz do princípio da efetividade da tutela executiva: análise do posicionamento do Superior Tribunal

de Justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, p. 958-980, set./dez. 2021, p. 971. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.57706>.

¹⁵³⁴ Em 2006, o plenário do Supremo Tribunal Federal (2006), através do Recurso Extraordinário nº 407688, afirmou que a penhorabilidade do bem de família do fiador é constitucional.

¹⁵³⁵ Em julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 612.360, que foi considerado como de Repercussão Geral (RG), o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90.

sujeita à penhora para pagar dívida de locação *comercial*¹⁵³⁶.

Como tal entendimento parece ter influenciado uma virada na jurisprudência do STJ, mas, ainda assim, não tinha sido proferido em sede de precedente vinculante, o caso voltaria a ser debatido para que fosse pacificado no âmbito do STF. Foi nesse contexto que, em 2021, reconheceu-se a Repercussão Geral da controvérsia da matéria ao RE 1.307.334/SP, sob o Tema nº 1.227, cujo cerne da discussão era se a natureza do contrato locatício - residencial ou comercial - alteraria a regra da impenhorabilidade do bem de família¹⁵³⁷.

Em um julgamento emblemático (sobremaneira em razão da Repercussão Geral) que discutiu o direito fundamental e social à moradia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da penhora do bem de família pertencente ao fiador de contrato locatício comercial e a suposta omissão presente do dispositivo do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90, que não distingue o objeto do

contrato (se residencial ou comercial) para efeitos de impenhorabilidade atribuível legalmente a tal bem.

Este artigo analisa, através de um estudo de caso, a decisão colegiada referente à matéria discutida em Plenário.

3. METODOLOGIA PARA A ANÁLISE DA DECISÃO DO RE Nº 1.307.334/SP

Antes de adentrarmos a análise do estudo desenvolvido, é necessário delineá-lo metodologicamente (ou seja, apresentar o tipo de pesquisa desenvolvida, o objeto ou pergunta desta, o método e a técnica utilizado para responder à pergunta formulada).

Este artigo partiu das seguintes perguntas: É possível, à luz da Constituição e da legislação processual, estabelecer limites para a penhora do bem de família em dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação? Por que motivo, pouco tempo após estabelecidas algumas balizas

¹⁵³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 605.709*. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 12 de jun. de 2018. Órgão Julgador: Primeira Turma.

¹⁵³⁷ Conforme a Ata nº 23, de 12/08/2021. DJE nº 172, divulgada em 27/08/2021, o julgamento havia sido suspenso a partir desta Decisão: “Após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário e propunha a seguinte tese (tema 1.127 da repercussão geral): “É constitucional a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial”, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Nunes Marques e

Dias Toffoli; e do voto do Ministro Edson Fachin, que dava provimento ao recurso extraordinário para declarar a impenhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação não residencial, propondo a seguinte tese: “É impenhorável o bem de família do fiador de contrato de locação não residencial”, no que foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 12.08.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resol. 672/2020/STF).

para a interpretação da questão, o STF teria retomado a discussão?

Para responder à pergunta formulada, desenvolveu-se uma pesquisa qualitativa, por meio do estudo de caso, com o propósito de compreender os motivos que influenciaram no processo decisório do Supremo Tribunal Federal, tomando como objeto de estudo os principais precedentes - vinculantes ou não - que serviram de fio condutor para a construção dos entendimentos da Corte no tocante à matéria da penhora do bem de família do fiador em contrato locatício comercial.

Para dar subsídio à análise dessa decisão, realizou-se um levantamento, através do sítio eletrônico do STF e do STJ, para coletar as Teses fixadas por ambos os Tribunais¹⁵³⁸ sobre a matéria do Bem de Família, com ênfase na figura do Fiador¹⁵³⁹.

A partir do levantamento realizado, chegou-se ao total de 22 Teses sobre o Bem de Família, fixadas pelos Tribunais Superiores mencionados. Dessas 22 Teses, 3 são do Supremo Tribunal Federal e 19 são do Superior Tribunal de Justiça. Após o recorte temático (voltado estritamente para a matéria de bem de família do fiador), identificou-se 4 Teses, das quais: 2 são do STF e 2 são do STJ.

Os dados colhidos estão inseridos nos quadros apresentados neste artigo.

O material coletado a partir do RE 1.307.334/SP foi analisado pelo método de estudo de caso, uma ferramenta de pesquisa empírica adequada a analisar o caso a partir do confronto entre a teoria sobre a impenhorabilidade do bem de família do fiador disposta na doutrina brasileira e as particularidades do caso (o objeto do contrato do qual o fiador faz parte).¹⁵⁴⁰

O estudo de caso baseou-se na análise qualitativa do acórdão dessa decisão, porque esta decisão representa um marco para o processo decisório sobre conflitos envolvendo a matéria do bem de família do fiador em contrato locatício.

4. PENHORAR OU NÃO PENHORAR O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO LOCATÍCIO COMERCIAL? ANÁLISE EMPÍRICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.307.334/SP

Entre os dias 25/02/2022 e 08/03/2022, o STF voltou a discutir a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, desta vez, em contrato locatício comercial. Naquela ocasião, o Ministro Alexandre de Moraes

¹⁵³⁸ O recorte territorial se deu em razão do fato de que se trata de Tribunais Superiores brasileiros aos quais o legislador atribuiu, respectivamente, o dever de zelar pela Carta Magna brasileira e de uniformizar a jurisprudência sobre matéria infraconstitucional em âmbito nacional.

¹⁵³⁹ Tal recorte temático foi utilizado porque a matéria do Bem de Família reúne teses que se aplicam a outras figuras.

¹⁵⁴⁰ BAUER, Martin W.; GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Petrópolis: Vozes, 2002. e YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2005.

levou à análise do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) a matéria constitucional discutida no Tema nº 1227. Oriundo do Recurso Extraordinário (RE) 1.307.334/SP, interposto pela parte autora desta demanda, contra o acórdão proferido pela 27ª Câmara de Direito Privado do TJSP, o Tema em questão versava sobre a penhora do bem de família do fiador em contrato locatício não residencial ou comercial, até aquela decisão, não havia sido enfrentada pelo STF.

Em julgamento virtual histórico da Suprema Corte, sob a Presidência do Ministro Luiz Fux e relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, os Ministros desta Corte, apreciaram o Tema nº 1.127 de Repercussão Geral, negaram provimento ao Recurso Extraordinário Nº 1.307.334/SP e fixaram outra Tese sobre a matéria discutida em Plenário favorável a penhora do bem de família do fiador, independentemente do tipo de contrato (residencial ou comercial). A sessão de julgamento foi composta pelos seguintes Ministros: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes (Relator), Nunes Marques e André Mendonça.

A pesquisa que deu origem a este artigo analisou empiricamente, através do método qualitativo de estudo de caso, identificou blocos decisórios distintos, os quais são formados pelo conjunto de votos expostos no acórdão do Recurso Extraordinário 1.307.334/SP (Quadro 2 - Blocos Decisórios dos votos

dos Ministros do STF no julgamento do RE 1.307.334/SP).

O primeiro bloco (da maioria decisória vencedora) corresponde aos Ministros que votaram favoravelmente pela penhora do bem de família do fiador em contrato locatício comercial, nos termos do Ministro Relator, Alexandre de Moraes: (em resumo) a) o direito à moradia, previsto constitucionalmente, não é absoluto; b) as leis infraconstitucionais sobre a matéria (a Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família e a Lei do Inquilinato) não distinguem o contrato residencial do comercial, motivo pelo qual a penhora desse bem é constitucional e possível no caso concreto; além disso, c) o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado sobre a possibilidade da penhora desse bem desde o ano de 2014 em que se discutiu, por meio do RE nº 605.709, a mesma matéria.

Já o segundo bloco (da minoria decisória vencida) reúne os Ministros que votaram de forma contrária a penhora do bem em questão por entenderem que: a) o direito à moradia compõe o núcleo mínimo de direitos assegurados à pessoa por existir e é indispensável à vida humana digna; b) o bem de família do fiador é impenhorável, nos termos do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90.

O Quadro 3 (Trechos dos Votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1.307.334/SP) expõe-se dados que podem auxiliar na compreensão da discussão que permeia o acórdão analisado e no desenho da Jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal sobre a matéria discutida. Utilizou-se quatro colunas para mostrar, respectivamente, o nome dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que compuseram a sessão de julgamento do RE 1.307.334/SP, o voto destes (se favorável ou contrário), o status de cada um dos posicionamentos [se se trata de voto vencedor (por acompanhar a maioria decisória) ou de voto vencido (por se encaixar no quadro da minoria decisória)] e os trechos dos argumentos apresentados por cada um dos Ministros.

Extraí-se dos argumentos apresentados pelos Ministros da Suprema Corte, no julgamento em Plenário, duas principais Teses a respeito da mesma matéria as quais foram fixadas pelo próprio Tribunal (Quadro 4 - Teses do Supremo Tribunal Federal sobre a Penhora do Bem de Família do Fiador em Contrato Locatício).

Os Quadros 3 e 4 mostram a trajetória do entendimento Supremo Tribunal Federal sobre a matéria da penhora do bem de família pertencente ao fiador de contrato locatício desde a primeira vez em que este Tribunal a enfrentou em sede de Repercussão Geral.

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal havia enfrentado a matéria através do Recurso Extraordinário Nº 612.360, afetado pelo Tema 295, por haver sido provocado a analisar a constitucionalidade da penhora do bem de família pertencente ao fiador de contrato do tipo locatício. Naquela ocasião, o Tribunal fixou Tese em favor da penhora por entender que

determinada medida estava compatível com as normas constitucionais (a saber, artigo 6º, CRFB/88, que prevê o direito à moradia, c/c EC 26/2000) e infraconstitucionais (artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90) previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir daquela data, a Suprema Corte instaurou um precedente - e um caminho decisório a ser seguido - o qual seria aplicado às demais demandas que enfrentassem o mesmo objeto discutido.

Ocorre que, uma década depois, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a reanalisar a mesma matéria através do Recurso Extraordinário 1.307.334/SP, também afetado, desta vez pelo Tema nº 1.127.

Questiona-se (e reitera-se a pergunta de pesquisa que deu origem a este artigo): é possível, à luz da Constituição e da legislação processual, estabelecer limites para a penhora do bem de família em dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação? Por que motivo, pouco tempo após estabelecidas algumas balizas para a interpretação da questão, o STF teria retomado a discussão?

A leitura comparada entre as Teses fixadas pelo STF nos Temas indicados no Quadro 4 sugere uma possível resposta para essa pergunta: o Plenário voltou a analisar a mesma matéria por dois motivos: a) o entendimento anteriormente fixado se deu em julgamento sobre a penhora do bem de família do fiador em contrato locatício *residencial*, não tendo vindo à tona se a natureza comercial modificaria a interpretação do caso; b) quando

instado a examinar a possibilidade de penhora de bem de família do fiador de contrato locatício comercial, em 2018, o entendimento - em que pese, como dito, não ter tido natureza vinculante - foi no sentido de estabelecer a distinção outrora inexistente, isto é, manter penhorável apenas o bem de família do fiador de contrato de locação *comercial*.

Nesse contexto, a Corte Suprema fixou a tese vinculante que consolidou o seu entendimento sobre a matéria, não somente reafirmando o entendimento sobre a penhora do bem de família pertencente ao fiador de contrato locatício, mas expressamente declarando a constitucionalidade da penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato locatício tanto comercial quanto residencial.

Os argumentos dos Ministros que votaram de acordo com a tese proposta pelo Ministro Relator apontaram para a constitucionalidade dessa medida por entender que a norma infraconstitucional não só prevê a excepcionalidade à impenhorabilidade do bem neste caso, como também não distingue - por questões de isonomia - o fiador de contrato residencial do contrato comercial.

Assim, seguindo a linha da doutrina majoritária sobre a questão, a partir do Recurso Extraordinário 1.307.334/SP, o Supremo Tribunal Federal opta, via precedente vinculante, por não estabelecer limitações de ordem constitucional para a penhora do bem de família em dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação, que prevalece em relação ao direito fundamental à moradia neste

caso, seja a locação residencial ou comercial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível, à luz da Constituição e da legislação processual, estabelecer limites para a penhora do bem de família em dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação? Por que motivo, pouco tempo após estabelecidas algumas balizas para a interpretação da questão, o STF teria retomado a discussão?

Como analisado, a impenhorabilidade do bem de família é um instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro, cuja origem ainda é incerta, mas que possui raízes no modelo norte-americano do *homestead* e na história evolutiva do instituto do bem de família (sobre o qual recai o efeito da impenhorabilidade).

A análise do levantamento das teses fixadas pelo STF e pelo STJ sobre o bem de família permitiu identificar que ambos os Tribunais Superiores não só se preocuparam com a repercussão da matéria no âmbito nacional e com a constitucionalidade e legalidade da penhora desse bem, como também buscaram analisar os argumentos e fundamentos que embasaram as escolhas realizadas pelos magistrados de diversas instâncias no que diz respeito à penhora do referido bem.

Como visto, o julgamento objeto do estudo de caso realizado ratificou o entendimento sobre a penhora do bem de família pertencente ao fiador de contrato locatício, declarando a constitucionalidade da penhora de bem

de família pertencente ao fiador de contrato locatício tanto comercial quanto residencial.

Os argumentos apresentados no acórdão proferido pelos Ministros no julgamento, em Plenário, do RE 1.307.334/SP, indicam que a matéria ainda não estava pacificada porque, até a data daquele julgamento, a matéria discutida envolvia o contrato locatício residencial e não o comercial. Ademais, houve uma “proposta” de virada jurisprudencial em 2018, quando se entendeu, em julgamento de Recurso Extraordinário, ser penhorável apenas o bem de família do fiador de contrato de locação comercial.

Percebe-se, ao fim e ao cabo, que o Supremo Tribunal Federal opta, via precedente vinculante, por não estabelecer limitações de ordem constitucional para a penhora do bem de família em dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação residencial ou comercial, que prevalece em relação ao direito fundamental à moradia no caso estudado.

REFERÊNCIAS

- ARCHIVES, National. *Teaching with Documents: The Homestead Act of 1862*. National Archives and Records Administration, 2010. <http://www.archives.gov/education/lessons/homestead-act/> (Acessado em: 26 de outubro de 2021).
- ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família internacional (necessidade de unificação). *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 101-111, 2007.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 107.
- BATISTA, Fernando Natal. Considerações jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a impenhorabilidade do bem de família legal à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à moradia. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 16, n. 3, p. 179-196, jul./set. 2017.
- BAUER, Martin W.; GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- BEZERRA, Louise Serrano; GODOY, Pedro Henrique Almeida de. Da impenhorabilidade à penhora parcial de salário: análise comparativa à luz dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015. *Revista FIDES*, v. 11, n. 2, p. 614-632, 2020.
- BRASIL. Lei 8.009, de 29 de mar. 1990. *Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 05 de ago. 2022.
- BRASIL. Lei Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acessado em 20 de out. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Jurisprudência em Teses Nº 44*. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf. Acesso em: 04 de ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Repetitivo discute penhora de bem de*

- família dado pelo fiador como garantia de locação comercial.* 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/24062021-Repetitivo-discute-penhora-de-bem-de-familia-dado-pelo-fiador-como-garantia-de-locacao-comercial.aspx>. Acessado em: 12 de novembro de 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Tema Nº 1.091*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: data não definida. Afetação: 18 de mai. 2021. Órgão Julgador: Segunda Seção.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Tema Nº 708*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 12 de novembro de 2014. Órgão Julgador: Segunda Seção.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688/SP*. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento: 08 de fev. 2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 605.709*. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 12 de jun. de 2018. Órgão Julgador: Primeira Turma.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Tema 1.127*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 25 de fevereiro a 08 de mar. de 2022. Órgão Julgador: Plenário.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Tema 295*. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento: 14 de set. de 2010. Órgão Julgador: Plenário.
- COSTA, Rosalina Moitta Pinto da; AZEVEDO JÚNIOR, Manuel Albino Ribeiro. A impenhorabilidade do bem de família à luz do princípio da efetividade da tutela executiva: análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, p. 958-980, set./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.57706>.
- COUTINHO, Mateus Alecrim. *A TRAJETÓRIA DO BEM DE FAMÍLIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL: entre a proteção da dignidade e a mercantilização da moradia na Súmula nº 549/2015*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2020. Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Marques.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed., Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIA; Lucas de Oliveira Faria, TRUJILLO, Elcio. A Súmula 549 do STJ: um ataque à visão constitucional do Direito Civil contemporâneo. *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n. 33, jun. 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional*. 5. Ed. 6v. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família. 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, vol. 5, 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MINAMI, Marcos Youji. Comentários aos arts. 831-853, CPC. In: RIBEIRO, Sérgio Luiz de; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos; PANTALEÃO, Izabel; GOUVEIA, Lucio Grassi de. *Novo Código de Processo Civil comentado*.

- Tomo III. São Paulo, Lualri Editora, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5. Atual. PEREIRA, Tânia da Silva, 25. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direitos Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.
- POTTER, L. A; SCHAMEL, W. The Homestead Act of 1862. *Social Education*, 6(61), 359-364, 1977.
- PRETEL, Mariana Pretel e. Bem de família: análise da (im) penhorabilidade dos bens que guarnecem a residência do executado sob a ótica da (im) prescindibilidade. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 10 jun. 2010. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_Mariana_Pretel&ver=647. Acesso em 03 ago. 2022.
- SILVA, Renan Francelino da. Perspectivas analíticas civil-constitucionais: análise da (im) penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício comercial a partir de Ingo Wolfgang Sarlet. In: *Publius 2019: VII Congresso de Direito Constitucional*, 2019.
- TOLEDO, André Medeiros; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Proposta de uma possível relativização da impenhorabilidade do bem de família. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 19, n. 2, p. 01 - 47, mai./ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2018.36482>.
- VELOZO, Abílio de Araújo. 1ª turma do STF comete lamentável equívoco em julgamento sobre a possibilidade da penhora do bem de família do fiador na locação comercial. *Migalhas*. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI298909,911041-1+turma+do+STF+comete+lamentavel+equivoco+em+jugamento+sobre+a>. Acessado em 01 de nov. 2021.
- VENOSA. Sílvia de Salvo. *Direito de Família*. 9. Ed. São Paulo; Atlas, 2009.
- YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ANEXOS

Quadro 1 - Teses do STJ sobre o Bem de Família

TESE Nº 15 ¹⁵⁴¹	TESE Nº 16 ¹⁵⁴²
É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990 (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC - TEMA 708) (Súmula 549/STJ).	16) É possível a penhora do bem de família de fiador de contrato de locação, mesmo quando pactuado antes da vigência da Lei n. 8.245/91, que acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei n. 8.009/90.

¹⁵⁴¹ A Secretaria de Jurisprudência do STJ divulgou alguns precedentes que embasam a Tese nº 15, que podem ser consultados no Jurisprudência em Teses nº 44.

¹⁵⁴² A mesma Secretaria de Jurisprudência do STJ também divulgou precedentes que foram utilizados para fixar a Tese nº 16.

Fonte: elaborado pelos autores, com base nos enunciados das Teses do Jurisprudência em Teses Nº 44 do STJ¹⁵⁴³, disponíveis no sítio eletrônico deste Tribunal.

Quadro 2 - Blocos Decisórios dos votos dos Ministros do STF* no julgamento do RE 1.307.334/SP

Primeiro Bloco (a favor)	Segundo Bloco (contra)
Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Roberto Barroso, Alexandre de Moraes (Relator), Nunes Marques e André Mendonça.	Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

Fonte: elaborado pelos autores, com base no acórdão do RE 1.307.334, publicado no DJe nº 101, em 26 de mai. 2022¹⁵⁴⁴.

(*) O Ministro Celso de Mello não participou do julgamento por motivo não informado.

Quadro 3 - Trechos dos Votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1.307.334/SP

Ministros do Supremo Tribunal Federal (*)	Voto dos Ministros do STF	Tese Proposta pelos Ministro do STF	Trechos dos argumentos dos Ministros do STF extraídos do Acórdão do RE 1.307.334/SP
Luiz Fux (Presidente)	Desprovinha ao RE	Acompanha a Tese proposta pelo Relator.	O Ministro acompanhou a Tese proposta pelo Relator, nos termos dos fundamentos por ele apresentados durante o seu voto.
Alexandre de Moraes (Relator)	Desprovinha ao RE	“É constitucional a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial”.	“com a edição da Lei 8.245, de 1991 (Lei do Inquilinato), a fiança concedida em contrato de locação foi inserida entre as situações em que se permite a penhora do bem de família, com a finalidade de não restringir a possibilidade de fiança em locação de fiador com um único imóvel (...) No julgamento do RE 407.688, de relatoria do Ilustre Min. CEZAR PELUSO, DJe de 6/10/2006, o Plenário desta CORTE assentou a compatibilidade do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/1990, na redação da Lei

¹⁵⁴³ O Jurisprudência em Teses nº 44 pode ser acompanhado através deste link de acesso: https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf.

¹⁵⁴⁴ Os documentos referentes ao julgamento em questão estão disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal e podem ser acessados através deste link: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6087183&numeroProcesso=1307334&classeProcesso=RE&numeroTema=1127>.

			8.245/1991, com o artigo 6º da Constituição Federal (...) O legislador, quando quis distinguir os tipos de locação, o fez expressamente, como se observa da Seção III, da própria Lei 8.245/1991 - que, em seus artigos 51 a 57 disciplinou a “Locação não residência (...) Logo, caso a intenção do legislador fosse a de restringir a possibilidade de penhora do imóvel do fiador ao contrato de locação residencial, teria feito expressamente essa ressalva; o que não ocorreu na presente hipótese, como decidido em diversos precedentes desta SUPREMA CORTE, em que se reconheceu a penhorabilidade do bem de família, tanto nas hipóteses de locação residencial, quanto comercial”
Gilmar Mendes	Desprovinha ao RE	Acompanha a Tese proposta pelo Relator.	“é certo que tal dispositivo teve sua constitucionalidade afirmada no julgamento do tema 295 da repercussão geral, RE 612.360, de relatoria da Ministra Ellen Gracie (...) Por outro, até os dias atuais, a jurisprudência deste Tribunal registra julgados no sentido da inaplicabilidade do referido paradigma às hipóteses de penhora de bem de família de fiador de locação comercial, sendo representativo dessa linha o RE 605.709 (...) Embora o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 não empreenda distinção quanto à espécie de locação garantida pela fiança, nem a tese acima transcrita o faça, vários recursos extraordinários rogaram a esta Corte a inaplicabilidade da ratio do tema 295 quando a fiança for dada em contrato de locação comercial. A distinção foi acolhida pela primeira vez no âmbito da Primeira Turma”
Dias Toffoli	Desprovinha ao RE	Acompanha a Tese Proposta pelo Relator.	“A lei não faz distinção entre a locação residencial ou não residencial. Ademais, o STJ pacificou a matéria. Enuncia a Súmula 549 (...) em 2019, a Primeira Turma da Corte, por ocasião do julgamento do RE nº 605.709/SP, sob a minha relatoria, ressaltou a distinção entre contrato de locação de imóvel residencial e de locação

			de imóvel comercial e concluiu, por maioria de votos, pela impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação não residencial, afastando-se a aplicação da tese fixada no Tema 295 ao caso então examinado.”
Roberto Barroso	Desprovinha ao RE	Acompanha a Tese Proposta pelo Relator.	“A repercussão geral estabelecida não fez diferenciação entre locação comercial e locação residencial, embora o precedente que gerou a repercussão geral fosse uma hipótese de locação residencial (...) Não vejo razão para o Estado intervir nessa relação privada, para exonerar alguém que se obrigou espontaneamente de fazê-lo, de cumprir seu dever, de cumprir sua obrigação, portanto estou igualmente negando provimento ao recurso extraordinário.”
Nunes Marques	Desprovinha ao RE	Acompanha a Tese Proposta pelo Relator.	“a norma não faz distinção entre locação residencial e não residencial. Tal interpretação foi seguida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, inclusive com a edição do verbete n. 549 da Súmula (...) A circunstância de o fiador haver oferecido voluntariamente a garantia em contrato de locação desautoriza a invocação do postulado da impenhorabilidade da propriedade em análise. Admitir o contrário consistiria, a um só tempo, em enriquecimento ilícito e clara violação do princípio da boa-fé objetiva. O ponto central da controvérsia reside, portanto, na mencionada circunstância, e não no fato de se tratar ou não de imóvel único, seja o contrato de locação comercial ou residencial.”
André Mendonça	Desprovinha ao RE	Acompanha a Tese Proposta pelo Relator.	Acompanhou o voto do Relator.
Edson Fachin (Divergência)	Provimento ao RE	“É impenhorável o bem de família do fiador de contrato de	“Primeiramente, importante registrar que a matéria discutida nos presentes autos não guarda similitude com a tratada no RE 612.360, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, Tema 295, cuja repercussão geral foi reconhecida. Naquela oportunidade,

		locação não residencial”	discutiu-se a legitimidade da penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação residencial, situação diversa da presente demanda, em que se discute a penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação comercial (...) Extrai-se, portanto, dos julgamentos de ambas as Turmas desta Suprema Corte o entendimento de que se, no caso de contrato de locação residencial, é possível contrapor o direito à moradia de fiadores ao igualmente relevante direito à moradia dos locatários, o mesmo não se verifica na hipótese de fiança em contrato de locação de imóvel comercial.”
Rosa Weber	Provimento ao RE	Acompanha a Tese de Divergência proposta pelo Ministro Edson Fachin,	“a dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens, à luz da nossa Lei Maior, que conferiu ao direito à moradia estatutura constitucional. Cuida-se, repiso, de direito fundamental social. E é isso o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício, com a vênia dos que pensam em sentido contrário e que têm visão de mundo diversa da minha, não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa.”
Cármem Lúcia	Provimento ao RE	É impenhorável o bem de família de fiador em contrato de locação comercial, em virtude da incompatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à	“estamos a cuidar da possibilidade, ou não, em face da Constituição, da penhora de bem de família de fiador de contrato de locação comercial (...) me parece estarmos diante de uma matéria constitucional sensível. O direito à moradia compõe um espaço de liberdade de que a pessoa pode se valer e, por isso, esse mínimo existencial é garantido e, a meu ver, é irrenunciável, como são os direitos fundamentais (...) esse direito à moradia, como direito fundamental formalmente expresso na Constituição, precisa de se compatibilizar, em igualdade de condições, com os direitos de outras pessoas, como aqui

		moradia deste, salvo no caso de fiança onerosa”.	também lembrado em mais de uma situação: o direito do próprio signatário do contrato, por se tratar de bem de família, nem pode ser tocado.”
Ricardo Lewandowski	Provimento ao RE	Acompanha a Tese de Divergência Proposta pelo Ministro Edson Fachin.	“o possível desestímulo à iniciativa privada, diante da impenhorabilidade do bem de família do fiador, não se reveste de envergadura suficiente para afastar o direito à moradia (...) o Direito protege os chamados hipossuficientes, a exemplo dos trabalhadores, dos consumidores, dos locatários e dos menores, dentre outros, cuja autonomia da vontade fica em considerável desvantagem diante de uma contraparte jurídica ou economicamente mais poderosa (...) os constituintes de 1988, com toda a certeza, não conceberam o direito de propriedade e o direito à livre iniciativa como valores hierarquicamente superiores ao direito à vida, particularmente ao direito a uma vida digna, no caso, representado pelo direito de uma família de não ser despojada do único imóvel que possui e em que reside, direito esse que, para mim, a toda evidência, integra o mínimo existencial, hoje ciosamente protegido pelos ordenamentos jurídicos dos países civilizados.”

Fonte: elaborado pelos autores, com base no acórdão do RE 1.307.334, publicado no DJe nº 101, em 26 de mai. 2022¹⁵⁴⁵.

(*) O Ministro Celso de Mello não participou do julgamento por motivo não informado.

Quadro 4 - Teses do Supremo Tribunal Federal sobre a Penhora do Bem de Família do Fiador em Contrato Locatício

¹⁵⁴⁵ Os documentos referentes ao julgamento em questão estão disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal e podem ser acessados através deste link: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6087183&numeroProcesso=1307334&classeProcesso=RE&numeroTema=1127>.

Tema	Julgado	Objeto	Ministro Relator	Trecho da Tese	Data da Tese
TEMA: 295	RE 612360	Penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação.	ELLEN GRACIE	É constitucional a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com redação da EC 26/2000.	14 de agosto de 2010.
TEMA: 1127	RE 1307334	Penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação comercial.	ALEXANDRE DE MORAES	É constitucional a penhora de bem de família pertencente ao fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial.	10 de março de 2022.

Fonte: elaborado pelos autores, com base nos dados colhidos através do Recurso Extraordinário nº 1.307.334/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral.

A INFLUÊNCIA DA DESJUDICIALIZAÇÃO LUSITANA NO PL 6204/2019 E AS ALTERAÇÕES QUE TÊM SIDO FEITAS NO SEU PERCURSO¹⁵⁴⁶

THE INFLUENCE OF PORTUGUES CIVIL ENFORCEMENT OUTSIDE COURTS ON BILL N. 6204/2019 AND THE CHANGES THAT HAVE BEEN MADE ALONG ITS COURSE

Rosalina Moitta Pinto da Costa

Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenação Norte da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP). Associada do Instituto Brasileiro do Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Líder do Grupo de pesquisa: Inovações no Processo Civil PPGD/UFPA(CNPQ). Belém, Pará, Brasil. rosalina.costa@hotmail.com.

Iracecilia Melsens Silva da Rocha

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Analista judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE/PA). Mediadora judicial e extrajudicial. Membro da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP). Coordenadora do Grupo de Pesquisa: Inovações no Processo Civil PPGD/UFPA (CNPQ). Belém, Pará, Brasil. iraceciliacpc@gmail.com

RESUMO: Um dos principais desafios do sistema justiça reside na concretização dos direitos já declarados em títulos executivos judiciais e extrajudiciais que não foram voluntária e tempestivamente cumpridos. Diante dos baixos índices de satisfação na seara executiva brasileira, inclusive publicizados pelo relatório Justiça em Números do CNJ, a realidade executiva exige atenção imediata. Dentre os esforços já realizados, destaca-se proposta de reforma legislativa, o PL 6204/2019, cuja finalidade é de desjudicializar a execução civil de quantia certa, atribuindo a um terceiro, o agente de execução, tarefas em prol da efetividade executiva, reservando o juízo competente tarefas de conteúdo

decisório. A referida proposta possui declarada inspiração em reforma legislativa desjudicializante da execução civil portuguesa e ainda se encontra em tramitação no Senado Federal. Esta pesquisa tem por objetivo estudar a influência da desjudicialização lusitana no PL nº 6204/2019 e as alterações que têm sido feitas no percurso da proposta legislativa para execução brasileira de quantia certa que ainda apresenta contexto de alta morosidade e baixa efetividade. Utilizando-se a pesquisa bibliográfica como opção metodológica, parte-se do estudo da experiência da desjudicialização em Portugal, apresentando-se o contexto que antecedeu a desjudicialização lusitana e as reformas por que passou o instituto

¹⁵⁴⁶ Artigo recebido em 21/04/2023 e aprovado em 21/08/2023.

em Portugal. Examina-se ainda brevemente o procedimento pré-executivo na reforma lusitana de 2014. A seguir, passa-se ao estudo da influência da desjudicialização de Portugal no PL 6204/2019, analisando-se os institutos e as alterações que se têm processado no seu percurso legislativo. Ao final, conclui-se que, embora o PL nº 6204/2019 tenha sido influenciado pela experiência de desjudicialização de Portugal, as especificidades do nosso país e o caminhar do Projeto já começam a delinear características próprias e alguns pontos de distanciamento do modelo lusitano. Consta-se, enfim, que a desjudicialização em nosso país mostra-se uma salutar medida que abre uma porta a mais para a execução.

PALAVRAS-CHAVE: Execução; morosidade; desjudicialização; agente de execução; efetividade.

ABSTRACT: One of the main challenges of the Brazilian justice system is the fact that a great amount of rights that have already been declared in judicial and extrajudicial titles have not been spontaneously and timely accomplished. This issue is of the utmost importance which requires an urgent attention because it represents a low satisfaction rate in executive field that has been disclosed in national reports like Justice in Numbers of CNJ in the last years. Besides all the efforts that have been made, a proposal for a legislative reform stands out, the Bill n. 6204/2019 which purpose is to de-judicialize the civil enforcement of a

certain amount, assigning tasks to a third party, the execution agent, in order to achieve effectiveness and reserve competent courts to deal with decision-making tasks. The aforementioned legislative proposal is inspired by the de-judicialization of Portuguese civil enforcement and it is still making its own way through Brazilian Congress. This research aims to study the Portuguese de-judicialization influence and the changes have been made in the course of Brazilian legislative proposal. Using bibliographic research as a methodological option, this study starts with the analysis of the civil enforcement outside courts in Portugal, presenting the Portuguese de-judicialization context and the reforms that this institute has been going through. Furthermore, the Portuguese pre-enforcement procedure of 2014 is also briefly examined. Then, this study focus on the influence of Portuguese de-judicialization on Brazilian Bill n. 6204/2019, analyzing the institutes and its changes. In conclusion, although Bill n. 6204/2019 has been influenced by the de-judicialization experience in Portugal, the specificities of Brazil and the progress of this legislative Project have been outlining unique characteristics and some points of divergence from the Portuguese legal pattern. Ultimately, it is noted that Brazilian civil enforcement outside courts appears to be a suitable measure that opens another door to enforcement.

KEYWORDS: Civil Execution; slowness; de-judicialization; enforcement agent; effectiveness.

INTRODUÇÃO

Os dados estatísticos escancaram a realidade preocupante da execução civil brasileira: taxa de congestionamento de 85% na execução e o tempo médio de tramitação de 6 anos e 4 meses, segundo o último relatório da *Justiça em números* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁵⁴⁷, o que sinaliza que o modelo de execução civil nacional precisa ser analisado, revisto e reconfigurado às novas dinâmicas sociais para que a efetividade alcance a concretização na vida do cidadão.

Para o enfrentamento dessa situação, está em tramitação o Projeto de Lei (PL) n.º 6.204/2019, que visa regular a desjudicialização da execução civil para quantia certa. Inspirado no sistema lusitano, já desjudicializado desde 2003, o PL 6204/2019 promete imprimir celeridade e eficiência à execução.

Este trabalho visa analisar a influência da desjudicialização lusitana no PL 6204/2019 e as alterações que têm sido feitas no percurso da proposta legislativa brasileira.

Partindo-se do estudo da experiência da desjudicialização em Portugal, analisa-se o contexto que antecedeu a desjudicialização lusitana e as reformas por que passou o instituto em Portugal. Examina-se ainda brevemente o procedimento pré-executivo na reforma lusitana de 2014.

A seguir, passa-se ao estudo da influência da desjudicialização de Portugal no PL 6204/2019, analisando-se os institutos e as alterações que se têm processado no seu percurso.

Ao final, conclui-se que, embora o PL 6204/2019 tenha sido influenciado pela experiência de desjudicialização de Portugal, as especificidades do nosso país e o caminhar do Projeto já começam a delinear características próprias e alguns pontos de distanciamento do sistema lusitano. Com efeito, a desjudicialização em nosso país mostra-se uma salutar medida que abre uma porta a mais para a execução.

Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com revisão bibliográfica e análise documental.

1. A DESJUDICIALIZAÇÃO COMO UM CAMINHO PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA EXECUTIVA

A execução civil brasileira enfrenta desafios no que diz respeito à efetividade. Trata-se de um campo de estudo que merece atenção a fim de que não seja mais merecedor de alcunhas

¹⁵⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022*. Brasília, DF: CNJ, 2022, 216. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf)

[content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf). Acesso em: 9 abr. 2023.

como “cinderela do processo”¹⁵⁴⁸ ou de “calcanhar de Aquiles”¹⁵⁴⁹.

A tutela executiva dá concretude ao direito que se pretende alcançar com uma determinada demanda. Não basta garantir uma tutela célere e efetiva na fase de conhecimento, se não houver o mesmo tratamento na fase executiva. Contudo, não obstante a relevância do instituto da execução civil, existe um desnível na produção de estudos voltados para a seara executiva no cenário acadêmico nacional e internacional. A própria estruturação da lei processual brasileira, por exemplo, aparenta denotar apreço superior do legislador pela tutela cognitiva em detrimento da executiva, como ao preceituar que as normas relativas à

tutela cognitiva servem como suporte à executiva, consoante o artigo 771 do Código de Processo Civil (CPC)¹⁵⁵⁰.

Esse cenário tem mudado, eis que um dos novos desígnios do processo civil contemporâneo é voltado para a realização do direito material mediante a efetiva satisfação das pretensões¹⁵⁵¹. Nesse intento, observa-se que alterações legislativas foram implementadas ainda no CPC/1973 – mantidas pelo atual CPC/2015 – com o intuito de otimizar o curso das demandas executivas, como, por exemplo, a multa de 10% para forçar o pagamento espontâneo¹⁵⁵², a imposição ao executado do dever de indicar onde se localizam os seus bens passíveis de penhora, sob pena de caracterização de “ato atentatório à dignidade da

¹⁵⁴⁸ A execução civil já foi relacionada com palavras que desprestigiam sua importância e capacidade de êxito: “À execução forçada já se destinaram duas alcunhas depreciativas: a de ‘Cinderela’ e a de ‘calcanhar de Aquiles’ do processo civil. A primeira se deu em virtude de os processualistas historicamente terem devotado ao tema muito menos atenção em comparação àquela reservada aos institutos que gravitam em torno da atividade jurisdicional cognitiva. A segunda decorre do fato de que há muito se identifica na execução um ponto crítico de falta de efetividade” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 19).

¹⁵⁴⁹ Cristina Abranches Guerreiro, historiadora lusitana da literatura Grega, explica que as histórias da mitologia clássica buscam descrever uma realidade em atos sobrenaturais. Explica a autora que “mito é a narrativa de uma criação, o imortal relato de um acontecimento ocorrido no tempo fabuloso das origens”. Sobre o herói de guerra de Troia, o invencível Aquiles, a quem muitos se referem mencionando seu calcanhar, narra-se: “Reza a lenda que, na sua

infância, a mãe o banhou na água do Estige, [...] que tinha o poder de tornar invulnerável quem nela mergulhasse. Apenas o calcanhar pelo qual Tétis segurou o filho não foi molhado pela água mágica, permanecendo, pois, vulnerável. Aí o atingiria uma flecha do troiano Páris, infligindo um ferimento que lhe seria fatal.” (GUERREIRO, Cristina Abranches. O calcanhar de Aquiles e outras histórias da mitologia clássica. *Revista Capa e Batina: Associação dos Antigos Estudantes de Coimbra em Lisboa*, Lisboa, n. 47, 3. série, jan./jun. 2016, p. 01-04. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/33592>. Acesso em: 9 abr. 2023).

¹⁵⁵⁰ FARIA, 2021, p. 396.

¹⁵⁵¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. O alvissareiro Projeto de Lei 6.204/19: desjudicialização de títulos executivos civis e a crise da jurisdição. *GenJurídico.com.br*, 6 dez. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/12/06/projeto-de-lei-6204-desjudicializa/#ftn3>. Acesso em: 8 jul. 2022.

¹⁵⁵² CPC/1973, art. 475-J, com redação dada pela Lei n.º 11.232/2005.

Justiça”¹⁵⁵³, entre outras. Chegou-se ao CPC de 2015 com um salto substancial trazido pelo artigo 139, IV, apontado como um “dever-poder geral executivo”, que permite ao magistrado “a adoção, sempre de forma fundamentada, de mecanismos que se mostrem mais adequados para a satisfação do direito, levando em conta as peculiaridades do caso concreto”¹⁵⁵⁴.

Contudo, os resultados ainda não foram tão animadores.

Prova disso são os dados apurados pelo relatório *Justiça em números* do CNJ, divulgado em setembro de 2022, os quais apontam que o Poder Judiciário estava com “77 milhões de ações judiciais pendentes de baixa no final do ano de 2021, sendo que mais da metade desses processos (53,3%) se referia à fase de execução”¹⁵⁵⁵. Ademais, cabe enfatizar

que o tempo médio do processo baixado na fase de conhecimento, justiça comum, é de aproximadamente “2 anos e 3 meses”, ao passo que esse tempo salta para “6 anos e 7 meses” na fase de execução extrajudicial no primeiro grau de jurisdição¹⁵⁵⁶. De igual modo, a taxa de congestionamento merece reflexão: 68% na fase de conhecimento e 85% na fase de execução¹⁵⁵⁷.

Quais seriam então as soluções para a execução?

O relatório *Doing Business Subnacional Brasil* de 2021¹⁵⁵⁸, elaborado pelo Banco Mundial, analisou o sistema executivo cível nacional e identificou dois pontos de relevância para enfrentamento da questão. O primeiro é a necessidade de maior automação dos tribunais, porque constataram que os ativos penhoráveis continuam fragmentados e não

¹⁵⁵³ Com a consequente imposição de multa pecuniária de até 20% sobre o valor total da execução (CPC/1973, arts. 652, § 3.º e 4.º, 656, § 1.º, 600, IV, e 601, com redação dada pela Lei n.º 11.382/2006).

¹⁵⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁵⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022*. Brasília, DF: CNJ, 2022, p. 164. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023

¹⁵⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022*. Brasília, DF: CNJ, 2022, p. 55. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023.

¹⁵⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022*. Brasília, DF: CNJ, 2022, p. 216. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023.

¹⁵⁵⁸ BANCO MUNDIAL. *Doing Business Subnacional Brasil 2021*. Disponível em: <https://subnational.doingbusiness.org/pt/reports/subnational-reports/brazil>. Acesso em: 9 jul. 2023. O relatório *Doing Business* é elaborado pela equipe do Banco Mundial com colaborações externas. Os dados são coletados por meio de questionários enviados a mais de 1 500 especialistas locais, incluindo advogados, funcionários públicos e outros profissionais, e servem de guia para os responsáveis por políticas públicas. Trata-se de estudo independente, que mede aspectos da eficiência regulatória e da qualidade institucional dos principais processos que afetam as pequenas e médias empresas nacionais em 191 economias e analisa 10 áreas do ambiente de negócios: abertura de empresas, obtenção de alvarás de construção, obtenção de eletricidade, registro de propriedades, obtenção de crédito, proteção dos investidores minoritários, pagamento de impostos, comércio internacional, execução de contratos e resolução de insolvência.

totalmente automatizados no Brasil. O segundo diz respeito à adoção de mecanismos diferenciados de resolução de disputas na seara da execução.

A necessidade de buscar novos caminhos para a solução da execução não é tema recente.

Em 1991, José Joaquim Calmon de Passos demonstrava preocupação com a lentidão executiva e já propugnava a análise de outros sistemas executivos, como a desjudicialização da execução civil da Suécia, com o Código de Execuções de 1982. De fato, na Suécia, desde 1965, a execução dos julgamentos dos tribunais era realizada fora do Poder Judiciário em uma estrutura chamada de *Enforcement Authority*¹⁵⁵⁹.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁵⁶⁰, tratando sobre a efetividade da execução, afirmou: “Temos de combinar estratégias e táticas, pondo de lado o receio de parecermos incoerentes, se, para enfermidades de diferente diagnóstico, experimentarmos remédios também diferenciados”. Afinal, pouco importa um processo civil “sofisticado” sem capacidade de responder às necessidades de tutela de direitos

materiais¹⁵⁶¹.

Nesse passo, a experiência lusitana de desjudicialização mostra-se como um caminho a ser seguido. Inspirado no sistema português, o PL 6204/2019, proposto pela senadora Soraya Vieira Thronicke¹⁵⁶² e fruto do trabalho realizado por uma comissão independente composta pelos doutores Joel Dias Figueira Júnior e Flávia Pereira Ribeiro, apresenta a desjudicialização da execução como solução na seara executiva. Influenciado pela tese de doutoramento defendida por Flávia Pereira Ribeiro, em 2012, propõe a desjudicialização da execução civil pela delegação do poder de império a um órgão extrajudicial integrante da esfera estatal, adotando como paradigma o sistema português que, por meio de reformas legislativas, desde 2003, transferiu a função executiva a um profissional liberal chamado “agente de execução”.

2. A DESJUDICIALIZAÇÃO EM PORTUGAL

2.1. A REALIZAÇÃO DE UM RELATÓRIO PRÉVIO NA PRÉ-REFORMA

¹⁵⁵⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do processo de execução. In: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 115-116. Artigo originalmente publicado em: *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 5, n. 37, p. 15-27, jan./fev. 1991.

¹⁵⁶⁰ MOREIRA, 2000, p. 5.

¹⁵⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 44-45.

¹⁵⁶² BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 6.204, de 2019*. Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis n.ºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 9.492, de 10 de setembro de 1997; 10.169, de 29 de dezembro de 2000; e 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>. Acesso em: 9 abr. 2023.

LUSITANA PARA CONHECER AS RAZÕES DE INEFICIÊNCIA DA AÇÃO EXECUTIVA DAQUELE PAÍS

Em 2000, o sistema executivo português estava à beira de um colapso, muitas ações em tramitação e poucos resultados práticos na vida dos jurisdicionados. Naquele ano, o Ministério da Justiça português encomendou ao Observatório Permanente da Justiça Portuguesa um levantamento completo das razões que debilitam o sistema. Diante disso, durante três anos (de 2000 a 2003) foi realizado levantamento das três últimas décadas e analisados dados como tipos de litigantes, valores que envolviam as ações executivas e seus títulos, bem como foram realizados estudos que envolviam elementos jurídicos, sociológicos, econômicos, estatísticos e de direito comparado¹⁵⁶³.

O relatório preliminar da reforma legislativa lusitana de 2001, denominado *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reformas*¹⁵⁶⁴, reuniu informações valiosas sobre as razões pelas quais a ação executiva findava, além de dados específicos que variam em relação ao tipo de título e à natureza jurídica do

exequente, por exemplo¹⁵⁶⁵. Os quadros explicativos utilizados no referido relatório, relativos ao período de 1989 a 1999, trouxeram algumas razões da ineficiência da ação executiva lusitana, números e percentuais de arquivamento (ver Quadro 1, anexo A) e, por outro lado, informações que atestam o pagamento total e parcial, voluntário e coercitivo (ver Quadro 2, anexo B).

O resultado do relatório apresentado em 2003 trazia uma proposta disruptiva, segundo a qual, enquanto não houvesse litígio instalado, a demanda executiva deveria ter lugar fora dos tribunais, socorrendo-se das cortes judiciais em caso de litígio. Tal ponderação apontava para uma saída ousada e, igualmente, desafiadora.

Tais dados foram considerados ainda pela Comunidade Europeia – que, em seu Regulamento n.º 44/2001, exortava os Estados-Membros a promoverem medidas que levassem à adoção de um modelo de execução rápido e simples das decisões –, bem como pela Recomendação n.º 17/2003 da Comissão Europeia – que incentivava a simplificação e a harmonização das medidas executivas em toda a Europa, sugerindo a utilização dos agentes de execução¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶³ RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 154-155.

¹⁵⁶⁴ PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reformas*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001, p. 52. Disponível em: <https://crlisboa.org/docs/publicacoes/online/acao-executiva-caracterizacao-bloqueios-propostas-reforma.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023.

¹⁵⁶⁵ PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reformas*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001, p. 80-83. Disponível em: <https://crlisboa.org/docs/publicacoes/online/acao-executiva-caracterizacao-bloqueios-propostas-reforma.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023.

¹⁵⁶⁶ RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 21.

Em suma, a desjudicialização lusitana foi uma mudança profunda, passando-se de um sistema de matriz jurisdicional puramente público para um sistema híbrido ou misto, com acentuado caráter privado, conforme a tendência do sistema de justiça Europeu, que preconizava a transferência das atividades do juiz para um agente de execução.

2.2. AS REFORMAS RUMO À DESJUDICIALIZAÇÃO EM PORTUGAL

Pode-se dizer que o sistema português passou por três reformas que modelaram a figura do agente de execução.

A primeira reforma, em 2003, foi fruto do relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, que revelou que os principais bloqueios da

execução portuguesa estavam no cumprimento das notificações, no cumprimento dos despachos judiciais, nas cartas precatórias e nas fases de penhora e de venda judicial. O parecer elaborado no relatório propunha a criação de uma nova profissão, como um auxiliar da justiça, que seria encarregado, entre outras sugestões, de diminuir de algum modo a “sobrecarga dos tribunais com actos processuais que não tenham dignidade judicial”¹⁵⁶⁷.

Diante disso, a primeira reforma aconteceu por meio do Decreto-Lei (DL) n.º 38/2003, que inseriu no processo executivo português a figura do agente de execução, a quem foi atribuída a prática de atos necessários à ação executiva, tais como citações, notificações, penhora, venda e pagamento ainda sob o controle do juiz da execução. Essa etapa foi marcada por

¹⁵⁶⁷ PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reformas*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001, p. 189. Disponível em: <https://crlisboa.org/docs/publicacoes/online/acao-executiva-caracterizacao-bloqueios-propostas-reforma.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023. “B. Propostas para um novo modelo de processo executivo: 1. A desjudicialização da acção executiva para cobrança de quantia certa de dívidas civis e comerciais e de custas em que não há litígio nem controvérsia jurídica. Ao tribunal seriam deixadas as acções executivas em que existisse um litígio e os actos em que fosse necessário controlar a sua legalidade (v.g. solicitação à banca de informações sobre contas penhoráveis); 2. A criação de uma nova profissão jurídica auxiliar da justiça – agente oficial de execução (ou cumprimento) de créditos –, similar ao *huissier de justice* em França, com poderes para efectuar citações/notificações/penhoras de bens e

vendas judiciais. Estes profissionais seriam recrutados entre licenciados em direito (solicitadores ou advogados), economia ou gestão, sob o controle administrativo e judicial 3. Assim, as propostas de simplificação e melhoria da acção executiva efectuadas anteriormente teriam que ser repensadas em função do referido agente passar a deter um papel central na execução de créditos. A terminar, relembre-se que a eficácia das medidas propostas dependerá da sua articulação com as restantes reformas judiciais e com as eventuais medidas de natureza sistémica, que venham a diminuir ou a conter o crescimento do endividamento dos agentes económicos e dos consumidores.” (PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reformas*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001, p. 215. Disponível em: <https://crlisboa.org/docs/publicacoes/online/acao-executiva-caracterizacao-bloqueios-propostas-reforma.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023).

uma alteração de caráter parcial porque manteve o poder geral de controle sobre os processos e sobre a atividade dos agentes de execução. Apenas parte da competência do juiz foi transferida à figura do solicitador, liberando os magistrados lusitanos dos processos de declaração de direitos, sem, contudo, haver o rompimento de laços com os tribunais¹⁵⁶⁸.

Miguel Teixeira de Sousa¹⁵⁶⁹, ao discorrer sobre a experiência de descentralização no processo civil português, salienta que, embora o agente de execução exercesse poderes de autoridade pública, era um profissional liberal cujo exercício de poderes ocorria por delegação; logo “a competência do agente de execução

não é própria, mas sim, alheia”, um exercício privado de funções públicas.

Uma relevante inovação deu-se com a criação do registro informático de execuções, regramento dado pelo DL n.º 201/2003, de 10 de setembro, o qual permitiu conhecer o rol de processos de execução pendentes contra o executado, bem como obter informações sobre os bens já penhorados¹⁵⁷⁰, além de informações sobre as ações de execução em andamento e as razões pelas quais ações haviam sido extintas¹⁵⁷¹. Trata-se de um banco de dados do Tribunal, cuja gestão compete também ao agente de execução¹⁵⁷², uma vez que os dados podem ser atualizados ou retificados de ofício pela secretaria ou pode ser feita a

¹⁵⁶⁸ RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 155-156.

¹⁵⁶⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. Processo executivo: a experiência de descentralização no processo civil português. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 5, n. 9, jan./jun. 2019, p. 89. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/168550>. Acesso em: 8 jul. 2022.

¹⁵⁷⁰ O artigo 16-B do DL n.º 201/2003 enumera as informações que estarão públicas: “1-A lista identifica, relativamente a cada execução: a) o nome do executado; b) O número de identificação fiscal ou, em alternativa, os números de identificação civil, de passaporte ou de licença de condução; c) o valor da dívida; d) O facto que determinou a extinção da execução.” PORTUGAL. *DL n.º 201/2003, de 10 de setembro*. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=854&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 9 abr. 2023.

¹⁵⁷¹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Desjudicialização: a execução no sistema processual português*. In: LUCON, Paulo

Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (org.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 232.

¹⁵⁷² Dispõe o artigo 4.º do DL n.º 201/2003: “1- Os dados do registro informático de execuções são inscritos e actualizados pelo agente de execução a partir dos elementos de que disponha”. Já no artigo 6.º há a previsão de quem tem legitimidade para consultar o registro informático: “a) Por magistrado judicial ou do Ministério Público; b) Por pessoa capaz de exercer o mandato judicial ou agente de execução; c) (revogado pelo DL n.º 226/2008 de 20 de Novembro); d) Pelo titular dos dados; e) Por quem tenha relação contratual ou pré-contratual com o titular dos dados ou revele outro interesse atendível pela consulta, mediante consentimento do titular ou autorização dada pela entidade judicial.” PORTUGAL. *DL n.º 201/2003, de 10 de setembro*. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=854&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 9 abr. 2023.

requisição pelo próprio titular dos dados, consoante o artigo 16-B do DL n.º 201/2003¹⁵⁷³. Na lista, são disponibilizadas informações necessárias à penhora com subsídios que podem pautar a conduta do agente da execução, ao repassar informações ao exequente a fim de realizar diligências próprias ou mesmo para que se avalie a viabilidade da execução.

É salutar evidenciar que o desacerto da reforma portuguesa nessa fase deveu-se à transferência da função de agente de execução para a categoria de solicitadores. Dessa forma, ficou previsto que todos os solicitadores (antigos e novos) passariam automaticamente à condição de agentes de execução sem a devida informação técnica e necessária experiência e sem o suporte de infraestrutura necessária do ponto de vista tecnológico¹⁵⁷⁴.

A segunda onda reformatória executiva foi inaugurada pelo DL n.º 226/2008, que promoveu um avanço e reforçou o poder do agente de execução, trazendo melhor regulamentação da atividade. Criou ainda a Comissão para a Eficácia das Execuções, que tinha por

finalidade fiscalizar a atividade dos agentes de execução.

A chamada “reforma da reforma” representou uma ampliação da desjudicialização e fixou três grandes objetivos a alcançar: a) reforçar o papel do agente de execução, abolindo-se intervenções meramente burocráticas, somente havendo intervenção diante de efetivo conflito (oposição), bem como a criação de meios para o envio eletrônico do requerimento executivo ao agente de execução; b) aumentar o número de agentes de execução, estendendo-se aos advogados a possibilidade do exercício da profissão; a livre destituição do agente de execução; a melhora do regime remuneratório e a criação da Comissão para a Eficácia das Execuções (CPEE) com o objetivo de reforçar a fiscalização e a credibilidade dos agentes de execução; c) criar uma lista pública contendo dados de todas as execuções frustradas por inexistência de bens do executado¹⁵⁷⁵.

Destarte, a partir de 2008, houve a diminuição da interferência do magistrado. Entretanto, tal fase foi marcada por críticas quanto ao poder exacerbado conferido ao exequente e ao

¹⁵⁷³ O artigo 16-B do DL n.º 201/2003 dispõe sobre a atualização e a retificação de registros na lista pública de execuções: “1 - A lista identifica, relativamente a cada execução: a) O nome do executado; b) O número de identificação fiscal ou, em alternativa, os números de identificação civil, de passaporte ou de licença de condução; c) O valor em dívida; d) O facto que determinou a extinção da execução. 2 - A actualização ou rectificação dos dados inscritos na lista de execuções pode ser efectuada oficiosamente pela secretaria ou requerida pelo respectivo titular nos termos previstos no artigo 5.º, bem

como por via electrónica no sítio da Internet de onde conste.” PORTUGAL. DL n.º 201/2003, de 10 de setembro. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=854&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 9 abr. 2023.

¹⁵⁷⁴ RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 171-172.

¹⁵⁷⁵ RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 157.

agente de execução, o que motivou um questionamento da constitucionalidade e culminou com nova intervenção legislativa a fim de restaurar o reequilíbrio¹⁵⁷⁶.

Assim, no ano de 2013, houve necessidade de uma terceira reforma no Código de Processo Civil português. O CPC/2013 buscou o reequilíbrio de competências entre o magistrado e o agente de execução. Ao magistrado seriam destinadas as competências declarativas, decisórias de sanção/redução de penhora e julgamento de prestação de contas, de modo a preservação de direitos fundamentais; ao agente de execução caberiam os outros atos¹⁵⁷⁷.

Além disso, houve a revisão do elenco dos títulos executivos, bem como a possibilidade de o cidadão recorrer ao sistema público de justiça, requerendo que o oficial de justiça desempenhasse as funções de agente de execução em determinadas circunstâncias. É

importante ressaltar que, desde a reforma de 2003, as funções do agente de execução poderiam ser realizadas por oficial de justiça; contudo, na reforma de 2013, houve a inserção de um artigo com maior detalhamento da função, o artigo 722 do CPC português¹⁵⁷⁸.

Em caso de fundado receio de perda patrimonial, a citação pode ser dispensada. Além disso, houve também a aplicação da cláusula geral de proporcionalidade e a adequação para a satisfação do débito, tendo sido mantida a tarefa do agente de execução para descobrir e efetuar a constrição de bens necessários à execução¹⁵⁷⁹. Nesse item, nota-se um traço de cooperação entre as partes, em função da possibilidade de o exequente já apontar bens para penhora, hipótese à qual se encontra vinculado o agente. Caso não haja indicação, deverá haver consulta ao registro informático de execução¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁶ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Desjudicialização: a execução no sistema processual português. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (org.). Processo em Jornadas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 233.

¹⁵⁷⁷ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Desjudicialização: a execução no sistema processual português. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (org.). Processo em Jornadas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 233.

¹⁵⁷⁸ RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 159.

¹⁵⁷⁹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Desjudicialização: a execução no sistema processual português. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (org.). Processo em Jornadas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 238.

¹⁵⁸⁰ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Desjudicialização: a execução no sistema processual português. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (org.). Processo em Jornadas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 239.

2.3 O PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL PRÉ-EXECUTIVO PEPEX NA REFORMA LUSITANA DE 2014

A reforma de 2014, instituída pela Lei n.º 32/2014, previu a possibilidade de o credor valer-se de expediente preparatório chamado “procedimento extrajudicial pré-executivo” (Pepex). Tal mecanismo permite que o credor obtenha informações que vão substanciar a sua decisão de judicializar ou não a demanda executiva. Portanto, o sistema executivo português, além do processo judicial, conta com procedimento preparatório que oferta dados e informações para uma melhor tomada de decisão por parte do credor.

O procedimento tem natureza facultativa e é realizado por intermédio do agente de execução, que é instado a consultar várias bases de dados em termos absolutamente idênticos aos da execução, com a finalidade de averiguar a existência de bens penhoráveis antes mesmo de instaurar a ação de execução. Entretanto, faz-se necessária a existência de título executivo dotado de liquidez, certeza e exigibilidade¹⁵⁸¹, e é possível a antecipação das diligências prévias à penhora, conforme o artigo 749 do CPC lusitano de 2013, que permite consulta à base de dados, como previsto no artigo 9.º da Lei do Pepex n.º 32/2014¹⁵⁸². Em caso de inexistência de bens penhoráveis, pode-se solicitar

¹⁵⁸¹ Os requisitos do Pepex estão presentes no artigo 3.º da Lei n.º 32/2014, de 30 de maio de 2014: “O recurso ao procedimento extrajudicial pré-executivo é admissível desde que verificados os seguintes requisitos: a) O requerente esteja munido de título executivo que reúna as condições para aplicação da forma sumária do processo comum de execução para pagamento de quantia certa, nos termos do artigo 550.º do Código de Processo Civil; b) A dívida seja certa, exigível e líquida; c) O requerente indique o seu número de identificação fiscal em Portugal, bem como o do requerido.” (PORTUGAL. *Lei n.º 32/2014, de 30 de maio*. Procedimento extrajudicial pré-executivo. Disponível em: https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2124&tabela=leis&ficha=1. Acesso em: 9 abr. 2023).

¹⁵⁸² Artigo 9.º da Lei n.º 32/2014, de 30 de maio de 2014: “1 - O agente de execução realiza as consultas às bases de dados da administração tributária, da segurança social, do registo civil, do registo nacional de pessoas coletivas, do registo predial, do registo comercial e do registo de veículos e de outros registos ou arquivos semelhantes, para obtenção de informação referente à identificação e localização do

requerido, bem como dos bens penhoráveis de que seja titular, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, sob parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados, nos termos do artigo 22.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e, quando esteja em causa matéria relativa a bases de dados da administração tributária ou da segurança social, deve ser aprovada igualmente pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças ou da segurança social. [...] 5 - Para identificação e localização dos bens penhoráveis de que o requerido seja titular, o Banco de Portugal disponibiliza por via eletrónica ao agente de execução informação acerca das instituições legalmente autorizadas a receber depósitos em que o requerido detém contas ou depósitos bancários, em termos análogos aos previstos no n.º 6 do artigo 749.º do Código de Processo Civil, e de acordo com protocolo celebrado entre o Ministério da Justiça, a associação pública profissional representativa dos agentes de execução e o Banco de Portugal. 6 - Os resultados das consultas e a informação disponibilizada não podem ser divulgados ou utilizados para qualquer outro fim que não o previsto na presente lei.” (PORTUGAL. *Lei n.º*

certidão em favor do credor que comprove que não tem patrimônio, a qual pode ser utilizada para fins de dedução de imposto, conforme o artigo 25 da Lei n.º 32/2014.

Assim, há como decidir com base em informações prévias se se intenta ou não a ação executiva, deixando a demanda executiva de ser um ato de obrigatoriedade turvo, sem perspectivas de êxito, para ser um ato de estratégia e gestão a ser definido pelo detentor do crédito. Nesse sentido, há especial relevância no tema, pois essa prática lusitana permite evitar a propositura de execuções fadadas ao fracasso¹⁵⁸³, além de ser importante “ferramenta propícia à obtenção de acordo”¹⁵⁸⁴.

O Pepex introduziu uma experiência bem-sucedida no sistema lusitano por possibilitar a identificação dos requeridos em relação aos quais não se teve êxito em obter adimplemento da obrigação, “o que pode dificultar novas contratações pelo mesmo devedor, na prevenção de processos sem viabilidade, permitindo de forma prévia as avenças”¹⁵⁸⁵. Dessa

forma, além de ser possível identificar os devedores que têm potencial para uma demanda executiva, obtendo-se informações para consecução e acordo, pode-se aferir quem seria ou não um bom devedor em fase pré-contratual, por exemplo.

3. A INFLUÊNCIA DA DESJUDICIALIZAÇÃO LUSITANA NO PL 6204/2019 E AS ALTERAÇÕES QUE TÊM SIDO FEITAS NO SEU PERCURSO

A proposta do PL 6204/2019 não foi precedida de um relatório prévio, como ocorreu na pré-reforma lusitana, quando foi feito um diagnóstico das razões da ineficiência da ação executiva naquele país. O PL 6204/2019 trouxe justificativas de ordem financeira e de morosidade da execução, mas não identificou uma relação direta entre os gargalos da execução e o grau de efetividade da execução, não esclarecendo se a desjudicialização da execução seria solução para o caso brasileiro¹⁵⁸⁶.

32/2014, de 30 de maio. Procedimento extrajudicial pré-executivo. Disponível em: https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2124&tabela=leis&ficha=1. Acesso em: 9 abr. 2023).

¹⁵⁸³ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Desjudicialização: a execução no sistema processual português. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (org.). Processo em Jornadas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 241-242.

¹⁵⁸⁴ AREDE, Helder da Silva. *Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX)*: o

mecanismo necessário para a eficácia da ação executiva. 2016. 88 f. Dissertação (Mestrado em Solicitadoria) – Escola de Negócios de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 16. Disponível em: https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/18059/1/H%C3%A9lder_Arede.pdf. Acesso em: 9 jul. 2022

¹⁵⁸⁵ GONÇALVES, Gláucio Maciel; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. PEPEX: entre o cumprimento e a coerção. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 256.

¹⁵⁸⁶ YARSHELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Desjudicialização da execução civil:

O CNJ criou, em 2018, um Comitê para que a *Agenda 2030* da Organização das Nações Unidas (ONU) ¹⁵⁸⁷ fosse transformada em meta nacional para o Judiciário; com a Resolução n.º 296/2019-CNJ, formalizou a instituição de uma Comissão Permanente de Solução Adequada de Conflitos, visando a desjudicialização. Em 2020, instituiu um Grupo de Trabalho (Portaria n.º 272, de 4 de dezembro de 2020) ¹⁵⁸⁸ para contribuir com a modernização e a efetividade nos processos de execução. Contudo, tanto o relatório *Justiça em números*, quanto o Painel de Execução Civil, ambos do CNJ, não trouxeram

informações sobre a razão dos processos baixados, limitando-se aos numerários, sem esmiuçar dados de forma específica.

Tampouco está previsto no PL nº 6204/2019 uma ferramenta como o Pepex lusitano, ainda que tenha sido muito cogitado na fase dos debates prévios à proposição ¹⁵⁸⁹ ¹⁵⁹⁰, sendo defendido como medida salutar que visa “atender às diversas especificidades da busca de bens no patrimônio do devedor em nosso sistema de justiça”¹⁵⁹¹.

A doutrina, no entanto, justifica que a antecipação do conhecimento da situação patrimonial do devedor pode

uma solução útil e factível entre nós? In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (org.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020, p. 362-364.

¹⁵⁸⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Caderno Agenda 2030 e inovação no Poder Judiciário*: coletânea de atos normativos relacionados à Agenda 2030. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/CADERNO-AGENDA-2030-6.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023. A *Agenda 2030* é uma Agenda de Direitos Humanos aprovada em Assembleia pela ONU e um Plano de Ação para 193 países integrantes das Nações Unidas, com 17 objetivos, metas e indicadores que permitem comparar o desempenho das Nações no cumprimento desses compromissos, cujo propósito é conferir maior visibilidade aos sujeitos de direitos, usando indicadores para medir os resultados de sua atuação em favor da sociedade.

¹⁵⁸⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria n.º 272, de 4 de dezembro de 2020. *DJe/CNJ* n. 386, p. 2-3, 7 dez. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3612>. Acesso em 9 abr. 2023.

¹⁵⁸⁹ Em sessão de debates temáticos sobre o PL 6204/2019, em 9 de maio de 2022, a juíza representante da Associação de Magistrados

Brasileiros Marília de Ávila e Silva Sampaio questionou como o PL com forte inspiração lusitana deixou de fora o Pepex, o que ao seu ver configurou enorme falha (BRASIL. Senado Federal. Sessão de debates temáticos sobre a simplificação de cobrança de títulos executivos civis. *YouTube*, 9 maio 2022 (1:57:07). Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=G9bCm2GFzJw>. Acesso em: 19 ago. 2022).

¹⁵⁹⁰ Flávia Pereira Ribeiro explica que, em sua pesquisa – que contribuiu para a referida proposição –, cogitou alterar a ordem de proposições, sugerindo como primeira iniciativa de desjudicialização a inserção do Pepex. Entretanto, no seu pós-doutoramento, seguindo orientação do professor doutor José Lebre de Freitas, defendeu a inserção da figura do agente de execução no ordenamento; posteriormente, haveria a possibilidade de um aumento de suas atribuições com uma emenda no PL (RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 166-167).

¹⁵⁹¹ HILL, Flávia Pereira. A produção antecipada da prova para a busca de bens no patrimônio do devedor: rumo a uma execução mais efetiva e racional. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, maio/ago. 2021, p. 320.

ocorrer a pedido do credor e antes de ter início a fase executiva, seguindo o dever de cooperação, pelo qual o magistrado deve providenciar a remoção de obstáculos para a obtenção de documentos ou informações indispensáveis à prática de atos processuais¹⁵⁹². Afirma Elias Marques de Medeiros Neto¹⁵⁹³ que a antecipação seria feita com base no artigo 772 do CPC, que prevê a possibilidade de o exequente indicar sujeitos que forneçam informações sobre o objeto da execução, como documentos e dados. O recurso ao artigo 772 seria combinado com o artigo 381 do CPC (antecipação de prova sem a necessidade de demonstração de urgência) para obter informações sobre quais são e onde estão os bens do devedor.

No que tange ao PL 6204/2019, há forte influência da desjudicialização lusitana, que inspirou a tese de doutoramento defendida por Flávia Pereira Ribeiro, a qual propõe a desjudicialização da execução civil adotando como paradigma o sistema português, embora traga especificidades e alterações que têm sido processadas ao longo dos debates.

Assim, ainda que, no Brasil, o PL 6204/2019 tenha inserido a figura do agente de execução, ela foi delegada de forma exclusiva ao tabelião de protesto (artigo 3.º). Ao agente de execução, cabe examinar o requerimento e os requisitos do título executivo (artigo 4.º, inciso I),

efetuar a citação (artigo 4.º, inciso III), a penhora e a avaliação de bens (artigo 4.º, inciso IV), realizar atos de expropriação (artigo 4.º, inciso V), extinguir a execução (artigo 4.º, inciso VII) e suspendê-la diante da ausência de bens suficientes para a satisfação do crédito (artigo 4.º, inciso VIII).

Nesse sentido, um primeiro ponto de reflexão reside na exclusividade do exercício de agente de execução somente pelo tabelião de protesto, o qual não terá decréscimo de função, ao contrário, exercerá, além de suas funções regulamentares – aquelas para as quais prestou concurso público –, novas funções de agente de execução, sem que seja possível declinar delas, sob pena de responsabilidade, nos termos do artigo 23 do PL 6204/2019.

A escolha legislativa pelos tabeliães de protesto justifica-se pelo fato de que esses tabeliães já seriam capacitados a exercer o mister, já estariam habituados à análise dos títulos de crédito e, portanto, já estariam aptos a exercer o papel de agentes de execução. Além disso, seriam os mais capacitados para efetuar atos de penhora e de expropriação, conforme os incisos I, IV e V do artigo 4.º do referido PL. Assim, Joel Dias Figueira Júnior menciona quatro razões para o critério legislativo adotado: “simetria, pertinência temática, especialização e

¹⁵⁹² MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O CPC/2015 e a busca antecipada de bens do devedor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 271, set. 2017, p. 158-161.

¹⁵⁹³ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O CPC/2015 e a busca antecipada de bens do devedor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 271, set. 2017, p. 158-159.

número suficiente de cartórios de protestos”¹⁵⁹⁴.

Todavia, importa refletir sobre a quantidade de tabelionatos de protesto no país – cerca de 3.670 – e a sua capacidade real para suportar alta demanda¹⁵⁹⁵. À vista disso, já prevendo a possível impossibilidade de abarcar toda a gama de execuções que possam chegar aos cartórios, mesmo no regime de atual facultatividade¹⁵⁹⁶ da execução,

o artigo 6.º do PL 6204/2019-substitutivo previu a permissão de substabelecimento de atos executivos a substitutos e escreventes devidamente credenciados, conforme o artigo 4.º, parágrafo 3.º, do PL.

Tal ponto não passou despercebido pelo Legislativo. Em 11 de julho de 2021, uma nova emenda, de n.º 21, foi apresentada ao substitutivo do projeto com a seguinte proposta: “o

¹⁵⁹⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Estudo de impacto jurimétrico aplicado à desjudicialização da execução civil: análise do PL 6.204/19. *Migalhas*, 14 abr. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363839/impacto-jurimetrico-aplicado-a-desjudicializacao-da-execucao-civil>. Acesso em: 9 abr. 2023. De acordo com o estudo sobre o impacto jurimétrico, divulgado em 22 de março de 2022 pela Associação Brasileira de Jurimetria, os tabelionatos de protesto possuem capacidade técnica e estrutura suficiente para absorver a demanda nacional brasileira, contudo, haveria necessidade de contratação de novos prepostos: “Analogamente, levando-se em consideração os números conservadores da base do Justiça em Números e considerando-se um cenário de facultatividade no envio das execuções, ou redução no volume esperado de novas execuções (50% do volume esperado, uma capacidade de absorção das execuções 50% maior dos tabelionatos com relação ao Judiciário e uma carga de trabalho de 170 execuções por preposto por ano), seriam enviados para os tabelionatos de protesto cerca de 2 milhões de execuções. Com isso, os tabelionatos de apenas 7% das comarcas estariam sobrecarregados. Ainda neste cenário, para que os tabelionatos absorvam com eficiência essas demandas, seria necessário contratar 669 prepostos em todo o Brasil. Em geral, o estudo concluiu que os tabelionatos têm uma estrutura robusta o suficiente para absorver as demandas executivas cíveis fundadas em títulos executivos extrajudiciais e judiciais, nos termos do PL 6.204/19, que atualmente são de

competência exclusiva do Poder Judiciário.” (NUNES, Marcelo Guedes; TRECENTI, Julio. Parecer acerca da desjudicialização da execução civil – PL 6.204/19. São Paulo, 22 mar. 2022, p. 27. Disponível em: https://trnv.com.br/wp-content/uploads/2022/05/20220322_parecer_jurimetrico_estudo_pl6204_terranova.pdf. Acesso em: 9 abr. 2023).

¹⁵⁹⁵ FARIA, 2021, p. 376-377.

¹⁵⁹⁶ O regime proposto no PL-substitutivo previu a facultatividade em uma desjudicialização já seletiva para determinados sujeitos, uma vez que certas pessoas estariam excluídas da regência do PL 6204/2019, como o incapaz, o condenado preso ou internado, as pessoas jurídicas de direito público, a massa falida e o insolvente civil, conforme parágrafo único do artigo 1.º. Além disso, há emendas recentes que preveem a exclusão de incidência do valor da causa (limitação de teto de até vinte salário mínimos, pela emenda n.º 16, e de mil salários mínimo, pela emenda n.º 9) e da origem do título, com a exclusão dos títulos judiciais, emenda n.º 18 (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 6.204, de 2019*. Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis n.ºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 9.492, de 10 de setembro de 1997; 10.169, de 29 de dezembro de 2000; e 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>. Acesso em: 9 abr. 2023.

agente de execução poderá substabelecer a prática dos atos executivos *apenas ao seu substituto imediato*, que somente poderá atuar se estiver munido de documentos que comprovem a sua condição de agente de execução”¹⁵⁹⁷. Essa emenda cria uma hipótese de restrição para o substabelecimento de atos de agente de execução. É oportuno frisar que o substabelecimento da prática de atos executivos a substitutos e escreventes credenciados é algo que deve ser visto com critério e cuidado, a fim de evitar o mesmo percalço lusitano de 2003, quando os solicitadores ficaram sobressaltados com a alta demanda e com a necessidade de apressada capacitação para os atos executivos.

Quanto ao quantitativo dos tabelionatos de protesto, aparentemente insuficiente para a possível demanda e para as dimensões territoriais do Estado brasileiro, poderia haver a inclusão de todos os notários e registradores do país, de modo que haveria não mais 3 670 (tabelionatos de protesto), mas 13 373 serventias extrajudiciais, um acréscimo de 355%, o

que poderia trazer produtividade, igualdade, melhor facilidade de acesso ao cidadão, além de salvaguardar de forma prática a independência e a imparcialidade do agente sem que isso acarretasse obstáculo ao cidadão¹⁵⁹⁸.

Outra possibilidade seria a criação de nova categoria, tal como aconteceu com a lei de mediação, tendo desde sua gênese a possibilidade de inserção de pressupostos próprios, o que evitaria vícios, cumulação de outras tarefas e princípios de outros ramos profissionais. Ademais, rememora-se, nesse sentido, que um dos tropeços da reforma portuguesa foi o aproveitamento de outras carreiras em 2003, fato sanado em 2008, quando houve a opção por nova carreira profissional, estendendo-se aos advogados a possibilidade do exercício da profissão¹⁵⁹⁹.

Outrossim, se a preocupação reside no aproveitamento das estruturas já existentes, como critério de celeridade e de eficiência, os oficiais de justiça poderiam ser cogitados para agentes de execução¹⁶⁰⁰, já que se encontram inseridos no sistema de

¹⁵⁹⁷ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 6.204, de 2019*. Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis n.ºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 9.492, de 10 de setembro de 1997; 10.169, de 29 de dezembro de 2000; e 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>. Acesso em: 9 abr. 2023.

¹⁵⁹⁸ FARIA, 2021, p. 379-380.

¹⁵⁹⁹ FARIA, 2021, p. 378-379.

¹⁶⁰⁰ Em sessão de debates temático sobre o PL 6204/2019 em 9 de maio de 2022, Julio Fontella, representante da Federação dos Oficiais de Justiça, e Eliandro Almeida, representante do Sindicato dos Oficiais, esclareceram que há 35 000 oficiais de justiça no Brasil que já exercem o papel de agente de execução. Segundo eles, a atividade precisa ser transformada em atividade de inteligência. Foram feitos pedidos de providências ao CNJ para ampliação das funções de oficial de justiça (consulta n.º 6202/1995, que solicita correção nas funções dos oficiais de justiça), criação de perfil Sisbajud para oficial de justiça (pedido de providência n.º

justiça, habituados com atos provenientes do processo de execução, além de serem auxiliares da justiça, consoante o artigo 149 do CPC, servidores públicos ocupantes de cargos público efetivos, provenientes de concurso público e sujeitos a regime estatutário, vinculados à estrutura organizacional do Poder Judiciário. Desse modo, há de se indagar se sua não inserção no movimento *desjudicializante* não seria “uma drástica redução do leque de funções atribuídas aos oficiais” e um “esvaziamento” de suas funções, além do desperdício de dinheiro público, uma vez que suas despesas já estão custeadas pelo Erário¹⁶⁰¹.

Importa observar que, no atual estágio de reflexão dos debates e de emendas sobre o PL 6204/2019, o agente de execução é o tabelião de

protesto (artigo 3.º), de forma exclusiva, com possibilidade de substabelecimento. O próprio agente e o substabelecido devem ter capacidade técnica e jurídica, porque existe a previsão de capacitação específica, conforme o artigo 22 do PL, para evitar que tal função seja exercida sem o devido preparo, sem critérios, sem tempo e sem a reflexão necessária. Os agentes devem estar realmente aptos a garantir o acesso à justiça e a evitar “retrocessos garantísticos”¹⁶⁰² na seara extrajudicial.

O agente de execução lusitano é considerado, por sua natureza, um auxiliar do juízo, isto é, um profissional liberal de natureza privada, cuja categoria profissional é autônoma e recebe honorários específicos, regulamentados pela Portaria n.º 282/2013, de 29 de agosto de 2013¹⁶⁰³.

3539) e PL 379/2022 para alteração no CPC/2015. Além disso, afirmaram, deve-se ter cuidado com a “uberização da atividade do oficial de justiça”. Por outro lado, em sede de réplica a tais questões, Joel Dias Figueira Júnior ponderou que haverá a aplicação subsidiária do CPC no PL 6204/2019 com o auxílio dos oficiais de justiça, porque “não há demérito ao oficial de justiça que assim como o juiz será liberado (para realização de tarefas mais importantes), o oficial de justiça também o será.” (BRASIL. Senado Federal. Sessão de debates temáticos sobre a simplificação de cobrança de títulos executivos civis. *YouTube*, 9 maio 2022 (1:57:07). Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=G9bCm2GFzJw>. Acesso em: 10 abr. 2023).

¹⁶⁰¹ MOUTA, José Henrique. Execução civil extrajudicial brasileira em perspectiva: da experiência europeia a algumas reflexões sobre o projeto de lei n.º 6.204/2019. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de

Janeiro, ano 16, v. 23, n. 1, jan./abr. 2022, p. 645-646.

¹⁶⁰² HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, jan./abr. 2021, p. 391. Para Flávia Pereira Hill, a concepção do devido processo legal extrajudicial está fincado em cinco pilares fundamentais: “(a) imparcialidade e independência dos agentes competentes; (b) controle externo; (c) publicidade; (d) previsibilidade do procedimento e (e) contraditório.” (HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, jan./abr. 2021, p. 391).

¹⁶⁰³ PORTUGAL. Portaria n.º 282/2013, de 29 de agosto de 2013. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articula

O artigo 720 do CPC de Portugal¹⁶⁰⁴ prevê ainda a possibilidade da escolha de quem será o agente de execução para uma determinada demanda: a designação do agente de execução será realizada pelo exequente e o agente será escolhido entre os registrados na listagem oficial; na hipótese de o exequente não ter designado agente de execução ou ficando a designação sem efeito, a secretaria fará a escolha, segundo a escala constante da lista oficial, por meios eletrônicos que possibilitem a aleatoriedade no resultado e a igualdade na distribuição.

Por outro lado, o controle das atividades do agente de execução tem duplo caráter: um deontológico e outro de natureza processual. O primeiro é realizado pela Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ), o outro é feito pelo juiz quando instado a se manifestar sobre atos realizados pelo agente¹⁶⁰⁵.

No que diz respeito à responsabilidade do Estado pelos atos do agente de execução no sistema português¹⁶⁰⁶, ela é solidária e de natureza subjetiva, segundo Miguel Teixeira de Sousa¹⁶⁰⁷. Sobre o tema, José Lebre de Freitas leciona que isso “não impede a responsabilidade do Estado

do.php?tabela=leis&artigo_id=1968A0041&nid=1968&nversao=&tabela=leis. Acesso em: 20 abr. 2023.

¹⁶⁰⁴ PORTUGAL. Lei n.º 41/2013, de 26 de junho de 2013. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/41-2013-497406>. Acesso em: 20 abr. 2023.

¹⁶⁰⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. Processo executivo: a experiência de descentralização no processo civil português. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 5, n. 9, jan./jun. 2019, p. 87. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/168550>. Acesso em: 8 jul. 2022.

¹⁶⁰⁶ O artigo 45, item 4, da Portaria n.º 282/2013, de 29 de agosto de 2013, define: “O agente de execução que, por sua iniciativa, pratique atos desnecessários, inúteis ou dilatórios, é responsável pelos mesmos, não podendo reclamar a qualquer das partes o pagamento de honorários ou despesas incorridas em virtude da sua prática.” (PORTUGAL. Portaria n.º 282/2013, de 29 de agosto de 2013. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articula.do.php?tabela=leis&artigo_id=1968A0041&nid=1968&nversao=&tabela=leis. Acesso em: 20 abr. 2023).

¹⁶⁰⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. Processo executivo: a experiência de descentralização no processo civil português. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 5, n. 9, jan./jun. 2019, p. 89. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/168550>. Acesso em: 8 jul. 2022. Sobre o tema da responsabilidade, Miguel Teixeira de Sousa leciona: “o agente de execução é responsável pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por ele cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontrava obrigado em razão do cargo (artigo 8.º, n. 1, RRCE – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas); nesse caso, o Estado é responsável de forma solidária com o agente de execução (art. 8.º, n. 2, RRCE) e, se tiver satisfeito a indenização, goza do direito de regresso contra aquele agente (art. 8.º, n. 3, RRCE).” (SOUSA, Miguel Teixeira de. Processo executivo: a experiência de descentralização no processo civil português. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 5, n. 9, jan./jun. 2019, p. 89. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/168550>. Acesso em: 8 jul. 2022).

pelos actos ilícitos [...] pelos actos dos seus funcionários”¹⁶⁰⁸, e poderia exercer o direito de regresso em face do agente que causou o dano. Certo é que em Portugal deve ser mantido um seguro de responsabilidade civil no valor de 100.000 euros para eventual responsabilização, como garantia de reparação¹⁶⁰⁹, previsto na Lei portuguesa n.º 154/2015, Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, havendo possibilidade de regresso contra o causador do dano.

Por seu turno, sobre a natureza jurídica do agente de execução, o PL 6204/2019 apenas agregou mais uma competência à categoria já existente de tabeliães que já agem em caráter privado, por meio de delegação do Poder Público e percebendo emolumentos pelos atos praticados, conforme o artigo 236, *caput* e § 2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Já quanto à possibilidade de escolha do agente de execução, o artigo 7.º do referido PL trouxe disposição

sobre critério da distribuição do feito, que será regida pelas regras de competência já previstas nos artigos 516 e 781 do CPC brasileiro. Isso representa um acerto, uma vez que não vincula determinado agente de execução, o que proporciona divisão equânime e imparcialidade nas execuções processadas perante o tabelionato de protesto, além de evitar predileções pessoais por certos agentes. No que diz respeito ao controle dos atos praticados pelo agente de execução brasileiro, ele será exercido pelo CNJ e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, conforme o artigo 27 do PL 6204/2019.

O regime de responsabilidade poderá ser civil, administrativo e criminal, consoante o artigo 4.º, parágrafo 4.º, do PL 6204/2019, não havendo previsão no PL sobre eventual responsabilidade do Estado. Entretanto, segundo o artigo 22 da Lei n.º 8.935/1994, os tabeliães de protesto de títulos são civilmente responsáveis por

¹⁶⁰⁸ FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 7. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 38.

¹⁶⁰⁹ O Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, Lei n.º 154/2015, no artigo 123, prevê a responsabilidade civil profissional: “1 - O associado com inscrição em vigor deve celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional, tendo em conta a natureza e o âmbito dos riscos inerentes à sua atividade, por um capital de montante não inferior ao que seja fixado pelo conselho geral, sem prejuízo do regime especialmente aplicável às sociedades e do disposto no artigo 38.º da Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro. 2 - O seguro de responsabilidade civil profissional tem que cobrir as responsabilidades profissionais pelos seguintes valores mínimos: a) De 100.000 euros

no caso de solicitadores; b) De 100.000 euros quando se trate de agentes de execução ou o correspondente a 50% do valor da faturação do ano anterior, caso seja superior a (euro) 100 000. 3 - As sociedades profissionais com responsabilidade limitada devem celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional no valor mínimo de (euro) 200 000, não podendo ser inferior a 50% do valor da faturação da sociedade no ano anterior, com um limite máximo de (euro) 5 000 000.” (PORTUGAL. Lei n.º 154/2015, de 14 de setembro. *Diário da República*, n.º 179/2015, Série I, p. 7842-7889, 14 set. 2015. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2442A0123&nid=2442&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 20 abr. 2023).

todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso, tendo o Estado responsabilidade objetiva sobre os atos, assegurado o direito de regresso, sob pena de improbidade administrativa¹⁶¹⁰.

Quanto à irrecorribilidade das decisões do agente de execução e à obrigatoriedade do procedimento perante os tabelionatos de protesto para as execuções por quantia certa, os dispositivos – respectivamente, artigo 21, § 2.º e artigo 6.º do PL 6204/2019 – foram alterados pelo parecer do Senador Marcos Rogério, apresentado em 12 de abril de 2022. O procedimento é hoje de caráter facultativo e existe a possibilidade de se opor ao procedimento.

Destarte, a facultatividade procedimental e a recorribilidade foram mudanças de acerto. Será possível analisar com o decorrer do tempo a capacidade dos agentes de execução e de seus substabelecidos para efetuar a nova tarefa a eles destinada, sem que as esperadas adaptações e definições de situações jurídicas vindouras causem prejuízo ao cidadão. Outrossim, o regime de facultatividade harmoniza-se com as legislações já existentes no ordenamento brasileiro, como a Lei n.º

11.441, de 4 de janeiro de 2007, relativa ao inventário, à separação e ao divórcio.

O PL 6204/2019 trouxe avanços em relação ao sistema instituído em Portugal já que aqui se buscou “evitar os problemas detectados nas pesquisas realizadas em Portugal”, como a inexistência prévia de formação técnica dos agentes de execução, controle externo e independente das atividades do agente e plataforma informatizada para a realização dos atos de execução¹⁶¹¹.

Observa-se, então, que o PL 6204/2019, ainda que de forte inspiração lusitana, tem especificidades, sendo um caminho a ser seguido para a resolução dos problemas da execução. A proposta de desjudicialização do PL 6204/2019 ainda está, porém, sujeita a debates, tendo registrado uma marca histórica na ferramenta “opine sobre essa matéria” do Senado Federal, desde seu surgimento, em momentos de acirramento dos debates entre o “sim” e

¹⁶¹⁰ Tema de Repercussão Geral n.º 777 do Supremo Tribunal Federal (tese firmada no RE 842846/SC): “O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o

dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa”.

¹⁶¹¹ RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 174.

“não”¹⁶¹² do Senado Federal¹⁶¹³, o que demonstra a participação da sociedade e confirma sua relevância para a execução.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o PL 6204/2019 tenha sido influenciado pela experiência de desjudicialização de Portugal, por ter sido inspirado pela tese de doutoramento defendido por Flávia Pereira Ribeiro, que propõe a desjudicialização da execução civil com base no sistema lusitano, as especificidades do nosso país e o caminhar do Projeto já começam a delinear características próprias e alguns pontos de distanciamento do modelo português.

Diferentemente do sistema português, não houve um relatório prévio que permitisse fazer um mapeamento das razões da ineficiência da ação executiva em nosso país.

Tampouco está previsto no PL 6304/2019 uma ferramenta como o Pepex lusitano, ainda que seja reconhecido pela doutrina portuguesa e brasileira como instrumento que contribuiu para a celeridade da execução lusitana e muito poderia contribuir para a resolução dos

problemas da execução em nosso país.

Ainda que, no Brasil, o PL 6204/2019 tenha inserido a figura do agente de execução, ela foi delegada de forma exclusiva ao tabelião de protesto.

No sistema português, no início, a reforma incluiu como agentes de execução poucos profissionais, com pouco preparo, sem suporte de infraestrutura tecnológica e sem controle deontológico e das quantias movimentadas, o que exigiu alterações legislativas, seja para inserir outro profissional, seja para efetuar o controle de seus atos.

Visando ultrapassar tais entraves, no Brasil, os agentes de execução seriam os tabeliães de protesto, que estariam preparados e seriam controlados pelo CNJ e pelas corregedorias, quanto aos atos e quantias movimentadas. Todavia, as diferenças territoriais e populacionais entre Brasil e Portugal ensejam a expansão do rol de legitimados como agentes de execução ou mesmo a criação de uma nova categoria sob o controle do CNJ.

Enquanto em Portugal a natureza jurídica do agente de execução é de um auxiliar do juízo, com honorários específicos, sendo escolhido pelo credor e estando sujeito a um controle

¹⁶¹² A ferramenta “opine sobre essa matéria” é um instrumento de consulta pública que permite recolher opiniões desde o início até o final da tramitação dos projetos de lei. Cada usuário pode votar apenas uma vez, não sendo possível mudar ou apagar o voto, conforme a Resolução n.º 26/2013 do Senado Federal. Embora não tenha o condão de vincular votos ou opiniões dos senadores, indica a opinião do público que

participou da consulta, contribuindo para a formação da opinião de cada senador.

¹⁶¹³ Em julho de 2022, a matéria havia recebido 5 815 votos SIM e 6 214 votos NÃO. Hoje, em abril de 2023, há 6 059 votos para o SIM e 6 324 votos para o NÃO, o que revela um aumento da aceitação da desjudicialização por meio do PL 6204/2019.

deontológico e processual com responsabilidade solidária e subjetiva, no Brasil, os agentes de execução realizaram atos em caráter privado, por meio de delegação do Poder Público. Receberiam emolumentos e teriam responsabilidade objetiva, podendo ser responsabilizados pessoalmente, assegurado o direito de regresso.

Diferentemente da execução portuguesa, a proposta original de obrigatoriedade da execução por quantia certa nos tabelionatos de protesto foi substituída pela facultatividade no PL 6204/2019. Tal iniciativa é louvável, pois representa uma outra forma de acesso à justiça executiva em locais difíceis, sendo alternativa para alavancar a execução em conjunto com a execução judicializada, sem compartimentá-la, de modo a atender a realidade brasileira, tão difusa e multifacetada.

Em suma, a desjudicialização em nosso país apresenta-se como um novo caminho na execução, sendo salutar a possibilidade de se abrir uma porta a mais. Embora o PL 6204/2019 tenha sido influenciado pela experiência de desjudicialização de Portugal, as especificidades do nosso país e o caminhar do Projeto já começam a delinear características próprias e alguns pontos de distanciamento do sistema lusitano.

REFERÊNCIAS

- AREDE, Hélder da Silva. *Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX): o mecanismo necessário para a eficácia da ação executiva*. 2016. 88 f.
- Dissertação (Mestrado em Solicitadoria) – Escola de Negócios de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em:
https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/18059/1/H%C3%A9lder_Arede.pdf. Acesso em: 9 jul. 2022.
- BANCO MUNDIAL. *Doing Business Subnacional Brasil 2021*. Disponível em:
<https://subnational.doingbusiness.org/pt/reports/subnational-reports/brazil>. Acesso em: 9 jul. 2023.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 6.204, de 2019*. Dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial; altera as Leis n.ºs 9.430, de 27 de dezembro de 1996; 9.492, de 10 de setembro de 1997; 10.169, de 29 de dezembro de 2000; e 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2019. Disponível em:
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>. Acesso em: 9 abr. 2023.
- BRASIL. Senado Federal. Sessão de debates temáticos sobre a simplificação de cobrança de títulos executivos civis. *YouTube*, 9 maio 2022 (1:57:07). Disponível em:
<https://www.youtube.com/watch?v=G9bCm2GFzJw>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria n.º 272, de 4 de dezembro de 2020. *DJe/CNJ* n. 386, p. 2-3, 7 dez. 2020. Disponível em:
<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3612>. Acesso em 9 abr. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Caderno Agenda 2030 e inovação no Poder Judiciário: coletânea de atos*

- normativos relacionados à Agenda 2030. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/CADERNO-AGENDA-2030-6.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022*. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023.
- FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte um). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 313, p. 393-414, mar. 2021.
- FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte dois). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 314, p. 371-391, abr. 2021.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. O alvissareiro Projeto de Lei 6.204/19: desjudicialização de títulos executivos civis e a crise da jurisdição. *GenJurídico.com.br*, 6 dez. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/12/06/projeto-de-lei-6204-desjudicializa/#ftn3>. Acesso em: 8 jul. 2022.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Estudo de impacto jurimétrico aplicado à desjudicialização da execução civil: análise do PL 6.204/19. *Migalhas*, 14 abr. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363839/impacto-jurimetrico-aplicado-a-desjudicializacao-da-execucao-civil>. Acesso em: 9 abr. 2023.
- FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*. 7. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017.
- GONÇALVES, Gláucio Maciel; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. PEPEX: entre o cumprimento e a coerção. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020. p. 251-267.
- GUERREIRO, Cristina Abranches. O calcanhar de Aquiles e outras histórias da mitologia clássica. *Revista Capa e Batina: Associação dos Antigos Estudantes de Coimbra em Lisboa*, Lisboa, n. 47, 3. série, p. 19-20, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/33592>. Acesso em: 9 abr. 2023.
- HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 1, p. 379-408, jan./abr. 2021.
- HILL, Flávia Pereira. A produção antecipada da prova para a busca de bens no patrimônio do devedor: rumo a uma execução mais efetiva e racional. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, p. 302-322, maio/ago. 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Desjudicialização: a execução no

- sistema processual português. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (org.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 229-244.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O CPC/2015 e a busca antecipada de bens do devedor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 271, p. 155-177, set. 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 36-44, jul./ago. 2000. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_06_36.pdf. Acesso em: 19 abr. 2023.
- MOUTA, José Henrique. Execução civil extrajudicial brasileira em perspectiva: da experiência europeia a algumas reflexões sobre o projeto de lei n.º 6.204/2019. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 1, p. 622-655, jan./abr. 2022.
- NUNES, Marcelo Guedes; TRECENTI, Julio. Parecer acerca da desjudicialização da execução civil – PL 6.204/19. São Paulo, 22 mar. 2022. Disponível em: https://trnv.com.br/wp-content/uploads/2022/05/20220322_parecer_jurimetrico_estudo_pl6204_terranova.pdf. Acesso em: 9 abr. 2023.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do processo de execução. In: PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaio e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 105-118.
- PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reformas*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001. Disponível em: <https://crlisboa.org/docs/publicacoes/on-line/acao-executiva-caracterizacao-bloqueios-propostas-reforma.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023.
- PORTUGAL. DL n.º 201/2003, de 10 de setembro. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mosstra_articulado.php?nid=854&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 20 abr. 2023.
- PORTUGAL. Lei n.º 41/2013, de 26 de junho. Código de Processo Civil (novo). Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mosstra_articulado.php?artigo_id=1959A0723&nid=1959&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 20 abr. 2023.
- PORTUGAL. Portaria n.º 282/2013, de 29 de agosto de 2013. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=1968A0041&nid=1968&nversao=&tabela=leis. Acesso em: 20 abr. 2023.
- PORTUGAL. Lei n.º 32/2014, de 30 de maio. Procedimento extrajudicial pré-executivo. Disponível em: https://pgdlisboa.pt/leis/lei_mosstra_articulado.php?nid=2124&tabela=leis&ficha=1. Acesso em: 20 abr. 2023.
- PORTUGAL. Lei n.º 154/2015, de 14 de setembro. *Diário da República*, n.º 179/2015, Série I, p. 7842-7889, 14 set. 2015. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mosstra_articulado.php?artigo_id=2442A0123&nid=2442&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 20 abr. 2023.
- RIBEIRO, Flávia Pereira. *Desjudicialização da execução civil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. In: SICA,

- Heitor (coord.). *Observatório da Execução: Reunião 1 – Desjudicialização da execução. YouTube*, 31 ago. 2020. *Live jurídica* (2:37:29). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=JKbmh8Z_Q8A. Acesso em: 22 jun. 2022.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Processo executivo: a experiência de descentralização no processo civil português. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 83-97, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/168550>. Acesso em: 8 jul. 2022.
- YARSHELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Desjudicialização da execução civil: uma solução útil e factível entre nós? In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (org.). *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*. Curitiba: Juruá, 2020. p. 361-372.

ANEXO A

Quadro 1 – Termo do processo (1989-1999).

	1989		1991		1993		1995		1997		1999	
	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%
Indeferimento liminar	406	0,49	396	0,48	562	0,66	790	0,89	115	1,07	146	1,04
Arq. por falta de bens	113	13,74	934	11,23	103	12,79	895	10,2	127	11,55	135	9,60
Transação	547	0,66	475	0,57	369	0,43	474	0,54	556	0,52	569	0,40
Desistência	100	1,23	119	1,44	125	1,47	179	2,03	221	2,05	262	1,86
Sent. julg. extinta a execução	364	44,25	451	54,57	513	60,15	441	49,49	537	49,20	685	48,99
Outro termo	326	39,63	266	32,60	213	25,32	324	36,59	373	34,94	543	38,63
Total	823	100,00	832	100,00	852	100,00	885	100,00	107	100,00	141	100,00

Fonte: PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reformas*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001, p. 52. Disponível em: <https://crlisboa.org/docs/publicacoes/on-line/acao-executiva-caracterizacao-bloqueios-propostas-reforma.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023. Dados do Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça português.

ANEXO B

Quadro 2 – Resultado do processo (1989-1999).

	1989	1991	1993	1995	1997	1999

	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%	N.º	%
Todo-Pag. voluntário	441 26	53, 58	418 03	50, 22	467 73	54, 89	398 65	45, 01	481 04	44, 63	555 73	39, 36
Todo-Pag. coercitivo	578 0	7,0 2	720 8	8,6 6	807 4	9,4 8	738 4	8,3 4	832 1	7,7 2	115 02	8,1 5
Parcial-Pag. voluntário	212 8	2,5 8	209 1	2,5 1	221 1	2,5 9	214 2	2,4 2	228 4	2,1 2	318 1	2,2 5
Parcial-Pag. coercitivo	162 9	1,9 8	146 2	1,7 6	158 5	1,8 6	168 2	1,9 0	187 5	1,7 4	260 0	1,8 4
Pedido não satisfeito	286 94	34, 84	306 68	36, 85	265 66	31, 18	375 05	42, 34	472 09	43, 80	683 18	48, 39
Total	823 57	100 ,00	832 32	100 ,00	852 09	100 ,00	885 78	100 ,00	107 793	100 ,00	141 174	100 ,00

Fonte: PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. *A acção executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reformas*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001, p. 52. Disponível em: <https://crlisboa.org/docs/publicacoes/on-line/acao-executiva-caracterizacao-bloqueios-propostas-reforma.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2023. Dados do Gabinete de Estudos e Planeamento do Ministério da Justiça português.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AS INFRAÇÕES PENAIS PRETÉRITAS INSIGNIFICANTES: UMA NOVA PROPOSTA INTERPRETATIVA¹⁶¹⁴

THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT AND THE PAST INSIGNIFICANT CRIMINAL OFFENSES: A FRESH INTERPRETATIVE PROPOSAL

Thiago Rocha de Rezende

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela UERJ. Bacharel em Direito pela UFF.
Advogado. E-mail: 1.thiago.rocha.rezende@gmail.com. Link lattes:
<http://lattes.cnpq.br/1955187887202661> ¹⁶¹⁵

RESUMO: O presente artigo concentra-se no debate em torno de uma vedação ao Acordo de Não Persecução Penal, referente ao investigado reincidente ou contra quem haja elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (art. 28-A, § 2º, II, do Código de Processo Penal). Mais especificamente, o artigo quer olhar para essa vedação legalmente disposta e entender a exceção a ela: serem insignificantes as infrações penais pretéritas. Em tal sentido, o trabalho objetiva responder a qual é a melhor forma de se ler essa exceção, em uma lógica de redução de danos, uma vez que, apesar de considerar-se aqui a própria vedação referida inconstitucional, a prática não vem entendendo da mesma forma. Para

tanto, o que o artigo fez foi, primeiramente, tratar de questões que tangenciavam o seu objeto central, mas que apresentavam debates preliminares e imprescindíveis a ele. Logo após isso, o artigo fez, então, uma revisão bibliográfica de diversos outros trabalhos que de alguma forma se dedicaram ao tema, identificando e explicando as interpretações que já foram desenvolvidas acerca das infrações penais pretéritas insignificantes a que se refere o Acordo de Não Persecução Penal. Somente após tal esforço foi possível entender o real cenário em se encontrava a prática e a literatura no tocante ao objeto deste artigo, viabilizando-se compreender as suas deficiências e necessidades. As principais conclusões a que se chegou

¹⁶¹⁴ Artigo recebido em 04/05/2023 e aprovado em 17/01/2024.

¹⁶¹⁵ Considers the mentioned prohibition itself unconstitutional, the forensic practice has not agreed to it. For that, what the article did was, firstly, to deal with questions that just slightly touched on its central object, but that presented preliminary and essential debates to it. Soon after that, the article made a bibliographical review of several other works that in some way researched the present subject, identifying and explaining the interpretations that have already been developed about the insignificant past criminal offenses referred to in the Criminal Non-Persecution Agreement. Only after this effort it was possible to understand the real scenario in which the forensic practice and the literature were located in relation to the object of this article, making it possible to understand its deficiencies and needs. The main conclusions reached were (a) the insufficiency of the interpretation criteria already

foram (a) pela insuficiência dos critérios de interpretação já desenvolvidos, (b) pela necessidade de se referir a tais infrações penais como menos relevantes, não insignificantes, a fim de evitar confusões conceituais e (c) pela proposição de um novo critério interpretativo para tal disposição legal, que tenha como marcador a efetiva privação de liberdade na punição: menos relevantes (nos termos da lei, insignificantes) são as infrações penais pretéritas fora do escopo de uma aplicação efetiva de pena privativa de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal; Lei anticrime; infrações penais pretéritas insignificantes; Direito Processual penal; justiça negocial.

ABSTRACT: This article focus on the debate around one prohibition to Criminal Non-Persecution Agreement, which refers to the recidivist investigated or to the investigated against whom there is evidence of habitual, repeated or professional criminal conduct ((art. 28-A, § 2º, II, do Código de Processo Penal). More specifically, the article wants to look at such legally established prohibition and understand its exception: being insignificant the past criminal offenses. Thus, the work aims to respond to what's the best way to read this exception, in a logic of harm reduction, since, although this article developed, (b) the need to refer to such criminal offenses as less relevant, not insignificant, in order to avoid conceptual confusions and (c) the

proposition of a fresh interpretative criterion for that legal device, which has, as a marker, the effective deprivation of liberty in the punishment: less relevant (under the terms of the law, insignificant) are past criminal offenses outside the scope of an effective application of a custodial sentence.

KEYWORDS: Criminal non-prosecution agreement; anti-crime law; past insignificant criminal offenses; criminal procedural law; bargained justice.

INTRODUÇÃO

Com a famigerada Lei Anticrime – Lei nº 13.964/19 –, incluiu-se no Código de Processo Penal brasileiro o art. 28-A, inaugurando-se o hoje tão debatido Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Tal instituto permite que, em crimes cuja pena mínima cominada é inferior a 4 (quatro) anos, mediante algumas condições e proibições, seja proposto um acordo que, integralmente cumprido, deve resultar na extinção da punibilidade do agente.

Dentre essas vedações, uma em especial chamou a atenção deste trabalho, contida no inciso II do § 2º do referido dispositivo: “§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [...] II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;”.

Vê-se que o dispositivo veda a proposição do ANPP em caso de reincidência ou de haver elementos

probatórios indicando conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. Porém, ele faz uma exceção a tal vedação: serem insignificantes as infrações penais pretéritas. Ocorre que essa descrição legal da exceção é bastante vaga, sem ficar bem definido o que são essas infrações penais pretéritas insignificantes e o que demarca essa dita insignificância. Cabe à literatura processual penal, então, realizar uma construção interpretativa de tal conceito e é nessa esteira que se situa o presente artigo.

A partir desse cenário, a pergunta problema que norteia este trabalho já parece ficar mais clara: o que deve ser entendido por infrações penais pretéritas insignificantes no âmbito do ANPP? E com tal resposta, pode-se responder também a um questionamento mais geral: como deve ser lida a referida vedação ao oferecimento do ANPP?

O caminho metodológico que será feito para responder ao questionamento será o seguinte: a) primeiramente, o artigo fará uma análise crítica da referida vedação ao ANPP e uma análise interpretativa acerca do quanto da vedação é alcançada pela exceção – alcance integral da vedação ou parcial –, uma vez que são questões preliminares cujo tratamento é necessário para o debate do conteúdo da exceção; b) após, será feita uma análise igualmente crítica das interpretações que já foram produzidas acerca das infrações penais pretéritas insignificantes no ANPP; b) após, o artigo irá apresentar uma proposta própria de interpretação do referido conceito.

1. QUESTÕES CRÍTICAS E INTERPRETATIVAS PRELIMINARES: SOBRE A REINCIDÊNCIA E A CRIMINALIDADE HABITUAL, REITERADA OU PROFISSIONAL E O ALCANCE DA EXCEÇÃO

A primeira questão cuja abordagem aparece como necessária após a leitura do dispositivo é o uso da reincidência e da criminalidade habitual, reiterada ou profissional como vedações à proposição do ANPP, afinal, a compreensão de uma exceção tem como pressuposto a compreensão do objeto a ser excepcionado.

Em primeiro lugar, veja-se a reincidência. Reincidente, conforme definição legal (art. 63 do Código Penal), é o agente que cometeu novo crime após o trânsito em julgado de sentença que, no Brasil ou no estrangeiro, tenha o condenado por crime anterior. Cabe acrescentar que, ainda nos termos da lei (art. 64, inciso I, do Código Penal), não há reincidência se entre a data do cumprimento (ou da extinção) da pena e a infração posterior tiver decorrido mais de 05 anos.

A reincidência vem sofrendo diversas críticas ao longo do tempo, destacando-se aqui duas delas. Primeiramente, vê-se que a reincidência se assenta na reavaliação de um fato que já foi valorado e punido. Nos termos de Roig, a reincidência faz com que a punição anterior, em vez de encerrar em si o castigo, projete as suas sequelas

para a nova pena.¹⁶¹⁶ Nisso, vê-se uma clara violação do *ne bis in idem*: está-se adicionando à pena atual uma parcela de castigo cujo fundamento corresponde não ao fato em julgamento, mas a outro, já julgado e punido – está-se punindo novamente o mesmo fato. Desse modo, viola-se a garantia constitucional da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), pois está-se adicionando carga punitiva a uma pena cujo limite já transitou em julgado. E tais críticas aplicam-se igualmente no que se refere à utilização da reincidência como vedação ao ANPP, como bem percebe Schmitt de Bem: está-se afastando a possibilidade do ANPP, ou seja, submetendo-se o investigado a um prejuízo, com fundamento não no fato objeto do ANPP, mas sim em fato pretérito, já punido e cujo limite punitivo já transitou em julgado.¹⁶¹⁷

A segunda crítica que vale ser destacada é a de que a reincidência consiste em um instrumento de Direito Penal do autor, violando um Direito Penal do fato. O Direito Penal do autor, na definição de Zaffaroni e Pierangeli, é aquele que não proíbe o ato em si, mas apenas a título de manifestação de um modo de ser do autor. O ato teria valor de

sintoma de uma personalidade; o ato delitivo, mais especificamente, de uma personalidade perigosa, fundamento da punição.¹⁶¹⁸ Isso carrega o sério problema de despersonalizar a pessoa, tratando-a como se trata um animal: abdica-se de punir o sujeito na estrita medida do ato cometido para contê-lo na medida do perigo que ele supostamente representa, como se faria com um bicho perigoso, coisificando-o.¹⁶¹⁹ E é exatamente isso que a reincidência propõe: submete-se o autor a um prejuízo por se considerar que a repetição do ato delitivo manifesta uma personalidade mais perigosa do que a daqueles que estão praticando-o pela primeira vez.

Novamente, trata-se de crítica que se aplica perfeitamente à utilização da reincidência como vedação ao ANPP: o impedimento do ANPP devido à reincidência fundamenta-se na consideração do autor como alguém supostamente mais perigoso do que os outros e que, por isso, não poderia se valer de uma despenalização. Foi assim que, como percebe Schmitt de Bem, o ANPP abriu as suas portas para um Direito Penal do autor.¹⁶²⁰ Ainda assim, importante registrar, não houve um reconhecimento de

¹⁶¹⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 195.

¹⁶¹⁷ SCHMITT DE BEM, Leonardo. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: Idem; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 193.

¹⁶¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 111.

¹⁶¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 18.

¹⁶²⁰ SCHMITT DE BEM, Leonardo. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: Idem; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 194.

inconstitucionalidade da reincidência pelo STF e ela segue sendo amplamente utilizada pelos tribunais para diversos fins.

Em relação aos “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, podem ser oferecidas críticas similares às feitas acima: eles manifestam um *bis in idem* por valorarem em duplicidade infrações penais – elas estão sendo (ou serão) julgadas e, eventualmente, punidas por si e ainda gerarão prejuízo para outro fato –, além de serem claro instrumento de Direito Penal do autor, atribuindo prejuízo por uma suposta personalidade perigosa. Entretanto, há ainda problemas adicionais, específicos para essa questão. Aqui, novamente, dois deles serão destacados.

Em primeiro lugar, a possibilidade de proibir a proposição do ANPP por elementos probatórios que indiquem criminalidade habitual, reiterada ou profissional viola frontalmente a presunção da inocência, constitucionalmente reconhecida (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). Isso porque “elementos probatórios” que não compõem uma decisão condenatória transitada em julgado não podem ser interpretados como praticados pelo investigado; se forem, não se está mais tratando o sujeito como inocente, violando-se o mandamento constitucional de fazê-lo. Aliás, nesse ponto, cabe lembrar da Súmula 444 do

STJ ¹⁶²¹, que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, exatamente como fundamento na presunção da inocência. Se nem o juiz pode, em sede de sentença, interpretar supostas infrações não transitadas em julgado em prejuízo do réu, sob pena de violação da presunção da inocência, por que o Ministério Público poderia fazer uma interpretação desse tipo e ainda em sede pré-processual? Fica claro, assim, que a disposição é inconstitucional.

Reforçando esse entendimento, veja-se o que percebeu Schmitt de Bem. Conforme o autor, os conceitos de criminalidade habitual e profissional foram importados da lei processual italiana, especialmente em um dispositivo de justiça negociada. Entretanto, essa importação teria sido inadequada – nos termos do autor, acéfala –, uma vez que, conforme o Código Penal italiano, a habitualidade presumida por lei ou considerada pelo juiz exige uma pluralidade de condenações definitivas por crimes dolosos. Além disso, a profissionalidade é disposta como característica de criminoso habitual com atuação ainda mais acentuada. Portanto, na Itália, essas são figuras ainda mais graves do que a reincidência e, portanto, respeitadoras pelo menos da presunção da inocência. Porém, por equívoco legislativo, elas foram trazidas para o Brasil associadas ao investigado primário, fulminando a sua garantia

¹⁶²¹ “Súmula 444/STJ - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

constitucional de ser presumido como inocente.¹⁶²²

Além disso, pode-se criticar a disposição, ainda, por uma completa ausência de objetividade: não há um critério objetivo para determinar o que são “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”.¹⁶²³ Quantas infrações constituem uma conduta criminal habitual, reiterada ou profissional? Em quanto tempo elas devem ser praticadas? Quais elementos probatórios são idôneos para indicar que há conduta criminal habitual, reiterada ou profissional? Nada disso está claro, nada disso está objetivamente limitado, abrindo-se um imenso espaço de discricionariedade para o Ministério Público na (não) proposição do ANPP e, eventualmente, para o Juiz na (não) homologação dele. Em poucas palavras: elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional serão qualquer coisa que o Ministério Público ou o Juiz quiserem que seja. Ao cabo, isso pode até ser entendido como um desrespeito ao princípio da legalidade, deixando-se de oferecer ao particular um parâmetro legal minimamente seguro para que ele saiba o que pode ser considerado como um elemento probatório de conduta

criminal habitual, reiterada ou profissional.¹⁶²⁴

Em relação a essa segunda vedação – por suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional –, a situação (ao menos ainda) não é tão desalentadora no que tange ao reconhecimento judicial da inaplicabilidade, uma vez que, diferentemente da reincidência, ainda não há um entendimento consolidado do STF no sentido de que ela é constitucional. Nesse cenário, seria recomendável que os tribunais e o próprio Ministério Público não apliquem ao menos essa segunda vedação, promovendo um processo penal mais respeitoso aos preceitos constitucionais e à segurança jurídica. Entretanto, não parece ser isso que têm ocorrido, devendo-se trabalhar aqui para reduzir danos no cenário dado.

Neste ponto, cabe sintetizar as questões críticas trazidas acima, a fim de prosseguir para a análise da exceção prevista. No entendimento deste artigo, nenhuma das vedações ao ANPP trazidas no dispositivo objeto desse estudo – art. 28-A, § 2º, inciso II, do Código de Processo Penal – deveria ser aplicada por serem inconstitucionais. Apesar disso, a reincidência já foi afirmada como constitucional pelo STF e

¹⁶²² SCHMITT DE BEM, Leonardo. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: Idem; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 195-196.

¹⁶²³ WUNDERLICH, Alexandre et al. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, ano 11, n. 26, jan./jun. 2020, p. 50.

¹⁶²⁴ No mesmo sentido, afirmando que a expressão é demasiada vaga, permitindo interpretações subjetivas sem qualquer segurança jurídica, e que há um desrespeito ao princípio da legalidade, MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei Anticrime: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 61-62.

a suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional não tem visto a sua aplicabilidade ser negada na prática forense. Portanto, em uma lógica de redução de danos provenientes da aplicação dessa vedação, cabe prosseguir para a exceção legalmente prevista para ela.

Entretanto, antes de entrar efetivamente no conteúdo dessa exceção, é necessário tratar de mais uma questão preliminar, que versa sobre a interpretação acerca do alcance dessa vedação dentro do próprio dispositivo. Isso porque há autores ¹⁶²⁵ que entendem que a exceção das infrações penais pretéritas insignificantes se refere somente à vedação da proposição do ANPP em caso de suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional; com isso, ela não se aplicaria à vedação de proposição do ANPP ao reincidente – em caso de reincidência, mesmo que por infração penal insignificante, o ANPP não poderia ser oferecido.

Essa interpretação (minoritaríssima), porém, é bastante problemática. Primeiramente, veja-se que a redação do dispositivo ¹⁶²⁶ não expressa absolutamente nenhum indicativo de que a exceção se refere somente à sua parte intermediária – conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. Nesse cenário, não há

justificativa para limitar o alcance da exceção e impedir que ela seja aplicada também aos casos de reincidência – parte inicial do dispositivo –, o que constituiria uma aberta atuação prejudicial ao réu sem amparo no dispositivo legal. Em síntese: se o legislador não dispôs que a exceção se aplica somente a uma parte do dispositivo, então ela se aplica a todo ele.

Em segundo lugar, percebe-se que uma mínima interpretação teleológica do inciso já descarta a referida interpretação. Olhando-se para o dispositivo, percebe-se que, em uma perspectiva geral, ele pretende impedir que o ANPP possa ser oferecido caso a vida pregressa do investigado conte com a prática de outras infrações penais (o que é absolutamente criticável e foi criticado acima). Entretanto, ele abre uma exceção para os casos em que essas infrações penais pretéritas são “insignificantes”. Nesse cenário, fica a questão: por que tal exceção iria alcançar os casos de criminalidade habitual, reiterada ou profissional, mas não alcançaria os de reincidência, quando o pano de fundo de ambas – uma vida pregressa que conta com a prática infrações penais – é exatamente o mesmo? E mais: um caso de reincidência pode consistir em um único crime precedente, enquanto a

¹⁶²⁵ Exemplificativamente, veja-se: “iii) salvo quando forem insignificantes: Aqui o legislador abriu uma exceção à vedação da realização de ANPP para aqueles que cometem crimes de maneira habitual, reiterada ou profissional.” CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei*

13.964/2019 (pacote anticrime). 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 121.

¹⁶²⁶ “II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas”.

criminalidade habitual, reiterada ou profissional deve contar com a multiplicidade de delitos antecedentes. Qual seria o sentido de permitir a exceção quando houver diversas infrações penais pretéritas insignificantes, mas não permitir quando houver somente uma? Não parece haver sentido, razão pela qual a interpretação de que a exceção se refere somente à suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional, mas não à reincidência, está longe de ser adequada – a exceção refere-se ao todo do dispositivo, inclusive à reincidência.

2. AS INTERPRETAÇÕES EXISTENTES

2.1. INFRAÇÕES PENAIS INSIGNIFICANTES COMO FATOS ALCANÇADOS PELA INSIGNIFICÂNCIA PENAL

A interpretação que talvez tenha soado, para alguns autores, mais intuitiva para “infrações penais pretéritas insignificantes” foi a de uma remissão ao conceito penal da insignificância. Para entender a insignificância, é preciso compreender que há uma dupla dimensão na tipicidade: formal e material. Enquanto a tipicidade formal está satisfeita quando o fato apresenta todos os elementos descritos no tipo penal, a tipicidade

material só se completa quando o comportamento formalmente típico representou uma lesão significativa ao bem jurídico. Com a insignificância, portanto, – mais próxima de um critério de interpretação do que de um princípio, como comumente é chamada – busca-se interpretar o fato formalmente típico praticado e verificar se há uma lesão significativa do bem jurídico, ou seja, se há tipicidade material. Caso não haja, o fato é atípico.¹⁶²⁷

A insignificância, cabe acrescentar, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no RHC n. 122.464/BA. Conforme a Corte, o “princípio” da insignificância, que descaracteriza a tipicidade penal no seu aspecto material, aplica-se conforme alguns critérios, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Alguns autores enxergaram aí, na insignificância, a interpretação para as “infrações penais pretéritas insignificantes” do ANPP. Um exemplo disso é Rodrigo Cabral. O autor escreve, desde o ano de 2020, que o legislador, com a referência a “infrações penais pretéritas insignificantes”, abriu uma exceção à vedação do ANPP para aqueles que cometam crimes de

¹⁶²⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021, p. 270-271. Rafael Fagundes Pinto, apesar de chamar a insignificância de princípio, também afirma que ela é um mecanismo de

interpretação restritiva dos tipos penais. PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 67.

maneira habitual, reiterada ou profissional. Tal exceção, por sua vez, abarcaria os casos em que as infrações penais antecedentes, apesar de dotadas de tipicidade formal, não importassem em relevante violação a bens jurídicos.^{1628 1629}

Outro autor que também aderiu à essa perspectiva foi Renee do Ó Souza. Conforme o autor, o dispositivo processual penal funda a sua vedação em circunstâncias que indicam um comportamento de violação contumaz à ordem jurídica – reincidência e suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional –, incompatível com os propósitos político-criminais restaurativos e despenalizantes do ANPP. Entretanto, conforme o mesmo dispositivo, excepciona-se desse quadro as situações de práticas delitivas insignificantes, caracterizadas pela inexpressividade da lesão ao bem jurídico e que, portanto, sequer foram

objeto de atuação persecutória anterior.¹⁶³⁰

Carlo Velho Mais é mais um exemplo de adesão a tal perspectiva. O autor, ao escrever sobre as vedações ao ANPP, abordou brevemente a questão da reincidência e da “conduta criminal habituada, reiterada ou profissional”, pontuando (ainda que de forma bastante sutil) a crítica de que tal vedação se sustenta sobre um Direito Penal do autor. Ele ainda apontou a exceção a essa vedação: que as infrações penais pretéritas sejam insignificantes. Porém, ao fazer tal apontamento, o autor colocou uma nota de rodapé logo após “insignificantes” para explicar como vem sendo aplicado judicialmente o “princípio” da insignificância – como os outros autores trazidos, ele entendeu “infrações penais pretéritas insignificantes” como fatos pretéritos alcançados pela insignificância.¹⁶³¹

¹⁶²⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 110.

¹⁶²⁹ Neste ponto, é necessário fazer dois esclarecimentos. Primeiramente, deve-se apontar que a interpretação que exsurge do escrito pelo autor no sentido de que a exceção legal só se refere à criminalidade habitual, reiterada ou profissional, mas não à reincidência, já foi contestada na parte final do tópico anterior. Em segundo lugar, cabe registrar que, posteriormente, o autor – apesar de não ter abdicado da sua posição de que “infrações penais insignificantes”, no ANPP, faz referência à insignificância penal – acrescentou o reconhecimento de que o legislador utilizou expressões contraditórias e de que talvez também fosse possível fazer uma interpretação um pouco mais ampla da cláusula para permitir

o ANPP quando as infrações penais anteriores fossem de escassa gravidade, ainda que não alcançadas pela insignificância. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 121-123.

¹⁶³⁰ SOUZA, René do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do código de processo penal, inserido pela lei 13.964/2019. In: Idem (org.). *Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. 2. ed. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 147.

¹⁶³¹ MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, ano 11, n. 26, jan./jun. 2020, p. 274.

Ocorre que há um claro problema nessa interpretação, cuja responsabilidade deve ser partilhada entre o legislador, pela sua notória falta de técnica na redação do dispositivo, e a parcela da literatura que propôs tal interpretação, uma vez que ela só poderia advir de uma reflexão consideravelmente apressada da questão.

Quando o legislador dispõe “infrações penais pretéritas insignificantes” a título de exceção da vedação de reincidência ou de “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, é uma obviedade que ele não está se referindo a fatos alcançados pela insignificância. Isso porque, se estivesse o fazendo, ele não estaria excepcionando nada. Como visto, fatos insignificantes são atípicos. Esses, por sua vez, não geram reincidência delitiva, pois para a reincidência delitiva é preciso que tenha havido um delito anterior e, se o fato anterior foi atípico, ele não constituiu um delito. Além disso, uma conduta criminal – reiterada ou não – requer a existência de crime e fato atípico, novamente, não constitui crime. Portanto, se essa fosse a exceção disposta pelo legislador, ele não estaria dispondo exceção nenhuma: se o investigado é reincidente ou supostamente pratica conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, certamente o fundamento disso não é um fato atípico, razão pela qual a exceção disposta seria totalmente vazia de efeitos.

Ocorre que não haveria razão para o legislador prever uma exceção se ele não quisesse realmente uma

exceção. Logo, está claro e óbvio que o legislador não quis se referir à insignificância penal e, assim, descrever formalmente uma exceção materialmente inexistente. O que ele quis, na verdade, foi abrir uma exceção para os casos em que as infrações penais pretéritas fossem menos relevantes, menos graves, porém, cometeu o erro crasso de referir-se a elas como insignificantes, ignorando ou negligenciando a existência do conceito penal de insignificância e induzindo o intérprete a erro. Eis a parcela de responsabilidade do legislador.

Entretanto, a parcela de responsabilidade da literatura também deve ser considerada. Isso porque, em primeiro lugar, interpretar que a lei processual estava fazendo uma remissão à insignificância parte de algum nível de insensibilidade dogmática. Os autores que propuseram tal percepção do dispositivo, ao menos a princípio, tão somente disseram que infrações penais pretéritas insignificantes seriam aquelas em que estaria ausente a tipicidade material. Ocorre que “infração penal insignificante” é uma notória contradição em termos. A insignificância exclui a tipicidade material, que é indispensável para se caracterizar um fato como infração penal. Logo, se é infração penal, não é insignificante e se é insignificante, não é infração penal – um conceito exclui o outro. Nesse cenário, eis a insensibilidade dogmática: é inexplicável como essa parcela da literatura nem ao menos estranhou, já em uma primeira leitura, que o legislador estivesse usando uma claríssima

contradição em termos. Estava ali o primeiro indicativo de que o dispositivo estava redigido de forma tecnicamente imprópria e de que, para realmente compreendê-lo, seria necessário um esforço para entender o que o legislador quis dizer com a expressão – essa parcela da literatura, porém, não o identificou.

Além da insensibilidade dogmática, há ainda uma insensibilidade político-criminal, mais grave do que a anterior. Essa parcela da literatura não desconhecia ou negligenciava a insignificância penal, como era o caso do legislador. Por isso, ao ler “infrações penais insignificantes”, ela associou à insignificância penal. Entretanto, como já explicado, entender que a exceção se refere a fatos alcançados pela insignificância é esvaziá-la totalmente de efeitos. Veja-se, então, a insensibilidade, agora político-criminal: é também inexplicável como essa parcela da literatura nem estranhou que a exceção (conforme a sua leitura) era totalmente vazia de efeitos. Tinha-se aí mais um indicativo de que havia algo errado com a leitura a partir da insignificância e de que seria necessário fazer um esforço para entender o que o legislador pretendia com aquela exceção – essa literatura, entretanto, nem percebeu a ausência de efeitos na exceção conforme a sua interpretação.

Por tudo isso, parece seguro falar que essa interpretação de “infrações penais insignificantes” como fatos alcançados pela insignificância não é adequada. Está claro que o legislador quis excepcionar infrações penais

menos relevantes, menos graves, devendo, na ausência de definição legal, haver um esforço da literatura para definir o que poderia ser considerada uma infração penal menos relevante. É dentro desse esforço que se situa a próxima interpretação.

2.2. INFRAÇÕES PENAIS INSIGNIFICANTES COMO INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Outra interpretação para “infrações penais pretéritas insignificantes”, tentando extrair o que o legislador pretendeu excepcionar, entendeu que isso pode ser lido como infrações penais pretéritas de menor potencial ofensivo. O conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo está definido legalmente (art. 61, parágrafo único, Lei nº 9.099/95): são as contravenções penais e os crimes a que a lei comina pena máxima não superior a 2 anos. O que se propõe é trazer esse conceito para preencher o sentido da exceção à vedação ao ANPP fundada na reincidência e na suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional – em caso de reincidência e/ou suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional em que as infrações anteriores sejam de menor potencial ofensivo, excepciona-se a regra e permite-se a proposição do ANPP.

Um dos autores que adere a essa posição é Renato Brasileiro de Lima. Ele inicia a exposição do seu entendimento questionando se, ao se referir a infrações penais insignificantes, o

legislador teria se referido ao “princípio” da insignificância. Em seguida, ele próprio já responde negativamente ao questionamento, justificando que seria inadequado falar em infração penal insignificante quando a insignificância exclui a tipicidade material, inexistindo a própria infração penal. Por tal motivo, afirma o autor, leva-se a crer que o legislador usou o termo insignificante em seu sentido vulgar, possivelmente se referindo às infrações penais de menor potencial ofensivo.¹⁶³²

Outro exemplo de autor que interpreta dessa forma é Cezar Augusto Rodrigues Costa. Comentando sobre a referida exceção à vedação do ANPP, o autor observa que infração penal pretérita insignificante é algo vago e aberto. Além disso, ele acrescenta que não desconhece que o STF vem decidindo como insignificantes as “infrações” que apresentam mínima ofensividade social da conduta, baixo grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão ao bem jurídico e ausência de periculosidade social da ação, mas que ele entende ser possível ter como insignificantes as infrações de menor potencial ofensivo, com o parâmetro da Lei 9.099/95.¹⁶³³ Apesar de se poder apontar uma falha dogmática do autor ao não perceber que não existem “infrações insignificantes” – a insignificância exclui a infração –, ele

demonstrou clara sensibilidade político-criminal ao optar por uma interpretação que desse real sentido à exceção processual penal.

Sandro Carvalho é mais um que adere à interpretação de infrações insignificantes como infrações de menor potencial ofensivo. Conforme o autor, a ressalva do dispositivo permite a aplicação do ANPP mesmo para aqueles investigados que cometam crimes de maneira habitual, reiterada ou profissional desde que as infrações penais pretéritas sejam insignificantes. Nesse contexto, ele afirma que devem ser considerados como insignificantes os delitos de menor potencial ofensivo.¹⁶³⁴ Cabe registrar que a referência a “delitos” em vez de “infrações”, reproduzindo um Enunciado (que será visto mais à frente), parece ser mero equívoco técnico, não uma pretensão de excluir as contravenções dessa exceção. Logo, onde está escrito “delitos de menor potencial ofensivo”, parece razoável ler “infrações de menor potencial ofensivo”.

Walter Nunes da Silva Júnior também compartilha dessa interpretação, mas com um interessante acréscimo. No entendimento do autor, a ressalva legal, utilizando-se do termo “insignificantes” para caracterizar as infrações penais pretéritas, é vaga, atécnica e de difícil definição. Ele ainda

¹⁶³² LIMA, Renato Brasileiro. *Pacote anticrime*: comentários à lei 13.964/2019 – artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 227-228.

¹⁶³³ COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. Acordo de não persecução penal – breves comentários. In: *Projeto de lei anticrime: análise crítica dos professores de ciências criminais da faculdade*

nacional de direito da UFRJ. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, 72-73.

¹⁶³⁴ CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. *Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2021, p. 118.

adiciona que, na sua percepção, é claro que o legislador não teve a intenção de se referir à teoria da insignificância, razão pela qual seria mais acertado se ele tivesse colocado como exceção, por exemplo, os crimes culposos e de menor potencial ofensivo.¹⁶³⁵ Além da necessária correção técnica no sentido de que, como já visto de forma similar anteriormente, está-se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, não de crimes de menor potencial ofensivo – esta definição exclui as contravenções penais, enquanto aquela as inclui –, cabe destacar que o acréscimo dos crimes culposos – inspirado no art. 77 do Código Penal – é bastante interessante, pois traz para a exceção mais um grupo de infrações penais de gravidade reconhecidamente reduzida em relação às demais, o que se comprova pela significativa diminuição de pena em relação à modalidade dolosa do crime.

Essa interpretação está tão bem aceita atualmente que deu origem ao Enunciado n. 21 do Grupo Nacional de Coordenadores de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), o qual afirma expressamente que infrações insignificantes, no dispositivo, devem ser entendidas como

“delitos” de menor potencial ofensivo.¹⁶³⁶ E tendo em vista essa simpatia do Ministério Público com tal interpretação, parece que a tendência é que a prática se aproxime cada vez mais dela.

Uma possível crítica a esse critério interpretativo ou a qualquer outro que tente extrair uma definição de “infrações penais insignificantes”, a fim de não ver a exceção legal esvaziada, poderia ser proposta a partir de um argumento de legalidade: assim como se afirma que a absoluta vagueza da vedação legal ao ANPP por “indícios probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” ofende a segurança jurídica e a legalidade, razão pela qual tal vedação não deveria ser aplicada, seria possível tentar argumentar no sentido de que a ausência de definição clara do que são “infrações penais insignificantes” na exceção legal não deveria suscitar uma extração de sentido pela literatura, mas igualmente a inaplicabilidade de tal exceção.

Entretanto, uma crítica desse tipo estaria perdendo do seu campo de visão todo o sentido do princípio da legalidade. Esse princípio existe para que o particular tenha a possibilidade de prever como será a intervenção do poder punitivo estatal, gerando-se para ele um

¹⁶³⁵ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Acordo de não persecução penal. In: Idem; HAMILTON, Olavo (orgs.). *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal: OWL, 2021, p. 57-58.

¹⁶³⁶ “Não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou

profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo.” Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2023.

sentimento de segurança jurídica – o poder punitivo só pode intervir como está previamente disposto e o particular deve poder confiar nisso.¹⁶³⁷ Desse modo, quando o legislador estabelece uma forma de aumentar a intervenção do poder punitivo – aqui, especificamente, vedando-se o ANPP –, ela deve ser absolutamente clara, para que o particular possa saber como esse poder será exercido sobre ele. Logo, na ausência de claridade de um dispositivo que amplia o espaço de intervenção penal em detrimento da segurança jurídica, ele deve deixar de ser aplicado. Todavia, quando um dispositivo visa diminuir o espaço de intervenção punitiva – aqui, excepcionando a vedação ao ANPP –, a falha técnica do legislador em não defini-lo bem não pode ser utilizada em prejuízo do cidadão. Nesse caso, deve-se tentar extrair o melhor sentido desse dispositivo, restringindo-se a intervenção. Em síntese: a legalidade tem uma natureza exclusiva de garantia do cidadão diante do Estado; assim, quando o Estado quer intervir mais e se equivoca na técnica legislativa, a legalidade deve operar para tornar o dispositivo inaplicável; por outro lado, quando o Estado quer intervir menos e se equivoca na técnica legislativa, não há qualquer obstáculo de legalidade em extrair o sentido que pretendia ser exposto, pois a legalidade existe tão somente como uma garantia do sujeito

em face do Estado, não o inverso. Eis a razão para que se entenda aqui como coerente que a vagueza na referida vedação conduza à inaplicabilidade dela enquanto, na exceção, leve a uma construção de definição por parte da literatura – ambas operam igualmente para garantir o sujeito diante da ausência de técnica do Estado.

Schmitt de Bem, entretanto, faz uma crítica mais específica a essa interpretação que vale ser destacada. O autor entende que ela é curiosa e incoerente. Curiosa porque se as infrações pretéritas de menor potencial ofensivo podiam ser consideradas insignificantes, não haveria razão para terem sido denunciadas e/ou condenadas em primeiro lugar. Incoerente porque permite que investigados que foram condenados por infração de menor potencial ofensivo possam celebrar o ANPP, mas, tendo em vista a vedação do inciso posterior¹⁶³⁸, não é permitido que ele seja feito em relação àqueles que nem foram condenados por infração de menor potencial ofensivo em virtude de transação penal ou suspensão condicional do processo concedidas em menos de 5 (cinco) anos.

Em relação à curiosidade da interpretação, não parece haver um problema tão grande, uma vez que propor que “infrações penais insignificantes” devem ser lidas como “infrações penais de menor potencial

¹⁶³⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 67.

¹⁶³⁸ “§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [...] III – ter sido o

agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.”

ofensivo” é uma tentativa de achar sentido prático para a referida exceção em meio à falha técnica do legislador em redigi-la, esforço que, em si, parece absolutamente correto. Por óbvio, infrações penais de menor potencial ofensivo não são insignificantes e podem, a depender do caso concreto, virem a dar origem a denúncias e condenações. Porém, tentou-se entender o que o legislador efetivamente pretendia dizer, que eram infrações menos relevantes ou menos graves, e procurou-se um critério para auxiliar na definição delas. Não se vê aqui realmente um problema com isso.

Já em relação à incoerência da interpretação, parece ter mais razão a crítica do autor. Permitir a proposição do ANPP para condenados por infrações penais de menor potencial ofensivo e, ao mesmo tempo, vedá-la para aqueles que nem denunciados ou condenados por elas foram é absolutamente incoerente. Entretanto, cabe registrar que essa incoerência, no entender deste artigo, deve-se resolver não em favor da vedação do ANPP em todos os casos de supostas infrações penais de menor potencial ofensivo anteriores, e sim da permissão. Se, como vem reconhecendo uma considerável parcela do próprio Ministério Público, a leitura correta de “infrações penais pretéritas insignificantes” deve ser “infrações penais pretéritas de menor potencial ofensivo”, então ele mesmo reconhece que o legislador entendeu tais infrações como compatíveis com a propositura do ANPP. E se isso é verdade, ele mesmo deve reconhecer que tal legislador se equivocou e foi

contra o espírito do ANPP ao vedá-lo nos casos de transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos 5 (cinco) anos, já que esses se restringem exatamente à suposta prática de infrações de menor potencial ofensivo. Portanto, o próprio Ministério Público, por coerência, deveria deixar de aplicar a vedação, cumprindo o espírito que ele mesmo identificou no instituto do ANPP.

Todavia, apesar das defesas que essa interpretação merece e que aqui foram feitas, pode-se vislumbrar uma crítica que parece decisiva para a rejeição dela: tal interpretação, que transporta um critério abstrato da Lei n. 9.099/95, tem sérios problemas para lidar com uma parcela significativa dos seus casos, que já foi submetida à análise concreta. A Lei n. 9.099/95 trouxe o critério da infração penal de menor potencial ofensivo para determinar a competência dos Juizados Especiais Criminais. Portanto, tal critério só poderia ser abstrato, tendo em vista o momento processual inicial a que se refere a questão da competência. Nesse critério, só se pode olhar para a pena abstratamente cominada ao fato imputado, uma vez que é tudo o que se tem sobre a gravidade do fato naquele momento processual. Entretanto, a presente exceção refere-se a casos de reincidência e de elementos probatórios de criminalidade habitual, reiterada ou profissional, para os quais poderiam ser utilizadas condenações, ainda que não transitadas em julgado. Nesses casos, já houve uma análise concreta acerca da gravidade daquele fato específico, tornando-se obsoleta aquela percepção abstrata inicial – não há razão para

continuar usando um critério abstrato de gravidade quando já há uma avaliação concreta e específica da gravidade do fato.

Para que se visualize o problema prático que isso pode gerar, veja-se um exemplo. Imagine-se 2 casos. No caso 1, há uma reincidência por prática anterior de calúnia (art. 138 do Código Penal) – pena de 06 meses a 02 anos de detenção. No caso 2, uma reincidência por furto – pena de 01 a 04 anos de reclusão. Conforme o critério da infração penal de menor potencial ofensivo, o ANPP será cabível no caso 1, uma vez que a calúnia é delito de menor potencial ofensivo, mas não no caso 2, já que o furto não é. Porém, ao se olhar para as condenações definitivas, vê-se que, no caso 1, o juiz, valorando a gravidade do fato, aplicou uma pena de 01 ano de detenção. Já no caso 02, o juiz aplicou a pena mínima – 01 ano de reclusão. Nesse cenário, percebe-se que a situação analisada concretamente mostrou um cenário diferente daquele que se vislumbrava abstratamente. Em um cenário abstrato, as gravidades dos fatos eram marcadamente distintas, distinção essa que, concretamente, mostrou-se inexistente. Portanto, deve-se formular um critério que dê conta também da concretude que caracteriza parte significativa das infrações penais pretéritas insignificantes.

3. A INTERPRETAÇÃO PROPOSTA POR ESTE TRABALHO

Antes de propor aqui um critério para interpretação de “infrações penais pretéritas insignificantes”, é importante fazer alguns esclarecimentos, até já expostos ou ao menos tangenciados em outros momentos deste artigo. Primeiramente, cabe esclarecer que este trabalho entende que a vedação ao ANPP com base na reincidência ou na suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional é, ela mesmo, inaplicável por ser inconstitucional. Entretanto, considerando que, a despeito disso, ela segue sendo aplicada, faz-se aqui uma construção de um critério para interpretar a exceção legalmente disposta para tal vedação, em uma lógica de redução de danos.

Outro esclarecimento importante é em relação à própria terminologia empregada pela lei: “infrações penais pretéritas insignificantes”. Independentemente da insignificância penal, “infrações penais insignificantes” já deveriam ser entendidas como uma contradição em termos. Como preconiza o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes.¹⁶³⁹ Sendo assim, se há um ataque a bem jurídico que, em qualquer medida, possa ser considerado insignificante ou irrelevante, ele não deve ser uma infração penal. Logo, os termos

¹⁶³⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

empregados pela lei são contraditórios entre si. Portanto, o critério depende, preliminarmente, de compreender o que o legislador pretendia ao utilizar tais termos e aqui se entende que ele quis se referir a infrações menos relevantes. Logo, trata-se de interpretar o que seriam essas infrações penais menos relevantes.

A lógica do que se irá propor aqui parte de uma inversão interpretativa, como forma de respeitar o princípio do *in dubio pro reu*. Com isso, quer-se dizer que em vez de buscar definir o que são as infrações penais menos relevantes, deve-se definir o que são as infrações penais mais relevantes e todas as que não estiverem claramente dentro dessa definição devem ser consideradas como menos relevantes. Definindo dessa forma, a dúvida operará em favor do réu: não estando indubitavelmente conforme a definição de infrações penais mais relevantes, está-se diante de um caso de, no mínimo, uma infração penal menos relevante.

Adentrando, então, no que são as infrações penais mais relevantes, é necessário buscar por um marcador de maior relevância para as infrações penais: o que caracteriza uma infração penal mais relevante? No entender deste artigo, esse marcador é a pena privativa de liberdade. O que mais caracteriza uma infração de maior relevância e gravidade para o Direito Penal se não a pena privativa de liberdade? Essa é a pena destinada para aqueles delitos mais graves e, consequentemente, mais relevantes, parecendo, portanto, ser o melhor marcador possível para realizar a

definição de relevância vulgarmente disposta pelo legislador.

Sendo assim, nos casos de reincidência ou de suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional em que já houve condenações (não transitadas em julgado) – já houve avaliação concreta da infração penal específica –, para verificar se o ANPP é cabível, deve-se conferir se a pena aplicada foi efetivamente de privação de liberdade. Se a resposta for negativa, o ANPP é cabível, uma vez que excepcionada a vedação legalmente disposta. Seria o caso, por exemplo, de o autor ser reincidente com uma condenação anterior, mas a pena privativa de liberdade ter sido substituída por uma pena restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal). Também seria o caso de a punição da condenação anterior ter sido objeto de suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), exemplificativamente.

Já nos casos de suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional em que não houve condenações – estágio abstrato de avaliação da infração penal –, parece ainda mais desaconselhável que se aplique a vedação ao ANPP presente no dispositivo, pois aplicá-la daria uma abertura para a arbitrariedade ainda maior do que toda a já aberta. E para negar a aplicação de tal vedação, seria possível o simples argumento de que não é idôneo para constituir um elemento probatório da suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional qualquer coisa menor de que sentenças condenatórias.

Entretanto, caso a prática ignore isso também, pode-se sugerir que, para verificar se há exceção à vedação, confira-se se, abstratamente, há possibilidade de não ser efetivamente aplicada uma pena privativa de liberdade às supostas infrações, fazendo-se, novamente, a dúvida operar em favor do réu – se há dúvida quanto à efetiva aplicação de uma pena privativa de liberdade no futuro, deve-se interpretar, no presente, como se ela não fosse ser aplicada. Caso exista essa possibilidade, o ANPP deve ser permitido, uma vez que tais infrações penais pretéritas devem ser consideradas menos relevantes, excepcionando a vedação legalmente disposta. Seria o caso, por exemplo, de o sujeito não descumprir claramente, em uma perspectiva abstrata, os requisitos para a substituição por uma pena restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) ou para uma suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Parece possível haver uma crítica de coerência ao critério aqui proposto, questionando o fato de o ANPP ser vedado para aqueles a quem foi concedida transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos 5 (cinco) anos (conforme o art. 28-A, “§ 2º, inciso III, do Código de Processo Penal) e não o ser para quem foi condenado a uma pena privativa de liberdade, mas que foi substituída por uma restritiva de direitos ou objeto de uma suspensão condicional da pena. Porém, como já dito, entende-se aqui que essa crítica deve levar a um questionamento sobre a (in)aplicabilidade ou até mesmo da

revogação da vedação para os primeiros – a quem foi concedida transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos cinco anos –, não a uma vedação para todos. Isso porque as infrações cuja pena efetivamente aplicada não foi de privação de liberdade detém um marcador de menor relevância nelas, razão pela qual não devem obstar o ANPP, conforme o que aqui se considera a melhor interpretação da exceção legalmente disposta; uma falta de coerência entre isso e as demais vedações, por sua vez, devem ser resolvidas em favor dos particulares, negando-se tais vedações e permitindo-se o ANPP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se, primeiramente, que a própria vedação ao ANPP baseada na reincidência ou em elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional não deveria ser aplicada por desrespeitar a Constituição. No caso da reincidência, vê-se uma fulminação da intangibilidade da coisa julgada, uma vez que se está atribuindo prejuízo ao autor – vedação do ANPP – com fundamento em fato anterior, cujos limites punitivos já transitaram em julgado, além de ser uma manifestação de Direito Penal do autor. No caso da suposta criminalidade habitual, reiterada ou profissional, tem-se uma violação do *in dubio pro reu*, uma vez que ele é tratado como culpado antes de uma condenação transitada em julgado, além de uma violação ao princípio da legalidade, já que não há uma mínima definição legal de quais

fatos no mundo constituiriam essa figura. Entretanto, considerando-se que a prática não tem deixado de aplicá-las, prosseguiu-se para uma análise do conteúdo da exceção – serem insignificantes as infrações penais pretéritas.

Nessa análise, percebeu-se que as duas interpretações já oferecidas tinham problemas, mais ou menos graves. A interpretação de infrações penais insignificantes a partir de uma referência à insignificância penal revelou-se problemática dogmaticamente, ignorando que incorre em uma contradição em termos, e político-criminalmente, esvaziando a exceção de efeitos reais. Já a interpretação de infrações penais insignificantes como infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo um critério essencialmente ligado a uma análise abstrata dos fatos, não se mostrou adequada para lidar com uma parte significativa dos casos abarcados pela exceção, nos quais já há uma análise concreta do fato específico. Nesse cenário, fez-se necessário delinear um novo critério.

O critério proposto por este artigo baseou-se, preliminarmente, em duas questões. Primeiramente, em deixar claro que, apesar da impropriedade técnica do legislador em dispor “infrações penais insignificantes”, isso deve ser lido como infrações penais menos relevantes, uma vez que, pelo princípio da intervenção mínima, nenhum ataque insignificante a bem jurídico pode ser considerado infração penal. Em segundo lugar, em uma inversão interpretativa: define-se o que

são infrações penais mais relevantes e toda infração penal que não se encaixa claramente nisso, pelo princípio do *in dubio pro reu*, deve ser considerada menos relevante.

O critério em si, por sua vez, foi proposto com base na efetiva aplicação de pena preventiva de liberdade: mais relevantes são aquelas infrações penais submetidas a uma efetiva aplicação de pena privativa de liberdade. Assim, nos fatos concretamente analisados – reincidência e sentenças condenatórias consideradas como elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional –, infrações penais mais relevantes são aquelas em que foi efetivamente aplicada uma pena privativa de liberdade; assim, todas as que não o foram são menos relevantes; exemplificativamente, veja-se os casos de substituição por pena restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) e de suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Já nos fatos abstratamente analisados – elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional menores do que uma sentença condenatória (ao que trabalho fortemente se opõe) –, mais relevantes são as infrações em que não há possibilidade de o autor futuramente não ter sobre si uma efetiva aplicação de pena privativa de liberdade; havendo essa possibilidade, a infração penal é menos relevante; exemplificativamente, veja-se os casos em que o sujeito não está claramente fora dos requisitos da substituição por pena restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) ou da

suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. *Questões práticas sobre o acordo de não persecução penal*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2021.
- COSTA, Cezar Augusto Rodrigues. Acordo de não persecução penal – breves comentários. In: *Projeto de lei anticrime: análise crítica dos professores de ciências criminais da faculdade nacional de direito da UFRJ*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 67-74.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Pacote anticrime: comentários à lei 13.964/2019 – artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal, parte geral: lições fundamentais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, ano 11, n. 26, p. 264-293, jan./jun. 2020.
- MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei Anticrime: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- SCHMITT DE BEM, Leonardo. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: Idem; MARTINELLI, João Paulo (orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 171-206.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Acordo de não persecução penal. In: Idem; HAMILTON, Olavo (orgs.). *Pacote anticrime: temas relevantes*. Natal: OWL, 2021, p. 19-86.
- SOUZA, René do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do código de processo penal, inserido pela lei 13.964/2019. In: Idem (org.). *Lei anticrime: comentários à lei 13.964/2019*. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 141-158.
- WUNDERLICH, Alexandre et al. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, ano 11, n. 26, p. 42-64, jan./jun. 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DELIBERAÇÃO E VINCULAÇÃO: OS IMPACTOS DO MODELO DE JULGAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O SISTEMA DE PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS DO CPC/2015¹⁶⁴⁰

DELIBERATION AND BINDING: THE IMPACTS OF THE BRAZILIAN COURTS' JUDGMENT MODEL ON THE CPC/2015'S SYSTEM OF MANDATORY JUDICIAL PROVISIONS

Tiago Cisneiros de Araújo

Mestre em Direito (Unicap). Advogado. Universidade Católica de Pernambuco. Recife, Pernambuco, Brasil. E-mail: tiagocisneiros@gmail.com

José Mário Gomes Neto

Doutor em Ciência Política (UFPE) e Mestre em Direito Público (UFPE). Professor no PPGD da Unicap. Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Recife, Pernambuco, Brasil. E-mail: jose.gomes@unicap.br.

RESUMO: O artigo discute os impactos do modelo deliberativo típico dos tribunais brasileiros sobre o sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes adotado pelo Código de Processo Civil de 2015. O modelo vigente, com inspiração em países da *Common Law* onde predomina a tradição do *stare decisis*, contempla exigências específicas de fundamentação decisória. Nesta pesquisa, busca-se verificar se esses requisitos são compatíveis com a forma como as cortes do país deliberam e, sobretudo, como materializam por escrito as suas decisões. Na primeira seção, abordam-se os modelos deliberativos *seriatim* e *per curiam*, aberto e fechado, perseguindo o enquadramento do caso brasileiro dentro dessas classificações. A segunda parte destina-se à revisão das definições sobre a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes de

precedentes ou pronunciamentos vinculantes, ponto essencial na construção das decisões judiciais. Em seguida, a análise é aprofundada com a discussão sobre os reflexos dos modelos deliberativos para o sistema encampado pelo CPC. Por fim, propõe-se a continuidade do debate, para averiguar se há ou não um modelo ideal para o funcionamento daquele sistema. O artigo tem abordagem metodológica qualitativa, com revisão de literatura jurídica e doutrina, acrescida de constatações empíricas e análise de dados. Conclui-se que o modelo deliberativo típico dos tribunais brasileiros, aqui denominado como *seriatim pro forma* ou em estado potencial, aproxima-se do *per curiam* e atende melhor aos objetivos subjacentes à ideia de precedentes ou pronunciamentos vinculantes do que o *seriatim* clássico. Todos eles, porém,

¹⁶⁴⁰ Artigo recebido em 30/07/2022 e aprovado em 05/09/2022.

apresentam vantagens e desvantagens para o funcionamento do sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil; teoria da decisão; precedentes obrigatórios; julgamento; técnicas de deliberação.

ABSTRACT: This article discusses the impacts of the typical deliberative model of Brazilian Courts on the system of binding precedents adopted by the Civil Procedure Code. The current model, inspired by Common Law countries associated with *stare decisis* tradition, includes specific requirements for decision-making. In this research, we seek to verify whether these requirements are compatible with the Brazilian Courts' *modus operandi* and, above all, how these courts write their decisions. In the first section, we approach the deliberative models *seriatim* and *per curiam*, open and closed, and show where the Brazilian case may be located within these classifications. The second part is intended to review the *ration decidendi* concepts for binding precedents, an essential issue for the construction of judicial decisions. Then, the analysis is deepened, focusing on the discussion about the reflexes of deliberative models for the current system in Brazil. Finally, it is proposed to continue this debate, to find out whether or not there is an ideal deliberative model for the functioning of that system. This article has a qualitative methodological approach and is based on legal literature and doctrine review, plus empirical finding and data analysis. We conclude that the typical deliberative

model of Brazilian courts, called here *seriatim pro forma* or in a potential state, is closer to *per curiam* and is more compatible with the objectives of binding precedents' systems than the classic *seriatim*. However, all of these models have advantages and disadvantages for the functioning of the system.

KEYWORDS: Civil Procedural Law; theory of decision; binding precedents; judgement; deliberative methods.

INTRODUÇÃO

Como o modelo deliberativo dos tribunais brasileiros se reflete na consolidação e no funcionamento de um sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes?

Há pouco mais de seis anos, julgadores, servidores, advogados e jurisdicionados do país convivem com um Código de Processo Civil que ampliou a força obrigatória das manifestações judiciais, notadamente daquelas listadas nos incisos do art. 927. Se esse grau de eficácia não é de todo novo, haja vista exemplos seculares e recentes na história nacional, aquele diploma trouxe, por outro lado, regras específicas de fundamentação (art. 489, §1º, V e VI, sobretudo), para as hipóteses em que os paradigmas judiciais são considerados como razão de decidir o caso sob julgamento.

Esse cenário importou uma aproximação do processo civil brasileiro com a doutrina do *stare decisis*, predominante nos países da *Common*

Law, como Estados Unidos e Inglaterra, inclusive quanto ao raciocínio (que se espera seja) desenvolvido por juízes e advogados ao lidar com precedentes – e, no caso do Brasil, com outros pronunciamentos dotados de eficácia formal vinculante, como os enunciados de súmula, que concentram entendimentos jurisprudenciais em um texto mais específico do que o da norma da qual constituem interpretação.¹⁶⁴¹

Para além da positivação legal, no entanto, existem críticas e questionamentos – anteriores e posteriores à promulgação do código – acerca da viabilidade jurídica e da receptividade prática dessas alterações. Barbosa Moreira¹⁶⁴² indicava, como um dos mitos da Justiça brasileira, a supervalorização de modelos estrangeiros, desde a inspiração nas legislações portuguesa, italiana, alemã e canônica no CPC/1973, até a virada de foco, ali já percebida, em favor do direito anglo-saxônico. Preocupava-se o autor com os excessos decorrentes do exame raso do funcionamento dos institutos nos países de origem, bem como da ausência de reflexão sobre a importação, incluindo o estudo de

costumes judiciais, mentalidades e formação profissional.

Ainda antes do CPC, Khouri e Tavares¹⁶⁴³ apontavam a inconstitucionalidade das súmulas vinculantes, instituídas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, porque violariam o princípio da separação dos Poderes. Já Scheleder¹⁶⁴⁴ ataca uma das novidades do código: a parte final do art. 985, I, que estabelece a necessidade de observância das teses fixadas em incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) nos processos que tramitam perante juizados especiais. No seu entender, a regra é incompatível com o microsistema dos juizados instituído pelo art. 98, I, da Constituição da República.

A análise dos possíveis caminhos e óbices à consolidação do sistema adotado pelo CPC, portanto, passa por diferentes aspectos e perspectivas. Entre eles, está o modelo de deliberação dos tribunais brasileiros, alinhado ao que a doutrina jurídica denomina de *seriatim* e marcado por características como a faculdade de manifestação dos diversos julgadores envolvidos, tanto nas sessões de julgamento, quanto nos

¹⁶⁴¹ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, v. 5, p. 413-438, mar. 2015.

¹⁶⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, v. 102, p. 228-237, abr./jun. 2001.

¹⁶⁴³ KHOURI, Alice de Siqueira; TAVARES, Fernando Horta. Súmulas Vinculantes e a Força Normativa: Aspectos Críticos. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*

UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 2, p. 1- 20, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.50488>. Acesso em: 08 jul. 2022.

¹⁶⁴⁴ SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *A inconstitucionalidade da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/158906/337087.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 jul. 2022.

acórdãos delas resultante. Estes últimos são o foco da abordagem proposta neste artigo, que visa a responder o que esse formato impacta, positiva ou negativamente, no processo de efetiva implantação da lógica dos pronunciamentos vinculantes no país.

Para alcançar esse objetivo, empreende-se uma pesquisa de cunho qualitativo, partindo da revisão de literatura nacional e estrangeira, com amparo sobretudo em classificações e observações de Mendes¹⁶⁴⁵ e Vale¹⁶⁴⁶. A discussão teórico-doutrinária é entremeada por constatações empíricas e dados levantados acerca do modelo de deliberação dos tribunais do país.

O artigo está dividido em três seções. Na primeira, apresentam-se as características gerais do modelo *seriatim*, diferenciando-o do chamado *per curiam*, e os formatos aberto e fechado de deliberação, e analisa-se o enquadramento das cortes brasileiras nesse espectro classificatório. A segunda parte destina-se a uma revisão das definições da parte vinculante dos precedentes ou pronunciamentos vinculantes (*ratio decidendi* ou fundamentos determinantes), inaugurando a abordagem sobre sua relação com a forma de construção das decisões judiciais.

A terceira seção aprofunda essa abordagem, discutindo os impactos dos modelos deliberativos para o funcionamento do sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes previsto pelo CPC, com o apontamento das vantagens e desvantagens de cada opção. Na quarta parte, propõe-se a continuidade desse debate crítico, para verificar se é possível falar ou não em um modelo ideal. Chega-se, então, à conclusão do artigo.

Intenciona-se, com isso, contribuir para o já mencionado debate de múltiplas frentes acerca da viabilidade e da conveniência de um sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes para o processo civil brasileiro.

1. O *SERIATIM* E O *PER CURIAM*: TODOS POR UM E UM POR TODOS

A frase mais célebre dos Três Mosqueteiros de Alexandre Dumas cai bem como ilustração da diferença entre os dois principais modelos de deliberação judicial colegiada. O *per curiam* denota o “um por todos”, com a valorização de uma voz única, da corte, que minimiza ou oculta posições individuais de seus componentes. Já o *seriatim* liga-se ao complemento “todos

¹⁶⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. pp. 337-362. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

¹⁶⁴⁶ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação*

nos Tribunais Constitucionais. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília e Universidade de Alicante (Espanha), 2015, 416p. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022.

por um”, conferindo espaço aos entendimentos de cada integrante do tribunal, para que a soma deles constitua a decisão coletiva final.

Se a alegoria serve como síntese da diferenciação, não é suficiente, por outro lado, para encerrar o debate – o que, aliás, não será possível neste artigo, mesmo com as considerações e discussões adicionais propostas a seguir. Como ponto de partida para o seu aprofundamento, pode ser tomada a divisão do processo deliberativo em três etapas.

Segundo Mendes ¹⁶⁴⁷, em abordagem dedicada à adjudicação constitucional – isto é, do STF –, mas que guarda consonância com a maioria dos demais tribunais brasileiros, o processo deliberativo inicia-se com uma fase de preparação. Nela, “estão em jogo os determinantes institucionais que impactam e condicionam a decisão colegiada”, o que inclui “regras processuais que potencializam a canalização de uma pluralidade de argumentos à corte” e “condições

materiais que impactam o julgamento do caso, tais como o volume de processos ou o tempo disponível para julgar”¹⁶⁴⁸.

A segunda etapa do processo seria o da deliberação em si ou da deliberação em sentido estrito, “na qual o órgão colegiado se reúne para, por meio da interação argumentativa, produzir a decisão”¹⁶⁴⁹. Essa descrição da fase decisória contempla as sessões de julgamento com transmissão pela internet, via videoconferência, que se tornaram frequentes no país desde o início da pandemia de covid-19, em março de 2020. Porém, curiosamente, não alcança outro formato, até mais antigo: o plenário ou julgamento virtual, com casos sendo decididos pela disponibilização dos votos de ministros, desembargadores e juízes de turmas recursais em um sistema interno, conforme adotado na Emenda Regimental n. 21 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em abril de 2007.¹⁶⁵⁰ Neste caso, não há reunião, tampouco interação argumentativa.

¹⁶⁴⁷ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. pp. 337-362. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 348.

¹⁶⁴⁸ Essa fase inicial não é objeto deste artigo. Contudo, convém pontuar que, também sobre ela, há impactos potenciais do sistema de pronunciamentos judiciais vinculantes adotado no CPC. Deve-se ter em mente, nesse sentido, que os arts. 7º, 9º, 10, 138, 950, §3º, 1.035, §4º, 1.038, I e II, por exemplo, valorizam o contraditório e abrem espaço à participação de sujeitos internos e externos à lide originária,

inclusive para formação daqueles paradigmas. Já o volume de processos e a pressão por celeridade aparecem como fatores limitadores à qualidade do debate e da construção dos julgados, o que pode importar até mesmo na fixação de teses e enunciados de súmula prematuras, que não abarcam a multiplicidade das situações que deveriam contemplar.

¹⁶⁴⁹ Idem.

¹⁶⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno, atualizado até a Emenda Regimental n. 40*, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 10 jul. 2022.

Mantendo o foco apenas sobre as sessões reais de julgamento (presenciais ou virtuais), aqui, já se tem uma série de observações relevantes, inclusive no que tange à relação entre modelo deliberativo e sistema de pronunciamentos vinculantes. Por ora, importa observar, novamente com Mendes ¹⁶⁵¹, a qualidade deliberativa interna, refletida na “abertura [de cada julgador] para ser convencido e mudar de posição e [n]o uso de razões publicamente defensáveis”, com a construção da decisão em fórum público, em forma de deliberação, e não mera agregação de opiniões individuais.

Quando menciona que o fórum público pode se limitar ao colegiado, o autor alude a uma possível diferença entre formatos deliberativos. Alguns países, como Espanha, adotam um modelo fechado, em que os julgadores se reúnem somente entre si, para discutir e decidir os casos. No Tribunal Constitucional do país, nem mesmo os assessores podem estar presentes. Como justificativas, prevalecem a garantia de independência dos magistrados e a autoridade do órgão judicial e de suas decisões, as quais se ligam a uma suposta redução de pressões externas e a um objetivo de

construção de imagem unitária da corte, condizente com o valor segurança jurídica.¹⁶⁵²

Em outros países, como o Brasil, inclusive por imposição constitucional (art. 93, IX), as sessões de julgamento devem ser públicas, opção que tem, entre seus argumentos de defesa, o “valor da transparência e a ideia de *accountability*, tão cultivados nas democracias contemporâneas”, para fins de fiscalização e controle da atividade judicial. Este autor, porém, ressalva que o país – em especial, o Supremo Tribunal Federal (STF) – adotou um modelo “extremamente aberto”, marcado por ampla publicidade dos julgamentos e por transmissões radiotelevisivas, o que confere margens à confusão entre o discurso jurídico e o político, a pretensões de convencimento ou justificação junto à população, e não de persuasão dos demais julgadores.¹⁶⁵³

De acordo com Silva, a deliberação fechada predomina nos países de tradição romano-germânica, coincidindo, também, com o modelo *per curiam*. Já os julgamentos públicos guardam relação com a família da *Common Law* e, ainda, com o *seriatim*.¹⁶⁵⁴ O Brasil, nesse cenário, revela-se um caso *sui generis*: ao

¹⁶⁵¹ Ibidem, p. 352.

¹⁶⁵² VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília e Universidade de Alicante (Espanha), 2015, 416p. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinoVale.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022.

¹⁶⁵³ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília e Universidade de Alicante (Espanha), 2015, 416p, p. 99-106. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinoVale.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022

¹⁶⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of*

mesmo tempo em que costuma ser filiado à *Civil Law*, adota um formato alinhado à tradição anglo-saxã.

Disso, poder-se-ia esperar maior facilidade de adaptação ao sistema de pronunciamentos judiciais vinculantes positivado no CPC, já que a ideia de força obrigatória de precedentes também é prevalecente nos países da *Common Law*. Essa resposta, contudo, revela-se prematura, na medida em que há outros momentos e fatores a serem considerados na análise da questão. Nesse ponto, um alerta é importante: os modelos *seriatim* e *per curiam*, ora abordados, não são estanques ou uniformes, variando em intensidade e mesmo comportando fusão de elementos.

Regra geral, porém, esses modelos divergem também no terceiro e último momento da deliberação, qual seja, o do produto, da decisão escrita que advém das sessões de julgamento.¹⁶⁵⁵ Novamente aqui, valores justificadores se contrapõem: unidade e segurança jurídica de um lado; liberdade e pluralidade de outro.

Nos países em que predomina o formato *per curiam*, a tônica é a publicação de um acórdão de texto

único, com os fundamentos e a resposta única da corte, embora, em alguns casos, como o Tribunal Constitucional Alemão, seja permitida a divulgação de votos dissidentes.¹⁶⁵⁶ Já o *seriatim* costuma ser caracterizado pela apresentação dos votos dos diferentes julgadores, inclusive com “fundamentos ou razões (empíricas e normativas) diferentes e até mesmo opostas e/ou contraditórias entre si”.¹⁶⁵⁷ Essa marca é apontada, também por parte da doutrina, como atrelada ao incremento do individualismo.

Suprimir opiniões separadas mantém o foco na corte enquanto instituição. Às vezes, é dito que, em um sistema que permite opiniões separadas, particularmente os Estados Unidos, há um culto da personalidade cercando julgadores individuais. Esse fenômeno, alega-se, serve de combustível a um ciclo no qual os juízes alimentam suas personas públicas, escrevendo mais votos separados. Se eles não redigem separadamente, permanecem nos fundos,

Constitutional Law, v. 11, n. 3, jul. 2013. Disponível na internet: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 30 jun. 2022

¹⁶⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. pp. 337-362. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011

¹⁶⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of*

Constitutional Law, v. 11, n. 3, jul. 2013. Disponível na internet: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 30 jun. 2022

¹⁶⁵⁷ STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. Modelo *seriatim* de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. *Revista Faculdade Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 221-236, jan./jun. 2014, p. 234.

enquanto a opinião da corte fica em primeiro plano.^{1658 1659}

A maioria dos autores referenciados até este momento adotou, como objeto de estudo, a deliberação de cortes constitucionais e, portanto, no caso brasileiro, do STF. Ainda assim, suas observações acerca do modelo *seriatim* valem, em grande parte, para os demais colegiados do país. Algumas ressalvas, contudo, merecem realce.

Em algumas abordagens, os acórdãos do STF são destacados pela longa extensão e pelo conteúdo variado, com votos de diferentes ministros, o que reforçaria a pluralidade e liberdade do *seriatim*, mas dificultaria a identificação de uma voz única da corte. A diversidade de fundamentos nos votos passa a “servir como referências distintas e difusas para as futuras decisões e, inclusive, para as críticas e estudos acadêmicos especializados”, com uma tendência de fomento a uma “cultura individualista de precedentes, em que os magistrados acabam seguindo apenas seus próprios argumentos”, inclusive na aplicação das técnicas de

distinguishing e *overruling*. Dificulta-se, dessa forma, a identificação da *ratio decidendi* estabelecida pela corte.¹⁶⁶⁰

A prática cotidiana nos diversos tribunais do país, entretanto, dá ensejo à percepção de que decisões com essa estrutura são pontuais. A regra brasileira seria um *seriatim pro forma* ou, ainda, um *seriatim* em estado potencial, apenas eventualmente concretizado. Tanto nas sessões de julgamento, quanto nos acórdãos, os diferentes componentes do órgão colegiado podem se manifestar. Na prática, porém, há uma tônica de unanimidade, “nos termos do voto do relator”, sobretudo na terceira fase deliberativa (decisão escrita).

Em análise de 384 acórdãos publicados pelas quatro primeiras turmas do STJ, de março de 2016 até fevereiro de 2019, por exemplo, constatou-se que 368 – o equivalente a 95,83% – eram decisões unânimes. Daquela amostra, 344 – ou 89,58% – continham um voto único, proferido pelo relator. Isso significa que outras posições não eram transpostas ao papel (com o perdão do anacronismo, ante a

¹⁶⁵⁸ BENNETT, Thomas B.; FRIEDMAN, Barry; MARTIN, Andrew D.; SMELCER, Susan Navarro. *Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change. Public Law & Legal Theory Research Papers Series*. Nova Iorque (Estados Unidos), n. 17-11, p. 817-878, mar. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2944208>. Acesso em: 20 jul. 2022, p. 826-827

¹⁶⁵⁹ Tradução do autor. No original: “*Suppressing separate opinions keeps the focus on the court as na institution. It is sometimes said that in systems allowing for separate opinions – particularly the United States – there is a cult of personality surrounding certain individual judges.*”

This phenomenon, it is argued, fuels a circle in which judges feed their public persona by writing more separate opinions. If judges cannot write separately, they remain in the background, and the court’s opinions stay in the foreground”.

¹⁶⁶⁰ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília e Universidade de Alicante (Espanha), 2015, 416p, p. 298-299. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022

avançada digitalização dos processos naquela corte), nem mesmo quando convergentes.^{1661 1662}

Essas considerações gerais sobre os modelos *seriatim* e *per curiam*, assim como as características deliberativas majoritárias nos tribunais brasileiros, serão retomadas na terceira seção deste artigo. Antes, contudo, será desenvolvida uma discussão sobre o conteúdo e a identificação da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes, elemento chave no *stare decisis* vigente nos países da *Common Law* e, também, ao menos sob a perspectiva legal, no sistema de pronunciamentos vinculantes adotado pelo atual CPC.

2. *RATIO DECIDENDI*: A PARTE DA DECISÃO QUE VINCULA

A história judiciária brasileira permite concluir pela existência de uma tradição de apego a enunciados e ementas. Em outras palavras, uma tendência de juízes e advogados invocarem frases, breves trechos e

resumos de pronunciamentos judiciais anteriores, com o objetivo de reforçar a sua própria posição, ao julgar um caso ou defender uma tese, respectivamente.

Este artigo não pretende conter uma abordagem histórica aprofundada. Mas vale rememorar que, ainda no século 19, o país já tinha pronunciamentos judiciais com eficácia obrigatória, os assentos da Casa de Suplicação, importados de Portugal¹⁶⁶³ e ali declarados inconstitucionais em 1993, pouco mais de um século após sua extinção no Brasil, quando da proclamação da República.¹⁶⁶⁴ Em 1891, essa vinculação foi observada em relação aos pré-julgados, em matéria processual civil e, depois, também, na seara trabalhista.¹⁶⁶⁵ Na década de 1990, as decisões do controle concentrado de constitucionalidade, decididas pelo STF, também adquiriram tal *status* formal.

Nas décadas de 2000 e 2010, o discurso em prol de celeridade, uniformidade, previsibilidade e redução da sobrecarga processual embalou a criação ou a reformulação de diversos

¹⁶⁶¹ ARAÚJO, Tiago Cisneiros Barbosa de. *Dos provimentos vinculantes aos casos sob julgamento: uma análise empírica sobre a (in)observância do art. 489, §1o, V, do CPC/2015, do STJ (2016-2019)*. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Católica de Pernambuco, 2020. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1406>. Acesso em: 20 jul. 2022

¹⁶⁶² Os dados e proporções destacados não integram o texto do trabalho referenciado, tendo sido extraídos dos registros do levantamento que embasou aquela pesquisa.

¹⁶⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁶⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da *ratio decidendi*: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? *Revista Jurídica*, Curitiba v. 1, n. 54, p. 317-341, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i54.3312>. Acesso em: 12 jul. 2022

¹⁶⁶⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 129-146, out./dez. 1997.

institutos, que passaram a deter a mesma característica: súmulas vinculantes, súmulas do STF e STJ, recursos repetitivos, incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas (espécies elencadas no art. 927, do CPC).

Todos esses pronunciamentos, assim como os precedentes judiciais em geral (sem eficácia formal vinculante), podem – e costumam – ser invocados de forma abreviada, com recurso somente a um enunciado, tema ou ementa. Prática semelhante existe em outros países, como se vê nos casos das *massimas* italianas e das teses jurisprudenciais mexicanas.^{1666 1667}

Porém, o art. 489, §1º, V, do CPC, impõe deveres específicos para a fundamentação de decisões judiciais que utilizem precedentes ou enunciados de súmula como razão de decidir. Já o inciso VI estabelece a forma da motivação na hipótese em que o julgador entender que não é cabível a aplicação do precedente, do verbete sumular ou da jurisprudência invocada

pela parte como suporte a suas pretensões.

Essas regras têm clara inspiração no modo de fundamentação que marca a doutrina do *stare decisis*, especialmente no *distinguishing*, “a principal técnica de aplicação dos precedentes” nas palavras de Ataíde Jr. e Peixoto¹⁶⁶⁸, por meio da qual, é possível que o paradigma judicial seja utilizado ou rejeitado como razão de decidir o caso concreto.¹⁶⁶⁹ A definição dependerá de um processo historicamente controverso, que consiste em identificar (e, ao mesmo tempo, reconstruir) a *ratio decidendi* do pronunciamento anterior e verificar a sua compatibilidade com a demanda sob julgamento.

Entre dezenas de propostas de identificação, pode ser citada, apenas como um dos exemplos mais antigos, o teste de Wambaugh¹⁶⁷⁰, que, embora mais complexo, costuma ser sintetizado em um modelo de inversão de proposições jurídicas. Se determinado enunciado invocado pela corte, ao receber um sentido negativo (a palavra

¹⁶⁶⁶ TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre el Precedente*. Revista *Ius et Veritas*, Lima (Peru), n. 43, p. 330-342, dez. 2016. Trad. Wálter Vásquez. Disponível em: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.020>. Acesso em: 29 jun. 2022

¹⁶⁶⁷ DÍEZ, José María Soberanes. *La igualdad ante la jurisprudencia*. *Cuestiones Constitucionales*, [S.l.], v. 29, p. 313-345, jul./dez. 2013. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S1405-9193\(13\)71297-6](https://doi.org/10.1016/S1405-9193(13)71297-6). Acesso em: 29 jun. 2022

¹⁶⁶⁸ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. *Revista de Processo (Repro)*,

São Paulo, ano 39, v. 236, p. 279-301, out. 2014, p. 286.

¹⁶⁶⁹ SILVA, Beclaute Oliveira; LIMA, Bruna Medeiros Valente de. Vinculação do precedente no Brasil: análise normativa. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, Belo Horizonte, ano 26, n. 103, p. 63-85, jul./set. 2018.

¹⁶⁷⁰ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown, and Company, 1892. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924024520581/page/n7/mode/2up>. Acesso em: 05 jul. 2022

“não” for inserida), alterar o resultado decisório, então, ele seria um fundamento determinante (*ratio decidendi*), já que a conclusão depende da sua manutenção.

Outra técnica bastante difundida, a de Goodhart¹⁶⁷¹, propõe a classificação dos fatos discutidos pela corte entre relevantes (*material facts*) e irrelevantes (*imaterial facts*), de modo que, ao julgar o caso subsequente, seria necessário verificar se aqueles primeiros também estão presentes. A resposta positiva a essa questão implicará a aplicação do precedente na resolução da nova demanda sob análise.

Há, ainda, proposições mais abstratas, como a de Cross e Harris¹⁶⁷², para quem a *ratio decidendi* é “qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo julgador como um passo necessário para alcançar sua conclusão, considerando a linha de raciocínio por ele adotada”.

Polêmicas à parte, a *ratio decidendi* equipara-se, no CPC, aos “fundamentos determinantes” mencionados nos arts. 489, §1º, V e 979, §2º. O diploma legal não especifica o conteúdo desse elemento, não

esclarece se está restrito às questões fáticas ou às jurídicas - se é que existe a possibilidade de distinção clara entre elas, ao que autores como Streck¹⁶⁷³ e Abboud e Fernandes¹⁶⁷⁴ respondem em sentido negativo.

As múltiplas propostas sobre o conteúdo da *ratio decidendi* (ou fundamentos determinantes) sugerem que não há uma resposta única. É o que defende, aliás, Macêdo¹⁶⁷⁵, em objeção ao que chama de “fetichismo” pelo método, o qual deveria, no seu entender, ser substituído pela análise das circunstâncias do caso concreto e pelo respeito à dimensão argumentativa do direito. A visão é semelhante à de Hart¹⁶⁷⁶, que também rejeita um caminho único para “determinar a norma derivada de certo precedente autorizado”, ressaltando que as múltiplas possibilidades, em geral, não obstam a construção de entendimentos consensuais no direito inglês.

O contraponto à *ratio decidendi*, de acordo com a doutrina *precedentalista*, é o *obiter dictum*, em geral menos controvertido e tratado por uma lógica de exclusão ou conceituação negativa, sendo definido como aquilo

¹⁶⁷¹ GOODHART, Arthur L. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 161- 183, dez. 1930. Disponível em: <http://users.umi.acs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2022

¹⁶⁷² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. New York: Oxford University, 2004, p. 72.

¹⁶⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Uma análise hermenêutica dos avanços trazidos pelo Novo CPC. *Revista Estudos Institucionais*, [S.l.] v. 2, n. 1, p. 144-167, 2016. Disponível em:

<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/39/47>. Acesso em: 15 jul. 2022

¹⁶⁷⁴ ABOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. Requisitos legais para instauração do incidente de assunção de competência. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, v. 279, p. 339-35, mai. 2018

¹⁶⁷⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

¹⁶⁷⁶ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. De Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020, p. 174.

que não constitui os fundamentos determinantes¹⁶⁷⁷, como o que é “prescindível para o deslinde da controvérsia”.¹⁶⁷⁸

Importa perceber, porém, que os *obiter dicta*, em determinados cenários, pode exercer uma influência (eficácia persuasiva) para a resolução de demandas subsequentes ou até mesmo para a superação, total ou parcial, de um precedente vinculante já estabelecido.¹⁶⁷⁹ Identificar essas situações e distingui-las daquelas em que os elementos são efetivamente secundários e supérfluos, portanto, também se constitui em uma etapa relevante no funcionamento de um sistema *precedentalista*.

Independentemente da posição adotada sobre o conteúdo da *ratio decidendi*, conclusão mais simples e pacífica é a de que sua identificação depende da análise do pronunciamento que poderá ou não servir como razão de decidir do caso atual, o que pode compreender a investigação de debates nas sessões de julgamento, mas, em regra, foca – ou deveria focar – na íntegra da decisão escrita (e não só ementas e enunciados).^{1680 1681}

Por isso, a forma como se dá a terceira etapa deliberativa de que trata Mendes impacta nesse processo de identificação da *ratio*, na aplicação ou não dos pronunciamentos judiciais como razões de decidir e, por conseguinte, em uma visão macro, nas chances de consolidação e de funcionamento do sistema adotado pelo CPC.

3. CONSEQUÊNCIAS DO MODELO DELIBERATIVO PARA OS PRONUNCIAMENTOS VINCULANTES DO CPC

O sistema de pronunciamentos vinculantes adotado no código processual tem uma dupla face marcada, no mínimo, pela ousadia. Por um lado, busca conferir celeridade na tramitação processual, redução de recursos interpostos para os tribunais e uniformidade das decisões. Por outro, especialmente em função do art. 489, §1º, V e VI, denota a preocupação com uma fundamentação exauriente, que justifique a aplicação ou o afastamento daqueles paradigmas como razões de decidir os casos sob exame.

¹⁶⁷⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 14, n. 2, p. 707-745, set. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdiroitgv/article/view/77117>. Acesso em: 15 jun. 2022

¹⁶⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da *ratio decidendi*: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? *Revista Jurídica*, Curitiba v. 1, n. 54, p. 317-341,

2019, p. 320. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i54.3312>. Acesso em: 12 jul. 2022

¹⁶⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁶⁸⁰ CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciais e precedentes judiciais. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, v. 40, n. 248, p. 311-330, out. 2015.

¹⁶⁸¹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

Não se pretende discutir se tais objetivos são conciliáveis, em que medida poderiam ser otimizados ou qual deles deveria prevalecer. É possível e relevante, contudo, analisar como a atual forma de deliberação dos tribunais brasileiros impacta naquele sistema, tanto para compreender o cenário posto, quanto para embasar eventuais alterações, legislativas ou não.

Um modelo decisório aberto como o que predomina no Brasil permite, em tese, seja alcançado um grau elevado de transparência e publicidade quanto aos entendimentos dos julgadores, estejam eles dispostos ou não a um diálogo franco e sujeito a modificações e construções de respostas coletivas. Um formato fechado, por sua vez, tende a oferecer a procuradores e jurisdicionados apenas um documento final, escrito, para que utilizem como referência da posição da corte, unitariamente considerada (*per curiam*) ou dos seus membros, caso admitido o registro dos múltiplos votos (*seriatim*).

As aparentes vantagens democráticas do modelo brasileiro - aberto na segunda fase deliberativa e suscetível, na terceira, ao registro dos diversos votos (ainda que a prática seja pouco usual) - não necessariamente são benéficas para a consolidação e o funcionamento de um sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes. Este pressupõe um grau significativo de clareza, previsibilidade,

uniformidade e estabilidade dos posicionamentos da corte - e não dos seus membros -, o que implica, por exemplo, a preservação daqueles valores mesmo em hipóteses de substituição dos julgadores.

A estabilidade dos posicionamentos da corte, em especial, guarda relação direta com o próprio *stare decisis*, doutrina predominante nos ordenamentos fundados na vinculação ou no alto grau de deferência a precedentes judiciais. Trata-se, porém, de um valor suscetível em ambientes marcados pelo individualismo, em função do risco de alterações nas decisões de acordo com a composição do tribunal, mas, também, de que os julgadores contemporâneos procurem fazer valer seus entendimentos pessoais, em detrimento de uma resposta una institucional.

O modelo *seriatim* e aberto de deliberação revela-se propício a fomentar esse individualismo e, conseqüentemente, um fator de perigo à doutrina do *stare decisis*. É um risco já constatado, por exemplo, que, em análise de decisão unânime do STF sobre a possibilidade de restrição ao art. 5º, XVI, da Constituição da República, falam na existência de “precedentes individuais” e de “*ratio* do ministro”, de um lado, e na impossibilidade de “extração de uma *ratio* coletiva, institucional”.¹⁶⁸²

O culto à personalidade, porém, não é uma exclusividade brasileira, já

¹⁶⁸² VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro

capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 5 [1], p. 21-44, jan./jun. 2009, p. 28-31.

tendo sido percebida e destacada também em países cujo sistema jurídico é historicamente vinculado à doutrina dos Estados Unidos¹⁶⁸³.

Esse cenário pode desembocar – como, não raramente, desemboca –, também, em danos à uniformidade dos posicionamentos da corte. É o que acontece, por exemplo, quando um ministro ou desembargador profere decisão monocrática que reflete o seu entendimento particular, ainda que divirja do que já foi fixado pela corte. Da mesma forma, quando uma seção, turma ou câmara julga em sentido contrário ao que fora definido por outro colegiado de mesmo nível ou pelo Plenário, Corte Especial, Órgão Especial e afins. Cria-se, assim, um mosaico de julgados discrepantes emanados de um mesmo tribunal, com consequências diversas para o sistema de justiça.

Entre as consequências da “loteria judicial”, está o aumento do tempo de duração do processo, em virtude da forte expectativa de reversão de decisões por parte do derrotado, o que implica também estímulo à litigiosidade e ao uso de recursos. Com isso, amplia-se também o “custo da

máquina Judiciária”. De outro lado, o cenário acarreta imprevisibilidade e incerteza, com reflexos nos custos de transação dos agentes econômicos e com a geração de privilégios para grupos de estrato social mais elevado.¹⁶⁸⁴

Essas manifestações podem ocorrer também fora da atuação judicante propriamente dita. O atual ministro do STF, Luiz Fux, proferiu discurso em dezembro de 2019, no qual afirmou que o Judiciário poderia determinar a execução da pena privativa de liberdade após a condenação em segunda instância. Ao fazê-lo, contrariou o que o Pleno da corte havia decidido poucos meses antes e, ainda, sem maiores explicações jurídicas, disse que os juízes e tribunais estariam interpretando equivocadamente o julgamento que concluiu pelo condicionamento da prisão ao trânsito em julgado.¹⁶⁸⁵ Colocações públicas dessa espécie podem “ser interpretada[s] como expressão de simpatia por uma determinada posição, encorajando ou desencorajando o ajuizamento de certos tipos de ação e o uso de certos tipos de argumento”.¹⁶⁸⁶

¹⁶⁸³ BENNETT, Thomas B.; FRIEDMAN, Barry; MARTIN, Andrew D.; SMELCER, Susan Navarro. *Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change. Public Law & Legal Theory Research Papers Series*. Nova Iorque (Estados Unidos), n. 17-11, p. 817-878, mar. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2944208>. Acesso em: 20 jul. 2022

¹⁶⁸⁴ BARBOSA, Claudia Maria; BASTOS, Elson Pereira de Oliveira. Precedentes obrigatórios, desenvolvimento e segurança jurídica. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, a. 12, v. 19, n. 1, p. 62-82, jan./abr. 2018,

p. 74. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30800>. Acesso em: 30 jul. 2022.

¹⁶⁸⁵ RODRIGUES, Alex. Para ministro do STF, juiz pode decretar prisão em segunda instância. *Agência Brasil (EBC)*, Brasília, publicado em 09 dez. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-12/para-ministro-do-stf-juiz-pode-decretar-prisao-em-segunda-instancia>. Acesso em: 30 jun. 2020

¹⁶⁸⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano Ribeiro. *Ministrocracia: o*

A existência de decisões contraditórias ou conflitantes sobre casos similares é o antípoda de uma frase frequentemente invocada nos países da *Common Law* como síntese da lógica subjacente ao *stare decisis*. O adágio *treat like cases alike* (tratar de forma semelhante os casos semelhantes) “nada mais é do que a representação do princípio da igualdade pelo Judiciário”, ancorado na ideia de “que, onde existem as mesmas razões, as mesmas decisões precisam ser proferidas”.¹⁶⁸⁷

Não se defende, com essas observações, uma padronização completa da produção jurisprudencial, sem qualquer atenção às peculiaridades dos casos sob julgamento. São oportunas, nesse ponto, as palavras de Mello e Baqueiro¹⁶⁸⁸, no sentido de que “o ponto de partida de um sistema de precedentes vinculantes é a proposição segundo a qual casos idênticos devem ser tratados de forma idêntica (*treat like cases alike*)”, mas que isso inclui o cuidado para não “tratar casos diferentes como se fossem idênticos”, sob pena de violação daquela mesma premissa.

Um sistema de precedentes ou pronunciamentos judiciais vinculantes inclui, como mencionado, as possibilidades de afastamento de determinado entendimento, para que o caso sob exame seja julgado de forma diversa. Isso pode acontecer por meio da distinção, quando se verificam diferenças que justifiquem uma solução também divergente, mas, também, devido à percepção de que é preciso substituir a posição já fixada, o que se costuma denominar superação. Essa conclusão pode decorrer de fatores como alterações culturais, políticas, sociais, econômicas ou tecnológicas, mudanças legislativas, modificação da “filosofia jurídica” da corte, inexequibilidade dos precedentes ou mesmo por certa insubordinação dos julgadores vinculados.¹⁶⁸⁹

Essas possibilidades, mais até do que a aplicação dos precedentes ou pronunciamentos, exigem o ônus argumentativo, caráter inarredável do direito. Em outras palavras: é preciso que se exponham as razões pelas quais a corte entendeu pela distinção, pela superação ou mesmo pela incidência do paradigma. Assim, a existência de

Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 113-132, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800010003>. Acesso em: 30 jun. 2022

¹⁶⁸⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 129.

¹⁶⁸⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de*

Políticas Públicas, v. 8, n. 1, p. 667-688, abr. 2018, p. 674. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4615>. Acesso em: 20 jul. 2022

¹⁶⁸⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005, p. 188. Disponível na internet: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>. Acesso em: 08 jul. 2022

algumas decisões aparentemente contraditórias ou conflitantes é possível e até mesmo salutar a tais sistemas, na medida em que permitem o seu refinamento, mediante a percepção de quais fatores justificam soluções judiciais diversas e a manutenção de um espaço de contínua dialogicidade (afinal, um retorno a ideias da democracia).¹⁶⁹⁰

Quando as contradições jurisprudenciais, porém, estão fundadas em concepções individuais ou em argumentos desarrazoados, criados para justificar a solução desejada, há perda para os já abordados valores da estabilidade e da uniformidade, mas, também, para os da clareza e da previsibilidade.¹⁶⁹¹ Procuradores e jurisdicionados tendem a enfrentar mais dificuldades quando não sabem o que esperar do Judiciário ou, ao menos, os critérios que serão utilizados para a resolução da lide.

Mais uma vez, o modelo em vigor nos tribunais brasileiros tende a jogar contra tais valores. Na segunda fase, colhem-se as opiniões dos julgadores, sem que lhes seja exigida uma postura dialógica ou a observância de determinados parâmetros. A lógica é de votação, e não de deliberação.

*Essa dicotomia é intrinsecamente conectada a uma outra: entre transformação e agregação. Explicando melhor: quando falamos em tomada de decisão por meio do voto, referimo-nos à agregação de posições individuais. A decisão coletiva é o produto da soma dessas decisões individuais e a maioria vence. Quando falamos em deliberação, supomos que os agentes decisórios estão sujeitos a formar e a transformar suas posições políticas no calor do debate, estão dispostos a persuadir e a serem persuadidos. Ou seja, suas posições não são imutáveis e eles não as trazem prontas e acabadas de casa. Constroem-nas em conjunto com os outros, no fórum público.*¹⁶⁹²

O problema não necessariamente se resolve na terceira fase, a da produção da decisão escrita, graças à possibilidade de que diversos julgadores registrem seus votos, com seus próprios critérios e pontos de partida e chegada, compondo, também, um acórdão-mosaico. Alguns desses textos tornam-se tão longos e complexos que inviabilizam a leitura integral ou, pelo menos, a identificação das razões decisórias, dos fundamentos

¹⁶⁹⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 292.

¹⁶⁹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 667-688, abr. 2018, p. 675. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br>

r/RBPP/article/view/4615. Acesso em: 20 jul. 2022

¹⁶⁹² MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. pp. 337-362. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 344-345.

determinantes. Dificultam, portanto, sua própria futura utilização como precedente ou a verificação da sua compatibilidade com paradigmas judiciais anteriores.

Esses obstáculos cognitivos ou interpretativos, advindos do modelo *seriatim* na última fase deliberativa, podem ser sentidos em acórdãos nos quais o voto vencedor divide espaço com opiniões vencidas, divergentes. Porém, parecem ser acentuados nas hipóteses de coexistência de posições que conduzem a uma mesma conclusão, a partir de fundamentos distintos, os chamados votos convergentes.

Dois exemplos hipotéticos ilustram a dificuldade de identificação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) nesse cenário e, conseqüentemente, os riscos para o funcionamento do sistema de pronunciamentos idealizado no CPC:

a) seis ministros decidem pelo provimento de um recurso por seis fundamentos diferentes, enquanto outros cinco ministros julgam pelo improvimento com base em uma só razão;

b) os três desembargadores de uma turma decidem pelo provimento de um recurso, sendo que o relator adota um fundamento e os demais justificam sua posição em outra razão.

O primeiro exemplo reflete a predominância, no Brasil, da lógica agregativa, pela qual o resultado importa mais do que os raciocínios que a ele conduziram. Afinal, naquela hipótese, a decisão final do tribunal será pelo provimento do recurso, ainda que por

fundamentos pulverizados, em detrimento de uma corrente coesa que leva a solução distinta. Não há um mal apriorístico nisso. Contudo, para fins de funcionamento de um sistema baseado em pronunciamentos anteriores, alguns problemas podem surgir.

A divergência de fundamentos entre os ministros favoráveis ao recurso pode restar adstrita à segunda fase deliberativa, assim como a discordância unívoca dos demais integrantes da corte. Neste caso, o acórdão poderia até mesmo conter apenas o voto do relator, com a certidão de que foi acompanhado por cinco julgadores e de que foram vencidos outros cinco. Assim, apesar das peculiaridades nas razões expostas na sessão de julgamento, estaria consolidada, de alguma forma, uma posição da corte, mediante a publicação de uma decisão de texto único, da qual, em regra, seria extraída a *ratio*.

No entanto, os diversos ministros podem optar por registrar seus votos escritos. No limite, ao analisar o acórdão resultante, um advogado, um pesquisador ou um jurisdicionado se depararia com determinado fundamento sendo defendido por cinco dos onze ministros, enquanto outros seis julgadores apresentariam seis razões diferentes. Qual é, afinal, a resposta da corte? De onde extrair a *ratio decidendi*? A solução mais fácil e corriqueira – considerar o voto do relator, apenas por ser o primeiro da corrente vencedora – é a mais adequada e reflete a posição do tribunal, inclusive para que aquele julgado influencie a resolução de demandas similares?

Esses mesmos questionamentos valem para o segundo exemplo hipotético, qual seja, a de uma unanimidade no resultado, com o relator adotando o fundamento A e os dois outros julgadores, o fundamento B. Se todas as posições forem registradas na decisão escrita, qual delas representará a posição do colegiado? Trata-se de uma dúvida especialmente relevante quando se cogita que, em um caso futuro, o fundamento A possa ser invocado e o fundamento B, não – ou vice-versa. Nessa hipótese, aquela decisão unânime serviria como precedente, a partir da sua *ratio decidendi*?

Todas essas indagações não permitem resposta neste momento, mas ilustram o desafio de compatibilizar o modelo deliberativo predominante no Brasil com o sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes ampliado e estruturado no CPC, especialmente quanto às regras específicas de fundamentação (art. 489, §1º, V e VI).

4. PONDERAÇÕES E ALTERNATIVAS: O MODELO IDEAL EXISTE?

Como contraponto ao cenário desafiador traçado até aqui, mas também sem pretensão de oferecer soluções prontas, importa refletir acerca da conveniência de buscar a compatibilização, isto é, se valeria a pena que os tribunais brasileiros adotassem um modelo deliberativo fechado e *per curiam*. Conjecturam-se a

redução do individualismo e a valorização da voz institucional, com possíveis benefícios à consolidação e ao funcionamento de um sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes, inclusive nos valores de clareza, previsibilidade, estabilidade e uniformidade.

Cumpra ponderar, contudo, que essa valorização da voz institucional pode refletir-se em decréscimo no grau de publicidade e transparência na atuação das cortes, bem como no pluralismo de ideias, mediante a ocultação dos debates (dialógicos ou não, por assim dizer) e das divergências, em prol da apresentação de uma resposta única.

Impõe-se a pergunta: convém podar o exercício daqueles valores, afeitos a ideais de democracia e republicanismo, em nome das vantagens potenciais de um sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes? Não é desarrazoado, ainda, questionar se esse cerramento deliberativo poderia fragilizar o caráter argumentativo do direito e as possibilidades de distinção e superação de posicionamentos judiciais, conduzindo a algo além da estabilização ou uniformização, isto é, à imobilidade.

Sobre esse ponto, Neil Andrews¹⁶⁹³ avalia que o *seriatim* vigente no Reino Unido, com possibilidade de divulgação de votos dissidentes, permite a exposição de fundamentos discordantes de forma racional e

¹⁶⁹³ ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de*

Processo (Repro), São Paulo, 2011, n. 192, fev. 2011.

público, o que possibilitaria, ao final, o próprio desenvolvimento do direito.

Este debate, é certo, não descarta opções alternativas ou intermediárias, como a adoção de um modelo em que as decisões da corte sejam condensadas em um só voto escrito, mas com a possibilidade de que julgadores façam constar suas opiniões divergentes, como ocorre nos tribunais constitucionais da Alemanha e da Espanha.¹⁶⁹⁴ A eliminação de votos convergentes no resultado, mas baseados em fundamentos distintos, poderia contribuir para minimizar os questionamentos lançados nos exemplos hipotéticos abordados alguns parágrafos atrás. Por outro lado, poderia obstar o conhecimento sobre o que chegou a ser debatido e considerado pela corte.

Desejável, nesse caso, seria o esforço do tribunal para que os motivos diferentes fossem expostos de forma clara no texto final representativo da decisão colegiada, preferencialmente com a identificação de suas respectivas relevâncias, de modo a facilitar as operações com a *ratio decidendi*. A esta altura, porém, a discussão está menos relacionada a um possível modelo ideal de deliberação e mais a aspectos de condição de trabalho, bem como de

mentalidade e personalidade dos julgadores.

Até mesmo o *seriatim pro forma* ou *seriatim* em estado potencial, abordado na parte inicial deste artigo, parece uma opção intermediária. Mantêm-se as possibilidades de ampla participação, mas os julgadores apenas a exercem em caráter excepcional, o que, em tese, poderia contribuir para a produção de decisões “mais institucionais”, que reflitam o posicionamento do colegiado.

Aparentemente, contudo, esse modelo não é movido por tais ideais, estando atrelado à elevada demanda judicial no país. Em outras palavras: se há muitos casos a serem julgados, o tempo requer que se acompanhem, na maioria deles, os “termos do voto do relator”.¹⁶⁹⁵ O debate aprofundado exigiria uma disponibilidade que não existe, no que se retoma a ousadia do CPC, ao perseguir celeridade e redução de processos e recursos, ao mesmo tempo em que estabelece regras em prol de uma fundamentação minuciosa.

O *seriatim pro forma*, no entanto, sai de cena em ocasiões especiais. Convém lembrar que a ampla maioria dos 384 acórdãos do STJ analisados por

¹⁶⁹⁴ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília e Universidade de Alicante (Espanha), 2015, 416p. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinoVale.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022

¹⁶⁹⁵ Assume-se, nesse ponto, uma versão frequentemente propagada pelos próprios integrantes do Judiciário, sem olvidar a possibilidade de que outros motivos – desinteresse pelo trabalho, pouco esforço, desconhecimento jurídico ou até mesmo uma surpreendente concordância constante com o relator – conduzam aos julgamentos unânimes e à dispensa do registro de votos convergentes.

Araújo ¹⁶⁹⁶ era composta por decisões unânimes, contendo unicamente o voto do relator, de modo que o documento não costuma ir além de 15 laudas. Aquela mesma corte, porém, às vezes, aproxima-se do comportamento do STF abordado por Vale ¹⁶⁹⁷, com manifestações mais prolongadas de ministros e acórdãos igualmente mais extensos.

Exemplos disso são o acórdão que reconheceu a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o qual foi composto por 50 páginas, sendo 20 do voto condutor do relator, ministro Luís Felipe Salomão. Outros quatro ministros registraram seus entendimentos, tanto convergentes quanto divergentes. ¹⁶⁹⁸ Já a decisão que rejeitou o direito ao esquecimento em determinado caso continha 53 laudas, sendo 35 do voto do

relator (novamente, o ministro Salomão), e os posicionamentos de quatro outros julgadores. ¹⁶⁹⁹ Por sua vez, o aresto que reafirmou a existência do crime de desacato teve 70 páginas, sendo 23 do voto do relator original, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, e 24 do voto vencedor, do ministro Antonio Saldanha Palheiro. Outros dois integrantes da 3ª Seção também consignaram suas posições. ¹⁷⁰⁰

Há indícios, portanto, de que o *seriatim pro forma* cede lugar ao formato deliberativo aberto e ao *seriatim* “clássico”, com ampla participação dos julgadores, quando estão sob julgamento casos potencialmente polêmicos, com grande repercussão pública, definidores de teses jurídicas significativas ou envolvendo determinados personagens. É como se essas substituições pontuais de *modus*

¹⁶⁹⁶ ARAÚJO, Tiago Cisneiros Barbosa de. *Dos provimentos vinculantes aos casos sob julgamento: uma análise empírica sobre a (in)observância do art. 489, §1o, V, do CPC/2015, do STJ (2016-2019)*. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Católica de Pernambuco, 2020. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1406>. Acesso em: 20 jul. 2022

¹⁶⁹⁷ VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília e Universidade de Alicante (Espanha), 2015, 416p. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinoVale.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022

¹⁶⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso especial 1183378/RS*. DJe: 01 fev. 2012. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012. Acesso em: 07 jun. 2022

¹⁶⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso especial 1335153/RJ*. DJe: 10 set. 2013. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em: 07 jun. 2022

¹⁷⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). *Habeas Corpus 379269/MS*. DJe: 30 jun. 2017. Relator original: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator p/ acórdão: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF. Acesso em: 07 jun. 2022

operandi, voluntariamente ou não, ajudassem a reforçar uma mensagem vez por outra repetida por ministros, desembargadores e juízes do país – a de que é preciso “julgar menos para julgar melhor”. Esse “melhor” não necessariamente o é, porém, para o sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes do CPC, dada a dificuldade de identificação da *ratio decidendi*.

Põe-se em dúvida, por isso, que o *seriatim pro forma* possa ser tratado como um modelo, assim entendido como algo planejado, previamente estruturado. Trata-se mais de uma prática que, em alguns momentos, quando se aproxima do *per curiam*, parece amoldar-se bem às exigências do funcionamento de um sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes. Em outras oportunidades, quando mais alinhada ao *seriatim* clássico, tende a impor dificuldades ao raciocínio esperado na doutrina do *stare decisis* e estampado no art. 489, §1º, V e VI, do CPC.

Assim, à pergunta que abre esta seção, responde-se com o indicativo de que o modelo *per curiam* e fechado tende a facilitar a construção e a identificação dos fundamentos determinantes no acórdão. Não se pode, todavia, apontá-lo como perfeito para um sistema de precedentes ou pronunciamentos vinculantes, pois, ao ocultar o debate entre julgadores e a exposição de divergências, tende a dificultar distinções e superações, que também fazem parte do *stare decisis* e do CPC. O modelo ideal não existe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo deliberativo dos tribunais brasileiros, teoricamente, aproxima-se do chamado *seriatim*, predominante em países da *Common Law*, sendo oportunizadas aos membros do colegiado a exposição e discussão de seus argumentos durante as sessões de julgamento, bem como o registro dos votos – concorrentes ou divergentes – no acórdão.

Na prática, porém, observa-se que a deliberação das cortes do país enquadra-se em um formato intermediário, já que apresenta características do formato *per curiam*, predominante nos países da tradição romano-germânica, à qual, aliás, o Brasil costuma ser filiado. Entre esses elementos, merece destaque a tendência de que muitos casos tenham, como decisão escrita, unicamente o voto do relator, acompanhado por unanimidade. Não se trata, convém ressaltar, necessariamente de uma preocupação com a construção de uma voz institucional ou de uma imagem de unidade do colegiado, podendo ser fruto de outros fatores, entre os quais está a elevada carga de trabalho.

Conclui-se que o modelo ou prática deliberativa das cortes brasileiras poderia ser caracterizada como um *seriatim pro forma* ou *seriatim* em estado potencial. Em regra, a dialeticidade e a abertura ao pluralismo de entendimentos que caracterizam o formato clássico não marcam os julgamentos colegiados. Por outro lado, casos específicos, polêmicos, com potencial de grande repercussão social,

política ou econômica, ou que envolvam determinados personagens, costumam receber atenção diferenciada dos julgadores. As sessões de deliberação, nessas situações, passam a conter a exposição dos fundamentos adotados pelos diversos magistrados, eventualmente com debate, o que, não raro, se reflete também em acórdãos compostos por votos longos e variados.

A abordagem acerca dos modelos deliberativos - notadamente quanto a sua terceira fase da classificação de Mendes¹⁷⁰¹, trabalhada neste artigo - guarda relação com diferentes valores atinentes ao pretendido sistema brasileiro de precedentes ou pronunciamentos vinculantes, fortalecido e estruturado no CPC de 2015.

Em tese, um modelo *seriatim* e aberto, com espaço para debate nas sessões de julgamento e registro de diversos votos no acórdão, alinha-se a ideais de pluralismo e democracia. A força desse elo, contudo, é reduzida na medida em que o formato é posto em prática em casos esporádicos, predominando, nos demais, a decisão colegiada que somente referenda o voto do relator. Para a consolidação e o funcionamento de um sistema de pronunciamentos vinculantes, entretanto, o *seriatim pro forma* parece ter vantagens sobre o modelo clássico, por se aproximar frequentemente do modelo *per curiam*.

A chave dessa análise está no raciocínio característico desse sistema, a técnica do *distinguishing*, por meio da qual se verifica a compatibilidade entre o caso sob julgamento e os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do pronunciamento ou precedente potencialmente aplicável. A tendência é que essa averiguação seja mais simples e certa quando se está diante de um acórdão paradigmático claro, que delimite os fatos e as razões jurídicas consideradas relevantes pelo colegiado - e não por seus membros, individualmente - na sua conclusão.

Assim, decisões mais concisas e coesas, que reflitam um só posicionamento, tendem a permitir uma identificação mais precisa dos fundamentos determinantes e, conseqüentemente, fornecer maior grau de clareza, previsibilidade, uniformidade e estabilidade dos posicionamentos da corte. Acórdãos baseados unicamente no voto do relator enquadram-se potencialmente nesse grupo.

Enquanto isso, o *seriatim* clássico com ampla abertura, adotado em casos excepcionais pelas cortes nacionais, tende a propiciar desacordos interpretativos, sobretudo no momento de identificação dos fundamentos determinantes do acórdão paradigma. Isso se deve a fatores diversos, que vão do risco de posturas individualistas pelos julgadores até a coexistência de

¹⁷⁰¹ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. pp. 337-362. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.)

Direito e interpretação: racionalidades e instituições. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

múltiplos votos, concorrentes e divergentes.

Como notas finais, importa observar, por um lado, que o *per curiam* e o *seriatim pro forma* parecem amoldar-se com maior facilidade à sistemática de pronunciamentos vinculantes adotada no CPC/2015, sobretudo quanto à deliberação baseada em fundamentos determinantes.

Por outro, todavia, é preciso ponderar se essa compatibilidade e seus potenciais frutos – como estabilidade, uniformidade e previsibilidade das decisões – devem ser encarados como um valor maior, apto a motivar a opção por aqueles formatos. Deve esse valor ser sobreposto a ideais plurais ou democráticos ou mesmo à abertura para distinções e superações de entendimentos judiciais, que, em tese, justificariam a adoção do modelo *seriatim* com ampla publicidade? Trata-se de uma escolha política, com vertentes econômicas, sociais, culturais e ideológicas. A complexidade do debate inviabiliza sua abordagem nestas páginas.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. Requisitos legais para instauração do incidente de assunção de competência. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, v. 279, p. 339-35, mai. 2018.
- ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, 2011, n. 192, fev. 2011.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano Ribeiro. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 113-132, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800010003>. Acesso em: 30 jun. 2022.
- ARAÚJO, Tiago Cisneiros Barbosa de. *Dos provimentos vinculantes aos casos sob julgamento: uma análise empírica sobre a (in)observância do art. 489, §1o, V, do CPC/2015, do STJ (2016-2019)*. Dissertação (mestrado em direito). Universidade Católica de Pernambuco, 2020. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1406>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, ano 39, v. 236, p. 279-301, out. 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, v. 102, p. 228-237, abr./jun. 2001.
- BARBOSA, Claudia Maria; BASTOS, Elson Pereira de Oliveira. Precedentes obrigatórios, desenvolvimento e segurança jurídica. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, a. 12, v. 19, n. 1, p. 62-82, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30800>. Acesso em: 30 jul. 2022.
- BENNETT, Thomas B.; FRIEDMAN, Barry; MARTIN, Andrew D.; SMELCER, Susan Navarro. *Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change. Public Law &*

- Legal Theory Research Papers Series*. Nova Iorque (Estados Unidos), n. 17-11, p. 817-878, mar. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2944208>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção). *Habeas Corpus 379269/MS*. DJe: 30 jun. 2017. Relator original: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator p/ acórdão: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF. Acesso em: 16 nov. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso especial 1183378/RS*. DJe: 01 fev. 2012. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012. Acesso em: 16 nov. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso especial 1335153/RJ*. DJe: 10 set. 2013. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em: 16 nov. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento interno, atualizado até a Emenda Regimental n. 40*, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 10 jul. 2022.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos*. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 14, n. 2, p. 707-745, set. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/77117>. Acesso em: 15 jun. 2022.
- CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, v. 5, p. 413-438, mar. 2015.
- CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciais e precedentes judiciais. *Revista de Processo (Repro)*, São Paulo, v. 40, n. 248, p. 311-330, out. 2015.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. New York: Oxford University, 2004.
- DÍEZ, José María Soberanes. *La igualdad ante la jurisprudencia*. *Cuestiones Constitucionales*, [S.l.], v. 29, p. 313-345, jul./dez. 2013. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S1405-9193\(13\)71297-6](https://doi.org/10.1016/S1405-9193(13)71297-6). Acesso em: 29 jun. 2022.
- GOODHART, Arthur L. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 161- 183, dez. 1930. Disponível em: <http://users.umi.acs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. De Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.
- KHOURI, Alice de Siqueira; TAVARES, Fernando Horta. Súmulas Vinculantes e a Força Normativa: Aspectos Críticos. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 2, p. 1- 20, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.50488>. Acesso em: 08 jul. 2022.

- MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 667-688, abr. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4615>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005. Disponível na internet: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>. Acesso em: 08 jul. 2022.
- MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. pp. 337-362. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 129-146, out./dez. 1997.
- RODRIGUES, Alex. Para ministro do STF, juiz pode decretar prisão em segunda instância. *Agência Brasil (EBC)*, Brasília, publicado em 09 dez. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-12/para-ministro-do-stf-juiz-pode-decretar-prisao-em-segunda-instancia>. Acesso em: 30 jun. 2020.
- SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *A inconstitucionalidade da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/158906/337087.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 jul. 2022.
- SILVA, Beclate Oliveira; LIMA, Bruna Medeiros Valente de. Vinculação do precedente no Brasil: análise normativa. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, Belo Horizonte, ano 26, n. 103, p. 63-85, jul./set. 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, jul. 2013. Disponível na internet: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Acesso em: 30 jun. 2022.
- STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. Modelo *seriatim* de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. *Revista Faculdade Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 221-236, jan./jun. 2014.
- STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação na identificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? *Revista Jurídica*, Curitiba v. 1, n. 54, p. 317-341, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i54.3312>. Acesso em: 12 jul. 2022.
- STRECK, Lenio Luiz. Uma análise hermenêutica dos avanços trazidos pelo Novo CPC. *Revista Estudos*

- Institucionais*, [S.l.] v. 2, n. 1, p. 144-167, 2016. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/39/47>. Acesso em: 15 jul. 2022.
- TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre el Precedente*. *Revista Ius et Veritas*, Lima (Peru), n. 43, p. 330-342, dez. 2016. Trad. Wálter Vásquez. Disponível em: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.020>. Acesso em: 29 jun. 2022.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília e Universidade de Alicante (Espanha), 2015, 416p. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinoDoVale.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 5 [1], p. 21-44, jan./jun. 2009.
- WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown, and Company, 1892. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924024520581/page/n7/mode/2up>. Acesso em: 05 jul. 2022.